

Letras Jurídicas

Volumen 12

Julio - Diciembre 2005

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad.

Galeana esquina 7 de Noviembre C.P. 91000 Xalapa Veracruz, México

Tel. (2288) 186841

ISSN 1665-1529

letrasjuridicas@hotmail.com y contacto@letrasjuridicas.com

Invitados

Aspectos constitucionales de la protección integral de la infancia

Ángela Figueruelo Burrieza*

“...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”
(Artículo 1º de la Convención sobre los derechos del niño, vigente en España desde el día 5 de enero de 1991).

I

Actualmente las Constituciones son consideradas el orden jurídico fundamental del Estado; por tratarse del estatuto jurídico de lo político en estas normas (supremas del ordenamiento jurídico) conviven una pretensión de estabilidad y una pretensión de dinamicidad para proporcionar cambios en el seno de lo político, razón por la cual se repite con insistencia que la Constitución es un orden abierto (LUCAS VERDU). Por ese carácter abierto de que están dotadas las normas supremas deberán ser ordenamientos marco, es decir un orden fundamental y no un código exhaustivamente regulador. Pero, la Constitución no es sólo una ley fundamental del Estado, ya que también lo es de la sociedad y por ello fija las bases esenciales de un Estado y establece los principios más relevantes de una sociedad abierta y bien ordenada. En este sentido la Constitución Española define los caracteres esenciales del Derecho de Propiedad en el art. 33, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado en el art. 38 ó los principios fundamentales de la familia en el art. 39....

A pesar de lo señalado la Constitución es siempre un proceso político que se desarrolla hoy en una sociedad abierta al pluralismo social, a los fenómenos organizativos supranacionales y a la globalización económica

* Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.

(GOMES CANOTILHO), factores que obligan a que el orden parcial y fragmentario fijado por la Constitución sea concretizado a través de la labor de los operadores públicos (internos, europeos o internacionales) y a través de esquemas de regulación no formales, neocorporativos, concertadores... desarrollados en el ámbito de diferentes subsistemas sociales, ya sean económicos, escolares, profesionales, deportivos, etc. (HABERMAS).

La Constitución Española vigente es una Constitución abierta, entre otras cuestiones, porque reconoce y garantiza los derechos humanos y regula los procesos políticos entre el Estado y la sociedad civil amparando el pluralismo social y político, y coadyuvando a conseguir una sociedad democrática avanzada. Esta apertura hacia dentro supone una receptividad respecto a otros ordenamientos como el derecho natural (Art. 10.1) el derecho internacional (Arts. 10.2 y 93 y ss.) los derechos preconstitucionales como los derechos históricos, los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 25) y otras instituciones como la Iglesia Católica que cuentan con sus propios ordenamientos jurídicos. Esta recepción justifica también la apertura hacia fuera que viene exigida por el reconocimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) norma fundamental y fundamentadora de la recepción de las normas e instituciones antes señaladas y del reconocimiento de la dignidad de la persona humana así como de los derechos inviolables que le son inherentes (Art. 10.1).

También en el Preámbulo de nuestra Constitución (TAJADURA, LUCAS VERDU) se aprecia esta apertura constitucional que desempeña una importante labor interpretadora de la norma suprema, teniendo además un valor pedagógico dentro de una estructura de la sociedad abierta (HÄBERLE). Por ello los conceptos de constitución y sociedad abierta tienen una dimensión cultural y antropológica que le viene concedida por la cultura propia del derecho y de la sociedad occidental y la “*imago hominis*”, en cuanto persona dotada de dignidad con sus derechos inviolables y en su calidad de ciudadano libre, social y participador que desarrolla su personalidad en el marco de las formaciones sociales donde se desenvuelve (LUCAS VERDU).

Para que lo antes dicho sea una realidad efectiva en el constitucionalismo de la segunda posguerra fue necesario elevar la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional y valor jurídico supremo de todo el ordenamiento, derivando del mismo un extenso reconocimiento de los derechos de la persona y una gran amplitud y variedad de mecanismos de garantía.

La Constitución vigente en España eleva, en su Art. 10.1, la dignidad de la persona a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social, precisando, por ello, el rango de principio rector supremo del ordenamiento jurídico. La dignidad debe traducirse, pues, en la libre capacidad de autodeterminación personal al mismo tiempo que debe impedir hacer del hombre un objeto de la acción estatal. Este precepto es un mandato jurídico objetivo que vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos y que entre otras

cumple funciones legitimadoras del orden político, promocionales y hermenéuticas (FERNANDEZ SEGADO).

Es preciso, además, tener en cuenta que, en el caso español la dignidad de la persona es mucho más que un derecho fundamental pues es la fuente de todos los derechos, que tienen límites, a diferencia de la dignidad que se proclama como un valor absoluto. En consecuencia cuando la dignidad se proyecta sobre los derechos constitucionalizados ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que se encuentre la persona titular del derecho en cuestión, configurando un “minimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (RUIZ-GIMENEZ). También la dignidad opera como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos siendo correcto entender que cualquier violación de la misma ocasionada como consecuencia del ejercicio de un derecho lo convierte en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional ó legal (RECASENS SICHES).

II

La Constitución Española de 1978 reconoció con carácter exhaustivo gran número de derechos en su Título I. Pero no sólo consagró derechos y sus correspondientes garantías sino que también estableció un número determinado de obligaciones jurídicas fundamentales dirigidas a los poderes públicos y a los ciudadanos y que están relacionadas con el modelo de Estado que consagra el Art. 1.1 (España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho), por lo cual están en conexión estrecha con el significado final de las obligaciones promocionales (de ASIS ROIG).

Las obligaciones jurídicas promocionales son obligaciones superiores materiales del ordenamiento jurídico español que se desarrollan en una serie de obligaciones constitucionales. Dentro de estas destacan las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución que regula los “Principios rectores de la política social y económica” también considerados como fines del Estado.

Estos principios concretan tres dimensiones de la Constitución: los enunciados generales del Preámbulo en lo referente al orden económico y social justo, progreso de la cultura y de la economía tratando de asegurar una digna calidad de vida; también desarrollan los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y en especial el valor igualdad y por último expresan la idea del Estado Social y Democrático (J.L. SERRANO).

Así las cosas, las obligaciones jurídicas promocionales se refieren principalmente a los derechos y libertades fundamentales encontrando su formulación expresa en el art. 9.2 de la CE. Los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica son una concreción de este precepto constituyendo un conjunto de obligaciones constitucionales reducibles a tres categorías de obligaciones promocionales: de promover, de remover y de facilitar (R, de ASIS ROIG).

Obligaciones constitucionales de promover encontramos en el art. 39 que regula la protección social, económica y jurídica de la familia; este precepto debe conectarse con el art. 18.1 y 4 que alude a la intimidad familiar y con el art. 20.4 referente a la protección de la juventud y de la infancia. En este ámbito nos encontramos que en el art. 39.4 de la norma suprema se prescribe:

“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

De este modo, una de las más relevantes conquistas del momento actual, cual es el hecho de hacer calar en la sociedad y en el mundo jurídico el sentimiento del valor de la infancia, encuentra reconocimiento en el marco de un precepto dedicado a obligar a los poderes públicos a asumir la protección de la familia en su aspecto social, económico y jurídico (ESPIN CANOVAS). Esta norma, que no aparecía en el Borrador de la Ponencia constitucional, fue introducida gracias a las enmiendas registradas con los siguientes números: nº 5, Sra. Fernández España; nº 22, Sr. Jarabo Payá; nº 48, Sr. Gómez de las Roces; nº 481 del Grupo Parlamentario Mixto y nº 162 del Grupo Parlamentario Vasco. En el fondo de todas ellas, aunque predominantemente en la primera, subyacía el argumento que no podía mantenerse la omisión de una cuestión tan fundamental en el texto constitucional, sobre todo cuando ya la Constitución Republicana de 1931 en su artículo 46 recogió la Declaración de Ginebra o Tabla de los Derechos del Niño. Además, España con fecha 20 de noviembre de 1959, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, había votado la Declaración de los Derechos del Niño. También influyó en este tema el hecho de que en los actos organizadores con motivo del Día Mundial del Niño (9 de noviembre de 1977), UNICEF-ESPAÑA inició la campaña pro reconocimiento de los derechos del niño que hasta ese momento estaban consagrados en diversas declaraciones internacionales, y especialmente en la llamada Declaración de los Derechos del Niño, aprobada en la ONU en 1959. A esta reivindicación se sumaron posteriormente la Subdirección General de la Familia de la Dirección General de Desarrollo Comunitario del Ministerio de Cultura y diversos partidos y asociaciones ciudadanas. A estas razones se debe el que fuera introducida en el texto constitucional esta norma de carácter programático que requería el desarrollo legislativo para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los derechos del niño reconocidos en aquel momento en los textos internacionales (ALZAGA VILLAAMIL).

De esta forma se abre la puerta al derecho internacional de protección de la infancia de cara a su vigencia en el derecho interno. Al respecto el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución Española (Art. 1.1 LOTC), en el F.J. nº 5, de la Sentencia 36/91 de 14 de febrero, ha dicho:

“Otro de los preceptos constitucionales presuntamente infringidos es el Art. 39.4, según el cual, como se sabe, los niños gozarán en España de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos, de manera que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas

normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 CE) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I aunque deben orientar la acción de los poderes públicos no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables. Ciertamente la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal... Por ser esto así, el precepto en cuestión puede ser interpretado de diversas maneras:

- a) Como una aceptación en el Derecho interno español de la protección internacional del niño.
- b) Como una fuente de inspiración programática para la futura legislación que desarrolle dicha norma.
- c) Como un criterio de interpretación de las leyes españolas que velen por los derechos del niño.

A la hora de aplicar estos criterios (ESPIN CANOVAS) conviene diferenciar entre los acuerdos internacionalmente ratificados por España y aquellos que aunque estén firmados carezcan de ratificación. Aquellos ratificados, una vez publicados en el BOE, formarán parte del ordenamiento interno (teoría monista recogida en el art. 96 de la CE). En cambio, los derechos de los niños reconocidos en acuerdos internacionales carentes de ratificación ofrecen mayores dificultades y no pueden ser considerados haciendo parte del derecho español porque no lo permite el art. 96 constitucional, antes citado. Pero, en esos casos, nada obsta a que gracias al art. 39.4 cumplan una función normativa como fuente de inspiración programática del futuro legislador y sirvan como criterios interpretativos de otras normas vigentes ya en nuestro derecho, que permitan una aproximación a los Acuerdos Internacionales.

No olvidamos que los fines del estado (art. 39 a 52 de la CE) son los “derechos” más débiles en cuanto a sus garantías de aquellos que la Constitución reconoce. Por ello, el art. 53.3 establece que se protegerán judicialmente de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Se trata, pues, de auténticas normas programáticas que obtienen su efectividad de las leyes que los regulan.

Así, como fuente de inspiración programática para el legislador tienen el valor tradicionalmente asignado a las normas de este carácter y aunque no tengan inmediata vigencia forman parte del ordenamiento jurídico. Y, en cuanto criterio interpretativo del Derecho vigente, las normas programáticas pueden alcanzar relevancia especial al permitir una interpretación adecuada a la realidad social presente (ESPIN CANOVAS).

Este criterio interpretativo del ordenamiento vigente de acuerdo a la normativa internacional tiene un reconocimiento expreso en la CE con relación a los derechos fundamentales y libertades públicas que según el Art. 10.2 “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Así pues si se trata de derechos reconocidos al niño en

nuestro ordenamiento jurídico en su interpretación deberán tenerse en cuenta los Acuerdos Internacionales sobre la misma materia en virtud del Art. 39.4 cuando estos acuerdos hayan sido ratificados por España.

III

El primer Documento Internacional que establece una tutela diferenciada entre adultos y niños fue el Convenio nº 5 de la O.I.T. en 1919 que establecía y fijaba en los 14 años la edad mínima para el trabajo de los niños. Pero no es hasta 1924, en la Declaración de Ginebra, cuando se pone de manifiesto de forma clara la necesidad de una protección integral de la infancia, tanto en sus aspectos físicos como en el ámbito de la personalidad del niño; en el punto primero de esa norma se mantiene que: "La humanidad debe dar a todo niño lo mejor que pueda ofrecerle". A pesar de lo novedoso del texto y de su influencia en normas posteriores, en ésta norma el niño se contempla como un simple destinatario de las prestaciones que los adultos estaban obligados a efectuar, pero no es considerado todavía sujeto titular de derechos. Lo más relevante del texto es que por vez primera se plantea el concepto de infancia en el ámbito internacional (VAN BEUREN).

A continuación es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 la norma que en su Art. 25 afirma que: "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" y continúa reconociendo en el apd. 2º "a todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio derecho a un igual protección social".

La Carta de los Derechos del Niño de 1959 supuso el primer paso hacia el reconocimiento del mismo como sujeto titular de derechos, otorgándole una tutela privilegiada contra los abusos sufridos, las explotaciones de que sean objeto y cualquier negligencia ocasionada; pero existe una rémora, ya que, no se le considera capaz de ejercer de manera independiente sus derechos. La Declaración consiste en una simple enumeración de principios que informarán la política legislativa de los países que la firmen pero su contenido no obliga a los Estados a modificar su legislación nacional para adaptarla a la norma internacional precitada. Nos hallamos todavía en ese momento en el ámbito del "soft law" o derecho suave (VERHELLEN). El momento propicio para el tema que nos ocupa se da en 1989 cuando la Comunidad Internacional hace nacer a la vida jurídica un documento obligatorio para todos los países que lo ratifiquen. El carácter vinculante del mismo si obliga a adaptar la legislación nacional a dicho texto: La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que es sin duda el documento internacional más importante para la protección de la infancia representando la culminación de una batalla para la mejora de la situación de los niños en el marco de la sociedad globalizada y el comienzo de una forma nueva de considerar la infancia en el ámbito internacional.

Incluso, podemos mantener que la Convención es el punto de llegada de un proceso de positivación del Derecho Internacional que comenzó en 1966 con los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos; Derechos Económicos y Sociales, los cuales recogiendo en sus preceptos los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Carta de los Derechos del Niño de 1959 y la Declaración de Ginebra de 1924, reconocen a todos los niños el derecho a ser objeto de una protección especial por razón de su edad (PAJA BURGOA).

Esta visión panorámica del Derecho Internacional en materia de protección de la infancia nos permite adentrarnos en el derecho patrio para conocer sobre la base del art. 39.4 cuales son las normas vinculantes (Acuerdos internacionales) en nuestro país:

- a) La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 precedida por la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959 . Ratificado por España el 6 de diciembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre).
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y que España ratificó el 13 de abril de 1977 (BOE de 20 de abril). De esta norma es de especial relevancia el art. 24.
- c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril). Especial mención para este tema que desarrollamos merece el art. 10.3

El art. 39.4 de la CE que permite convertir el derecho internacional del niño en derecho español (derecho interno) determinó gran número de reformas legislativas e institucionales con el fin de articular las prácticas sociales de atención a la infancia dentro de un modelo nuevo de protección al menor de edad: el necesario respeto del interés superior del niño obliga a los poderes públicos a modular toda acción estatal para respetar su dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (MARZATICO).

El proceso de renovación del ordenamiento jurídico español en esta materia comenzó tras la entrada en vigor de la Constitución Española y recibió gran influencia del derecho internacional al respecto que había adoptado posiciones más favorables hacia los derechos del niño. Las normas más importantes en nuestro país de cara a la protección de la infancia son las siguientes:

- La Ley 11/81 de 13 de mayo que modificó la patria potestad y el régimen económico del matrimonio suprimiendo la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y equiparó, a los efectos del ejercicio de

- la patria potestad la madre al padre, introduciendo la investigación de la paternidad.
- La Ley 13/83 de 24 de octubre sobre la tutela.
 - La Ley 21/87 de 11 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
 - La Ley Orgánica 5/88 de 9 de junio sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores de edad.
 - La Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio sobre la reforma de la ley reguladora de la competencia y del procedimiento para actuar en el juzgado de los menores de edad. Norma esta que fue derogada por la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los niños.
 - La Ley 25/94 de 12 de julio que obedece a la ejecución de la Directiva 89/552/CEE sobre el ejercicio de las actividades de radiodifusión televisiva, posteriormente modificada por la Directiva 97/36/CE de 30 de junio.

Ahora bien, este amplio panorama normativo resultaba insuficiente tras la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre del 89 (BOE de 31-XII-90) y del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 sobre la adopción internacional (BOE 1-VIII-95), Por ello era precisa con carácter de urgencia una ley específica para la protección judicial del menor (LINACERO). Esa ley fue

- La Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor que recogió en sus preceptos los principios de la protección integral y del interés superior del niño de acuerdo a la nueva filosofía emanada de los Tratados Internacionales sobre la materia. El objeto pretendido era llevar a cabo una reforma en profundidad de las instituciones tradicionales reguladas en el Código Civil y construir un amplio margen de protección al menor de edad vinculante para todos los poderes públicos (PICONTO NOVALES).

Esta ley recoge una idea de los menores de edad en cuanto sujetos activos y creativos que tienen un ámbito de participación en la sociedad; el desarrollo de su personalidad para que su participación crezca debe ubicarse en el marco de los seres libres. La mejor forma de garantizar la protección integral de la infancia tanto en el ámbito social como en el jurídico es promover su autonomía en calidad de seres libres sujetos de derechos y de obligaciones (GULLON).

IV

La remisión que el art. 39.4 de la CE hace a los acuerdos internacionales en materia de protección de los Derechos del niño nos obliga a hacer una exégesis del contenido de dicha materia.

Así, destaca que el titular de este derecho de protección es el niño, sin que sufra discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas, origen nacional o social, nacimiento, posición económica, filiación o cualquier status propio o de su familia. Por niño debe entenderse todo menor de edad según la legislación que le resulte aplicable (GALVEZ MONTES). La doctrina al analizar el contenido de la Convención la subdivide en cuatro bloques que los denomina, las cuatro “P”:

- Participación del niño en todas las decisiones concernientes a su futuro.
- Protección contra cualquier forma de discriminación, abandono y explotación.
- Prevención de los peligros.
- Previsión de ayudas para satisfacer sus necesidades.

La importancia de todos estos puntos es indudable de cara a la actuación de los poderes públicos en aquellos Estados donde esta norma es de obligado cumplimiento. Y, entre los derechos reconocidos cabe hacer la siguiente sistematización: status, protección, educación y recreo. En relación con su status el niño desde el momento de su nacimiento tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad. Disfrutará, en segundo lugar, de una protección especial que le debe permitir crecer y desarrollarse saludablemente; esto implica las correspondientes atenciones pre y postnatales, nutrición, vivienda, asistencia médica, seguridad afectiva y material, evitar la explotación y los malos tratos. Tiene también derecho a recibir una educación libre que será obligatoria en los niveles más elementales, para adquirir una preparación sobre la base del principio de la igualdad de oportunidades. Incluso se aprecia el derecho de los niños a disfrutar con plenitud del juego y de la recreación. En el supuesto de que los niños estén disminuidos psíquica, física o socialmente deberán recibir un tratamiento especial, una educación particular y los cuidados necesarios para sus condiciones peculiares.

Es la falta de madurez física y mental la que hace que en la norma internacional que comentamos se otorgue al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar. Y, en este sentido entre los derechos que al niño se reconocen destacan los de preservar su identidad, no sufrir traslados o retenciones ilícitas, formarse una opinión propia y expresarla libremente, prohibir injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia.

Otros derechos que merecen citarse son aquellos reconocidos en el Art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dedica el art. 10 a regular los derechos de la familia y en ese ámbito ,el apartado 3º se ocupa de la protección del niño:

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar a su desarrollo normal será sancionado por la Ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”

El conjunto de derechos reconocidos a los niños en estos Pactos Internacionales ratificados por España forma un contenido mínimo de los derechos del niño en el ordenamiento patrio, pues los mismos después de su ratificación y publicación en el BOE adquirieron carácter vinculante. El desarrollo del art. 39.4 con base en el Código Civil y en el resto de las normas que hemos mencionado debe asegurar a los menores, como mínimo, la protección garantizada en la normativa internacional, según la interpretación más favorable. Y, aunque la norma constitucional no precisa cual es su destinatario sino que solo hace referencia a la protección debida a los niños en función de los Acuerdos Internacionales, la interpretación conjunta de todo el art. 39 nos obliga a concluir que los derechos del niño imponen deberes correlativos a los padres y a los poderes públicos, tanto estatales como de los demás entes públicos (ESPIN CANOVAS).

En conclusión: El art. 39.4 de la CE conlleva la obligación de efectuar toda una serie de reformas legislativas e institucionales para articular las prácticas sociales de atención al niño dentro del nuevo modelo de protección al menor de edad. Ese paradigma se centra en el interés superior del niño como centro de toda la acción estatal con él relacionada que debe ir encaminada a conseguir el libre desarrollo de la personalidad.

De este modo el proceso de renovación experimentado por nuestro ordenamiento jurídico se ha debido a la intención de cumplir con el mandato constitucional recibiendo claras influencias del derecho internacional que cada vez en mayor grado adopta posiciones protectoras de la infancia en pro del establecimiento del interés superior del menor como un principio constitucional prioritario. Los mayores resultados de este proceso de renovación en el tema de la protección de los menores pueden quedar resumidos de la forma siguiente:

- A) El menor es titular de sus derechos y tiene una capacidad progresiva para su ejercicio. Con ello queremos dejar claro que aunque por razones de edad alguno de los derechos de que es titular no pueda ser ejercido por el menor se le reconoce una aptitud progresiva para el ejercicio de los mismos en función de su grado de madurez.

- B) El derecho del menor a tomar parte en aquellos procedimientos que le conciernen, por lo que obligatoriamente debe ser oído por el juez en el supuesto de aquellas decisiones que le afecten directamente. Esto significa que el conocimiento de la opinión del menor es relevante en el nuevo derecho de la infancia. El contenido de dicho derecho es muy amplio y solo se verá restringido en los casos en que se vea afectada su intimidad.
- C) La infancia es una etapa muy importante en la vida humana y la atención a la misma es un deber de toda la sociedad. Este principio acarrea obligaciones para las personas físicas, los servicios sociales y los poderes públicos que detecten situaciones de riesgo o desamparo. Esas obligaciones se resumen en prestar auxilio inmediato al menor y poner el hecho en conocimiento de las autoridades públicas.

Bibliografía

- AA.VV., *Derechos del niño. Textos básicos*, UNICEF, Venezuela, 1996.
- ALONSO PEREZ, Mariano, “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación al Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Luces y sombras”, en Actualidad Civil, nº 2, 1997.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, Ed. del Foro, Madrid, 1978.
- ASIS ROIG, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- CALVO GARCIA M. y FERNANDEZ, Natividad (Coord), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Zaragoza, 2000.
- ESPIN CANOVAS, Diego, “Comentario al Art. 39 de la CE de 1978” en el Vol. IV de los *Comentarios a las leyes políticas*, Oscar Alzaga, Edersa, Madrid 1984.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”. JUS, revista di scienze giuridiche. Milano, 2003.
- GALVEZ MONTES, Fco. Javier, “Comentarios al art. 39 de la CE”, en GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Tercera edición ampliada, Civitas, Madrid, 2001.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquín, *Teoría de la Constitución*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003
- GULLON BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/96 de Protección Jurídica del Menor”, Revista Jurídica la Ley, febrero de 1996.
- HÄBERLE, Peter, “Verfassung als öffentlicher Prozess Materiellen zu eines Verfassungs-theorie der offene Gesellschaft”, Duncker und Humblot, Berlin, 1978.

- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid 2001.
- _____, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, 1981.
- LAZARO GONZALEZ, Isabel (Coord), *Los menores en el derecho español*, Madrid, 2002.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección Jurídica del Menor*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.
- LUCAS VERDU, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Ed. Beramar S.A., Madrid, 1993.
- MARTINEZ, M^a Teresa, *El derecho y los derechos del niño*, Madrid, 2003.
- MARZATICO, Francesca, “Las garantías constitucionales de los derechos de los niños” en MARTÍNEZ, E. (coord), *Menores: Instituciones de Protección y responsabilidad*, Ed. Diagrama, 2004.
- MATA RIVAS, F. (Coordinador), *La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
- PAJA BURGOA, J.A., *La Convención de los Derechos del Niño*, Tecnos, Madrid, 1998.
- PICONTÓ NOVALES, T., *La protección de la Infancia. Aspectos sociales y jurídicos*, Ed. Egidio, Zaragoza 2001.
- RECASENS SICHES, Luís, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1981.
- RUIZ-GIMENEZ CORTES, Joaquín, “Derechos fundamentales de la persona (Comentarios al Art. 10 de la Constitución)” en ALZAGA, O. (dir) *Comentarios a las Leyes Políticas*, Vol I., Edersa, Madrid 1984.
- SERRANO, José Luis, “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, Revista de Estudios Políticos, nº 56, Madrid, 1987.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “Exposiciones de motivos y preámbulos”, Revista de las Cortes Generales, nº 44, Madrid, 1988.

VAN BEUREN, G., *The international Law on the Rights of the Child*, Boston, Londres, 1995.

VERHELLEN, E., *Convention on the Rights of the Child. Background, motivation, strategies, main themes*, Garant, Leuven-Apeldoorn, 2000.

Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998

María Beatriz García Sánchez*

SUMARIO.-I. Introducción y antecedentes internacionales.- II. Necesidad de tipificación en el Código Penal español-. III. Tipificación Española.- A) Tipo objetivo.- B) Tipo subjetivo.- C) Problemas concursales. Delimitación con el delito de terrorismo.- IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción y antecedentes internacionales

Los denominados “Delitos de *lesa humanidad*”, o en el ámbito internacional “Crímenes de *lesa humanidad*” por su pertenencia a esa categoría más amplia de Crímenes contra la humanidad (en donde se encuadraría a su vez el genocidio, los crímenes de guerra y el de agresión), se definen por primera vez en el Código Penal español en la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE núm. 283, de 26 de noviembre) y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004¹.

Con anterioridad a tal definición no existía tal categoría de delitos en la legislación española ni hay precedentes de tales definiciones en ningún Código Penal español anterior. Ello se debe fundamentalmente a que dichos delitos aparecen por primera vez definidos en el ámbito internacional después de la Segunda Guerra Mundial en los Estatutos de Nuremberg². A partir de las masacres acontecidas a mediados del siglo XX, hubo un movimiento de concienciación en la comunidad internacional para la protección de los Derechos Humanos como requisito imprescindible para el mantenimiento de la paz y seguridad mundial, cuyo protagonismo se centra en Naciones Unidas en cuya sede se gestó, entre otros, el Convenio contra el Genocidio de 1948 y se creó la Comisión Derecho Internacional de Naciones Unidas encargada de la codificación de tal Derecho.

* Profesora Titular (i) de Derecho Penal en la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Según J. M. Sumalia Tamarit, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2005, p. 2588, el Código Penal español ha procedido a ordenar los delitos tal y como aparecen en el Estatuto de Roma de mayor a menor gravedad: genocidio, crímenes de *lesa humanidad* y crímenes de guerra. En mi opinión, ello no es totalmente cierto, pues comparando las penas de los delitos de genocidio (por ejemplo, un asesinato en el contexto propio de dicho delito tiene una pena de 10 a 15 años de privación de libertad) y de los delitos de *lesa humanidad* (asesinato en el contexto de estos últimos delitos tiene una pena asignada de 20 a 30 años) se comprueba que éstos últimos merecen más penas que aquéllos.

² Sobre los orígenes del crimen de *lesa humanidad*, vid. A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, pp. 68-79.

Al respecto, hay que señalar que desde entonces se ha venido trabajando fundamentalmente en dos metas por lo que aquí nos afecta: la creación de una Corte Penal Internacional; y la elaboración de un Convenio sobre Crímenes contra la Paz y Seguridad Mundial. La primera meta ya se ha alcanzado con la aprobación, por parte de un número más que suficiente de Estados, del Estatuto de Roma de 1998; la segunda meta, por el contrario, ha experimentado fracasos continuamente, quedándose en Proyectos los textos que se elaboraron encaminados a definir los Crímenes contra la Paz y la Humanidad. Debemos ser conscientes de la dificultad a nivel internacional de alcanzar un consenso suficiente entre los Estados de cara a definir de manera homogénea tales figuras delictivas. Hay muchos factores que dificultan esta labor de globalizar también el Derecho Penal Internacional: distintos sistemas políticos reinantes en cada uno de los Estados del mundo; distintos intereses políticos, militares, económicos de los Estados; heterogeneidad entre los distintos sistemas jurídicos, y en concreto, en el penal; desigualdades de todo tipo, económicas, sociales... entre los distintos países que componen el globo terráqueo; conflictos internacionales entre los países más desarrollados y menos desarrollados, etc.

No obstante, con la aprobación del Estatuto de Roma de 1998 se alcanzan en gran medida esas dos finalidades apuntadas y pretendidas durante la segunda mitad del siglo pasado, pues en su articulado se definen algunos crímenes internacionales, respecto de los cuales la Corte ejercerá su competencia. Entre estos crímenes se encuentra el ahora tratado, esto es, el crimen de *lesa humanidad*³. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento interno español, en el ordenamiento internacional ya se había definido con anterioridad estos crímenes en distintos instrumentos internacionales. Así se definió, como he apuntado con anterioridad, por vez primera en el Estatuto de Londres que creó los Tribunales de Nuremberg y, con posterioridad, en las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que creó los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para los crímenes ocurridos en la antigua Yugoslavia (artículo 5) y en Ruanda (artículo 3)⁴. Dichos instrumentos y su puesta en práctica por los tribunales correspondientes son de máxima importancia a la hora de delimitar el tipo contenido en el artículo 607 bis del Código Penal español, al carecerse en España de antecedentes y debido a la escasa práctica jurisprudencial española existente a día de hoy sobre tales delitos⁵.

Teniendo en cuenta estos antecedentes en el ámbito internacional, la introducción en España de dicha figura delictiva se debe fundamentalmente a la

³ El concepto adoptado finalmente por el Estatuto de Roma de crimen de *lesa humanidad* es el avanzado en el Proyecto de Código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, que fue aprobado en lectura definitiva por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en julio de 1996, artículo 18.

⁴ El primero de los artículos mencionados conecta la existencia de crímenes de *lesa humanidad* con la existencia de un conflicto armado (Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y en España LO 15/1994, de 1 de junio, BOE de 2 de junio de 1994) y, en el segundo, se permite la calificación de crímenes de *lesa humanidad* en tiempos de paz, esto es, sin exigir el requisito de la existencia de un conflicto armado, como lo realiza el Estatuto de Roma de 1998 y nuestro Código Penal en el artículo 607 bis (Resolución 955, 1994, de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad y en España la LO4/1998, de 1 de julio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1998).

⁵ En el momento en que se escribe estas líneas la Audiencia Nacional española ha dictado una Sentencia, de 19 de abril de 2005, en la que se aplica el 607 bis por primera vez, en el caso *Scilingo*, condenado por delitos de *lesa humanidad* cometidos durante la dictadura Argentina entre 1976 y 1981. Sentencia que presenta algunas cuestiones de dudosa legalidad.

aprobación por parte del Estado español del Estatuto de Roma de 1998⁶. No obstante, no se debe de olvidar otras razones de peso que justifican la introducción de estos crímenes de *lesa humanidad* en el Código Penal español como el compromiso internacional de España en la protección de los derechos humanos, la colaboración jurídica internacional necesaria para la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales, la concepción de que son normas de *ius cogens* vinculantes para todos los Estados y que los Estados deben de aplicar...

Conviene para centrarse en el tema objeto de este trabajo destacar algunas definiciones del crimen de *lesa humanidad* que se han ofrecido por parte de la doctrina especialista en el tema a la luz de su regulación por los mencionados instrumentos internacionales, sobre todo por el Estatuto de Roma de 1998. Así, Gómez Benítez afirma al respecto, que lo que singulariza y especifica esta clase de crímenes respecto de los actos delictivos que los integran aisladamente considerados es que se cometan como parte de una política de Estado o de una organización⁷. También cabe destacar la definición de estos crímenes llevada a cabo por Gil Gil, como aquellos atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de *facto*⁸.

En mi opinión, dichas definiciones responden a determinadas interpretaciones de los crímenes de *lesa humanidad* partiendo de la delimitación que de ellos realiza el Estatuto de Roma de cara a establecer la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que no quiere decir, que esa misma definición sirva para configurar el tipo de delito de *lesa humanidad* según la regulación española. A mi juicio, el Estatuto es un Tratado Internacional que establece un estándar de mínimos que los Estados deben de asumir y respetar, pero no impide que los países adopten un concepto más amplio de crimen de *lesa humanidad*, de cara a una mayor protección de los derechos humanos⁹. Aunque ello -una concepción más amplia de los delitos de *lesa humanidad*- puede traer como consecuencia la dificultad de su delimitación con otras figuras afines ya existentes en los Códigos Penales nacionales, como se podrá comprobar en sucesivos epígrafes.

Parece ser esta la opinión de Lirola Delgado y Martín Martínez, al afirmar que el ataque generalizado o sistemático contra una población civil previsto como elemento definidor de los crímenes de *lesa humanidad* en el Estatuto de Roma se identifica con una cláusula umbral que está destinada a establecer el grado de gravedad que resulta necesario para que los hechos susceptibles de ser considerados como crímenes de *lesa*

⁶ Así lo expresa la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 por la que se introduce el crimen de *lesa humanidad*.

⁷ Cfr. J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, p. 14.

⁸ Cfr. A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, p. 94. Hay que destacar que dicha definición es restrictiva desde el momento en que limita a los posibles sujetos activos del delito a los sujetos que ejerzan el poder político de *iure* o de *facto*.

⁹ Además de ello, hay que tener en cuenta que la definición adoptada por el Estatuto de Roma de crímenes de *lesa humanidad* tiene como finalidad establecer su competencia para determinados actos delictivos, respecto de los cuales la historia ha demostrado que han quedado impunes porque los Estados no pueden o no quieren perseguirlos.

humanidad puedan entrar dentro de la competencia de la Corte: ello debido al principio de complementariedad al que responde la articulación de la competencia material de la Corte; así la sanción de los hechos que no entran dentro de la competencia de la Corte corresponderá a las jurisdicciones nacionales, sin que por ello pierdan el carácter de crímenes de *lesa humanidad*¹⁰.

II.- Necesidad de tipificación en el Código Penal Español

Antes de comenzar con el análisis de la regulación española introducida por LO 15/2003, hay que advertir que estos crímenes de *lesa humanidad* no constituyan conductas impunes conforme a la antigua regulación, sino que se reconducía su punición a otros preceptos del Código Penal¹¹ (delitos comunes como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, genocidio, terrorismo, etc.) en los que no se cubría suficientemente el injusto que representa la comisión de tales delitos, como se podrá comprobar al analizar lo característico de dicha figura delictiva y que la diferencia con el resto de conductas afines (homicidios, asesinatos, genocidio, terrorismo, etc.). De ahí la necesidad de su tipificación española con penas proporcionadas con relación al plus de injusto que supone su comisión respecto de los delitos comunes¹².

No obstante, algún autor ha señalado la necesidad de tipificación en la legislación española de dichos delitos debido a la laguna legal existente en el mismo que impediría la investigación y enjuiciamiento de esta clase de delitos en España e imposibilitaría dar cumplimiento al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional (ya que España no podría fundamentar en el Estatuto su jurisdicción preferente a la de la Corte por esa laguna legal), así como la imposible extradición por

¹⁰ Cfr. I. Lirola Delgado, M. Martín Martínez, *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Barcelona, 2001, p. 121. Dichas autoras, p. 120, resumen los elementos definitorios de los crímenes de *lesa humanidad* en el Estatuto de la siguiente manera: a) ausencia del requisito de la conexión con un conflicto armado (requisito existente en el derecho consuetudinario); b) el carácter generalizado y sistemático del ataque contra una población civil; c) la ausencia del requisito de la existencia de motivos discriminatorios dentro de los elementos subjetivos (esto supone uno de los posibles supuestos de crímenes de *lesa humanidad*); d) el elemento subjetivo del conocimiento de dicho ataque. Vid. sobre la eliminación del requisito de conflicto armado en los crímenes de *lesa humanidad*, A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, pp. 69-72.

¹¹ Aunque como señala A. Gil Gil, “Informes Nacionales”, en *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, por Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Uruguay, 2003, pp. 346-347, en determinadas ocasiones resultara de difícil encaje. Dicha autora realizó una labor de subsunción de los hechos descritos en el Estatuto de Roma que pueden dar lugar a los crímenes de *lesa humanidad* y los delitos comunes de nuestra legislación penal, antes de que se introdujeran en el CP español los delitos de *lesa humanidad*. También la Sentencia de 19 de abril de 2005, de la Audiencia Nacional, establece que con anterioridad a tal introducción en el Código Penal español los hechos podrían subsumirse en el delito de genocidio y en los delitos de terrorismo.

¹² Cfr. A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, pp. 347-348, para quien el bien jurídico protegido en los delitos de *lesa humanidad* es el mismo que en los delitos comunes, bienes jurídicos fundamentales de carácter personal, de ahí que el plus de injusto que requiere para fundamentar la aplicación de los delitos de *lesa humanidad* lo centre en el desvalor de acción (en el contexto donde se insertan los delitos comunes, siguiendo un criterio cuantitativo a la hora de delimitar el plus de injusto de estos delitos) y no en el desvalor de resultado (pues éste es igual que en los delitos comunes que integran los delitos de *lesa humanidad*). Esta no va a ser la postura mantenida aquí sobre el bien jurídico protegido en los delitos de *lesa humanidad*.

parte de España de los sujetos que hayan cometido tales delitos por impedirlo el principio de doble incriminación¹³.

No estoy totalmente de acuerdo con dicha opinión, pues si bien es cierto que convenía tipificar dichos delitos en nuestro ordenamiento para dar una suficiente cobertura y protección a las víctimas de dichos delitos y para una mayor seguridad jurídica y congruencia del ordenamiento interno español con relación al ordenamiento internacional¹⁴, no creo que dicha laguna conllevara la imposible persecución de dichos crímenes en España y la imposible extradición de dichos sujetos, pues como ya he señalado, estas conductas no eran impunes en nuestro ordenamiento¹⁵; eso sí, su subsunción en los delitos comunes conllevaría a que su castigo no fuera acorde con ese injusto que supone la comisión de los delitos de *lesa humanidad*.

III.- Tipificación Española

Los crímenes de *lesa humanidad* se enmarcan dentro de un Capítulo nuevo, el II bis del título XXIV, del Libro II del Código Penal español, con la rúbrica “*De los delitos de lesa humanidad*”, dedicándolos un solo artículo, el 607 bis que contiene la siguiente redacción:

“1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1º Con la pena de prisión de quince a veinte años si causaran la muerte de alguna persona.

Se aplicarán la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

¹³ En este sentido, J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 16-19.

¹⁴ Digo convenía porque una de las cuestiones que ha sido criticada en el Estatuto de Roma es que no impone obligaciones de cara a tipificar dichos delitos en los respectivos ordenamientos internos, aunque, en mi opinión, dicha obligación se puede derivar de las restantes que sí que impone el Estatuto: obligación de colaborar en la persecución de los crímenes con la Corte Penal Internacional; obligación de persecución de dichos crímenes...

¹⁵ Parece ser la opinión también de Bueno Arús y Miguel Zaragoza, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003, pp. 71-75; A. Gil Gil, “Informes Nacionales”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, Uruguay, 2003, pp. 345-347, 397.

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3º Con la pena de prisión de doce a quince años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a doce años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4º Con la pena de prisión de ocho a doce años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años si fuerzan el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6º. Con la pena de prisión de doce a quince años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7º Con la pena de prisión de ocho a doce años si detuvieran a otro, privándole de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la pena de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

10º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”.

A) Tipo Objetivo

Para poder delimitar las conductas típicas que dan lugar a la figura delictiva de lo que se ha denominado crimen de *lesa humanidad*, voy a proceder, en primer lugar, a analizar el tipo objetivo. Al igual que el delito definido en el Estatuto de Roma, en el Código penal español, los crímenes de *lesa humanidad* constan de dos partes desde el punto de vista objetivo, esto es, se componen de dos elementos diferenciados que deben concurrir de forma cumulativa. Por un lado, los **hechos** descritos en el número 2 del 607 bis que pueden dar lugar a la comisión de tales delitos, hechos que constituyen delitos comunes¹⁶. Y en segundo lugar, lo que singulariza y caracteriza los delitos de *lesa humanidad*: la comisión de tales hechos debe realizarse dentro de un **contexto** (como denomina, entre otros, Gómez Benítez), esto es, deben cometerse como parte de un **ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella**¹⁷.

La regulación interna española se apoya en la definición de crímenes de *lesa humanidad* realizada por el Estatuto de Roma, aunque introduciendo algunas modificaciones¹⁸. Las diferencias existentes entre una y otra regulación a veces son explicables teniendo en cuenta los distintos contextos, interno e internacional -que fundamenta la competencia de una Corte penal- en los que funcionan. De esta manera, el Estatuto recoge, por un lado, una regulación más casuística y clarificadora de lo que debe de entenderse por crímenes de *lesa humanidad* que lo que realiza nuestro Código Penal, procediendo aquella disposición a definir cada uno de los elementos objetivos que componen el crimen de *lesa humanidad*¹⁹. Ello se debe al intento de superar las

¹⁶ O como los denomina J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista Penal La Ley*, julio, 2004, núm. 14, pp. 73 y ss, “hechos acompañantes”.

¹⁷ Cfr. J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 19-20. También, cfr. J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista Penal La Ley*, julio, 2004, núm. 14, p. 74, quien califica dicha estructura de bipolar.

¹⁸ Respecto de dichas modificaciones la doctrina ya ha adoptado una actitud crítica, como por ejemplo A. Gil Gil, “Informes Nacionales”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, Uruguay, 2003, pp. 348, 394, 397, quien es partidaria de que nuestra legislación interna tenía que haber sido más fiel a la redacción del Estatuto sobre todo en los que respecta a la descripción de la conducta típica en el 607 bis. 1. 1º, y porque el artículo 607 bis conlleva a la confusión, pues según se interprete, es restrictivo en algunos casos, o notablemente ampliatorio en otros con relación al contenido del artículo 7 del Estatuto. En mi opinión, hay que partir de la idea de que el Estatuto establece un estándar de mínimos en cuanto a la definición de delitos de *lesa humanidad*, de cara también a establecer la competencia de la Corte, con lo que nada impide que los Estados puedan adoptar un concepto más amplio de crimen de *lesa humanidad*, ampliando la protección. Por otro lado, J. M. Tamarit Sumalia, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2005, pp. 2588-2589, alaba alguna de las modificaciones introducidas por el Código Penal respecto de la regulación contenida en el Estatuto, pues se eliminan algunas ambigüedades contenidas en esa disposición.

¹⁹ El artículo 7 del Estatuto de Roma lo define de la siguiente manera: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de *lesa humanidad* cualquiera de los actos siguientes cuando se

críticas que se han objetado a los Tribunales *ad hoc* anteriores en lo que afecta al respeto del principio de legalidad y taxatividad. También hay que ser conscientes que desde la Segunda Guerra Mundial la Comisión de Derecho Internacional ha intentado en varias ocasiones, todas frustradas, la Codificación mediante un Código de estos crímenes de *lesa humanidad*. De ahí que el Estatuto de Roma quiera definir de manera completa este delito internacional. Pero por otro lado, debido a la naturaleza internacional de las normas contenidas en dicho texto que requiere cierto consenso, se estipulan en algunas ocasiones cláusulas ambiguas y marcos de pena muy amplios que ponen en duda el respeto al principio de legalidad penal.

La cuestión del bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 607 bis del Código Penal español constitutivo de crimen de *lesa humanidad*, ya ha suscitado en la doctrina una polémica en la que se observa dos posturas opuestas. Así por un lado, hay una posición clara tendente a restringir el bien jurídico protegido en este delito, con el fin de reservarlo para los ataques que revistan mayor gravedad y merezcan mayor

cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato b) Exterminio c) Esclavitud d) Deportación o traslado forzoso de población e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional f) Tortura g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte i) Desaparición forzada de personas j) El crimen de apartheid k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política b) El exterminio comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas encaminadas a causar la destrucción de parte de una población c) Por esclavitud se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños d) Por deportación o traslado forzoso de población se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional e) Por tortura se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas f) Por embarazo forzado se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo g) Por persecución se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad h) Por crimen de apartheid se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen i) Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado 3. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede”.

penalidad, bajo el fundamento de que un concepto restrictivo del bien jurídico ayudaría la labor de delimitación con otras figuras afines²⁰. Así Landa Gorostiza, quien ha analizado con minuciosidad este delito en el Código Penal español, ha establecido que la configuración del bien jurídico pasa por la “toma especialmente en consideración de la dimensión colectiva de la conducta criminal”, así como la necesidad de que concurra una situación de crisis socio-estatal de extrema gravedad como presupuesto necesario para integrar el tipo²¹. Para fundamentar su postura parte de la realidad sobre la cual el delito de *lesa humanidad* debería de operar desde las perspectivas de prevención general positiva y negativa; el sustrato criminológico se apoya en lo que se ha denominado macrocriminalidad, cuya característica fundamental es el alto nivel operativo en que se sitúa el colectivo de autores y no en la dimensión cuantitativa de los daños que produce el crimen²².

Esta concepción, en mi opinión, va más allá del tenor literal del precepto analizado, pues éste no exige esa situación de crisis socio-estatal para estar ante una posible presencia de crímenes de *lesa humanidad*, ni exige enfrentamiento entre colectivos. Además parte de una concepción errónea, atendiendo a la tipificación española de los delitos internacionales: el crimen de *lesa humanidad* es o debe ser el más grave de estos crímenes internacionales, reservado para cuando se produzca una grave crisis en las estructuras socio-políticas estatales. Sin embargo, si observamos las penas de estos crímenes, se constata que son menores a las asignadas, por ejemplo, a los delitos de terrorismo, en los que no se exige tal crisis socio-política de las estructuras estatales. No obstante, comparto la tesis de este autor en la medida en que el bien jurídico protegido en estos delitos posee carácter colectivo y no solamente individual, al igual que en el delito de genocidio.

Por otro lado, encontramos posturas que defienden la concepción del bien jurídico protegido en estos delitos desde una perspectiva exclusivamente individual. En este sentido, Alicia Gil Gil, quien afirma que el crimen contra la humanidad protege los bienes jurídicos individuales de los sujetos afectados, de tal manera que la exigencia de un ataque generalizado o sistemático no permite hablar de titulares colectivos o de un bien jurídico que corresponde a todo un grupo²³.

²⁰ En este sentido, J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista La Ley, julio 2004*, núm. 14, pp. 71-73, 86, quien señala que “el criterio de la afección universal que podría parafrasearse como criterio de negación existencial del colectivo permite, expulsar del ámbito de protección de la norma del Derecho penal internacional algunas conductas no tan graves cerrando la puerta a las tendencias expansivas y al riesgo de banalización también del crimen de lesa humanidad”.

²¹ Cfr. J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista La Ley, julio 2004*, núm. 14, pp. 74, 81-89.

²² Siguiendo la postura al respecto de Herbert Jäger, “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte”, *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Procesen*, Gerd Hankel/Gerhard Study, Hamburgo, 1995, p. 326-327, quien exige, para estar ante tales conductas criminales constitutivas de crímenes de *lesa humanidad*, una situación excepcional socio-estatal de índole criminógena. Dicho autor requiere, por tanto, que dichas actuaciones provengan de un aparato de poder o de otras actuaciones colectivas de características y potencial destructivo equiparable; por el contrario, no cabrían nunca cuando los sujetos sean personas, grupos u organizaciones aisladas incapaces de cometer por sí mismas dichos crímenes.

²³ Cfr. A. Gil Gil, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999, pp. 123 y ss, concluye dicha autora que una concepción exclusivamente supraindividual del bien jurídico sería inútil pues dejaría fuera del tipo supuestos en los que la víctima no tiene características comunes de identificación del colectivo como tal; además, sería entonces el crimen contra la humanidad

A mi entender, creo que en cuanto a la configuración del bien jurídico protegido en los delitos de *lesa humanidad*, se debe partir no sólo de la rúbrica del título donde están insertos dichos crímenes (Delitos contra la Comunidad Internacional), sino de la descripción de la conducta típica “*ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella*”. Al igual que en el genocidio o terrorismo se puede afirmar que lo que se protegen son bienes jurídicos colectivos junto a los individuales basándonos en la tipificación expresa que se realiza de dichos delitos²⁴, en los crímenes de *lesa humanidad* también podemos mantener que el objeto de protección es la población civil o parte de dicha población²⁵, esto es, un grupo humano con independencia de que concurran entre ellos signos de identidad comunes; no creo que la no exigencia de actuar por determinados móviles en todas las modalidades de crímenes de *lesa humanidad* sea un argumento para justificar la exclusión de la protección de bienes jurídicos colectivos. Con lo que se puede afirmar que “este grupo de delitos (insertados en tal Título) constituye el vértice de una pirámide que tiene en su base los bienes jurídicos individuales y en los niveles siguientes los intereses de la colectividad y los del Estado (...)"²⁶; en algunos de estos delitos se confiere con carácter prioritario la defensa de los principios jurídico-internacionales de coexistencia pacífica y de contenido humanitario frente a la simple autodefensa del Estado²⁷.

Pese a mantener una postura contraria en cuanto a la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales en los delitos de *lesa humanidad*, tampoco estoy de acuerdo con la posición adoptada por Landa Gorostiza en cuanto a la exigencia

una mera ampliación del delito de genocidio que vaciaría de contenido este último. En contra, J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista La Ley*, núm. 14, julio 2004, pp. 83-85, para quien dicha concepción del bien jurídico conllevaría a falsificar la realidad hasta convertir en objeto de prohibición una manifestación muy poco significativa y representativa del fenómeno esencialmente colectivo con el que debe identificarse la macrocriminalidad. Así, en su opinión, la mera contabilidad de vulneraciones de bienes jurídicos individuales (criterio cuantitativo) no facilita diferenciar el Derecho penal interno de las disposiciones impulsadas desde y para la protección de la Comunidad Internacional; además la fijación del objeto de tutela en clave colectiva no implica, necesariamente la degradación del sujeto individual o su funcionalización para fines ajenos, sino el reconocimiento de la persona como ser social y la necesidad de su tutela también en este plano. En este mismo sentido, se habían decantado, Hans Vest, “Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001, p. 463 y ss; Michael Köhler, “Zum Begriff des Völkerstrafrechts”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2003, pp. 1 y ss, quien también se apoya en un criterio cualitativo para justificar y legitimar respecto de estos crímenes una jurisdicción internacional y una definición universal, que no se ha alcanzado en las tipificaciones realizadas por el Estatuto. Este último autor, persigue una interpretación restrictiva de los crímenes de Derecho penal internacional, que permita diferenciarlos de la criminalidad ordinaria o interna.

²⁴ En el genocidio, en mi opinión, se trata de proteger a un determinado grupo humano estable (en el mismo sentido que también mantiene Gil Gil) y en el delito de terrorismo lo que se trata de proteger es el orden constitucional y la paz pública, en definitiva, a la población, respecto de determinadas agresiones. En conclusión, lo que se protege en estos delitos son bienes jurídicos supraindividuales o colectivos.

²⁵ En este sentido, J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 25-27, al afirmar que los crímenes de *lesa humanidad* son atentados contra un sector de la población y no contra una persona individual; F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa.

²⁶ J. M. Tamarit Sumalia, “Los delitos de lesa humanidad”, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2005, pp. 2577-2578.

²⁷ En este sentido, *Idem*.

de una situación de crisis socio-estatal y de enfrentamientos entre colectivos de personas para poder hablar de crímenes de *lesa humanidad*. Como he apuntado en líneas precedentes, estos requisitos no los exige ni el 607 bis del Código Penal español ni el artículo 7 del Estatuto de Roma. Además dichas exigencias reducirían el ámbito de la punibilidad y ello conllevaría a la impunidad o, mejor expresado, a la deficiente calificación de conductas criminales merecedoras de la pena prevista para estos crímenes.

Finalmente, para fundamentar mi postura en cuanto al bien jurídico protegido en la medida que defiendo no sólo la protección de bienes jurídicos individuales sino también bienes jurídicos colectivos -la protección a la población civil o a una parte de ella-, quisiera argumentar que la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría, en mi opinión, el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos. La vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real, con el que quedaría, a mi juicio, abarcado todo el injusto cometido.

B) Tipo subjetivo

Tanto en el Código Penal como en el Estatuto sólo cabe la comisión dolosa del delito de *lesa humanidad*, no castigándose la forma imprudente. Apunta Gil Gil que puede ser cometido con cualquier tipo de dolo según el Estatuto de Roma, exigiéndose que el dolo del autor se extienda también al contexto, aunque no tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado u organización; basta con que conozca que su concreta conducta dolosa se enmarca dentro de una acción conjunta de estas características²⁸. En el Código Penal español, a diferencia del Estatuto, no se alude al término conocimiento; ello se explica por las características propias del sistema penal español a la hora de proceder a tipificar los delitos dolosos y los delitos imprudentes²⁹.

C) Problemas Concursales. Delimitación con el delito de terrorismo

Parece que hay unanimidad, hasta ahora en la doctrina, en la no exigencia de multiplicidad de actos cometidos por una persona para poder hablar de crimen de *lesa humanidad*, incluso pese al tenor literal del Estatuto de Roma que sí exige multiplicidad de actos; así la exigencia de generalidad de víctimas no se exigen como elementos del tipo sino que se refieren al contexto o línea de conducta del que pueden formar parte: con lo que un acto típico, por ejemplo, un asesinato, incluso de una sola víctima,

²⁸ Cfr. A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (Coordinador), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 65-66, 80; A. Gil Gil, “Informes Nacionales”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, Uruguay, 2003, pp. 366-367, aunque apunta que en todo caso, aunque el hecho imprudente no esté tipificado como delito internacional, siempre serán aplicables por los tribunales españoles, si tienen jurisdicción conforme a dicha calificación, los tipos comunes imprudentes en los que la conducta sea subsumible. Tal y como se establece también en el instrumento sobre los Elementos de los Crímenes.

²⁹ Cfr. al respecto, J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, p. 32.

constituye crimen de *lesa humanidad*, si forman parte de ese contexto -ataque generalizado o sistemático- ³⁰.

En lo que ya no hay acuerdo es, como ya hemos podido comprobar, en la concepción del bien jurídico protegido en estos delitos que tiene sus repercusiones en materia de concursos; sobre todo, en las posibles soluciones a adoptar cuando, por ejemplo, se cometan varios actos típicos por un mismo sujeto constitutivos cada uno de ellos de crímenes de *lesa humanidad*. Al respecto cabe destacar dos posturas: la de quien parte de la protección exclusiva de bienes jurídicos individuales en estos delitos y, por tanto, cada acto constituiría un crimen de *lesa humanidad*, optando por un concurso real en el caso de múltiples actos ³¹; y una segunda postura, que parte de la consideración de que se trata de actos que se integran en una línea de conducta contra un sector de la población y no contra una persona individual como tal ³².

De esta última postura es de la que se parte en este trabajo: protección de bienes jurídicos colectivos sin excluir, por supuesto, a la vez la protección de bienes jurídicos individuales. Desde esta perspectiva, parece que la solución en el caso de concurrencia de múltiples actos cometidos por una misma persona no es la del concurso real entre varios crímenes de *lesa humanidad*, sino la del concurso ideal, o bien, se podría optar por la aplicación de un delito de *lesa humanidad*, teniendo para ello en cuenta la conducta más grave cometida, en concurso real con las figuras comunes que constituyan el resto de los actos; iguales soluciones que las mantenidas para el delito de genocidio o terrorismo según algunas posturas doctrinales. Ello se justificaría con el fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*: si el bien jurídico protegido es la población civil, ésta ya quedaría protegido con la aplicación de un delito de *lesa humanidad*; por el contrario, si aplicamos un concurso real entre varios delitos de *lesa humanidad* estaríamos castigando varias veces por el mismo hecho.

³⁰ En este sentido, J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, p. 32; A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (Coordinador), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 75-78.

³¹ En este sentido, A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, pp. 75-78, quien adopta una solución distinta para el caso del delito de genocidio, pues aquí parte de la concepción de la protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, por tanto, la aplicación en estos casos de un concurso real conllevaría a la infracción del *ne bis in idem*; M. Ch. Bassiouni, *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*, p. 248. También ha sido la postura asumida por el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia en el caso *Tadic*. Esta solución ha sido adoptada por la Sentencia de la Audiencia Nacional española, de 19 de abril de 2005, *Caso Scilingo*, al apreciar varios delitos de *lesa humanidad* en concurso real, cometidos por el militar argentino durante la Dictadura en su país entre 1976 y 1981, aunque en opinión de A. Gil Gil, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 -r1 (2005), la Sentencia incurre en una contradicción pues se condena por un único delito de *lesa humanidad*, en lugar de por 32 delitos de *lesa humanidad*, aunque a la hora de imponer la pena se hace teniendo en cuenta que se han cometido 32 delitos de *lesa humanidad*, al establecer un concurso real entre todos.

³² En este sentido, J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 27-28.

Por otro lado, uno de los problemas fundamentales, a mi parecer, que presenta la nueva regulación de los delitos de *lesa humanidad* en el Código Penal español es el de su delimitación con los delitos de terrorismo³³, sobre todo partiendo de la postura aquí adoptada en cuanto a la delimitación del bien jurídico protegido en el delito ahora estudiado. Con la lectura de los distintos preceptos de la legislación penal española que regulan unos y otros delitos nos puede venir a la mente la problemática que cómo calificar determinados actos criminales que desgraciadamente presenciamos en las distintas partes del mundo en la actualidad. Por ejemplo, ¿los atentados del 11-M en Madrid, del 11-S en EEUU o del 7-J en Londres, se pueden considerar crímenes de *lesa humanidad*, tipificados ahora en el artículo 607 bis del Código Penal español, o constituyen atentados terroristas?³⁴. O por citar más casos ¿las conductas que se le imputan a *Scilingo*, por actos cometidos en Argentina durante la Dictadura en aquel país, pueden considerarse delitos de *lesa humanidad* o son conductas subsumibles en los delitos de terrorismo?³⁵; ¿los actos criminales realizados en Israel o en los territorios de Palestina son actos terroristas o delitos de *lesa humanidad*?...

La delimitación de ambas figuras deviene imprescindible desde la perspectiva interna de los países al coexistir ambas figuras en los ordenamientos nacionales. Desde la perspectiva internacional, sobre todo desde el punto de vista de la Corte Penal Internacional, por el momento dicha delimitación no es tan necesaria pues en el Estatuto de Roma no se recoge expresamente los delitos de terrorismo como fundamentadores de su competencia, aunque, en mi opinión, los actos terroristas que revistan las características de los crímenes de *lesa humanidad* tal y como están previstos en el Estatuto (ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil y que, además, se lleven a cabo mediante determinados delitos comunes expresados en el artículo 7), no cabe duda que se pueden enjuiciar por la Corte Penal Internacional y calificar de crímenes de *lesa humanidad*³⁶.

Desde el ordenamiento interno español cabe plantearse las diferencias existentes entre los dos tipos de delitos. Así, desde el punto de vista formal, los delitos de *lesa humanidad* se encuentran en el Título XXIV “*Delitos contra la Comunidad*

³³ Cfr. F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa, quien apunta que se ha producido un solapamiento de conductas. Cfr. sobre el concepto de terrorismo adoptado por el Tribunal Supremo español, J. M. Prats Canut, en G. Quintero Olivares, F. Morales Prats, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2005, pp. 2515-2517.

³⁴ Una pregunta similar se realiza F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa, pero con relación también a los atentados realizados por ETA.

³⁵ Cfr. C. Lamarca Pérez, “La competencia por terrorismo en los Casos de Argentina y Chile”, en *Principio de justicia universal*, 2001, pp. 87-88, para quien los actos cometidos en Argentina y Chile durante las dictaduras respectivas pueden constituir delitos de terrorismo -pues por estos debe de entenderse la realización de delitos comunes con la finalidad de subvertir el orden constitucional (y no exclusivamente el orden constitucional español). También la Sentencia de la Audiencia Nacional española, de 19 de abril de 2005, *Caso Scilingo*, aunque ha calificado finalmente sus conductas como crímenes de *lesa humanidad*, afirma que antes de la introducción en el Código Penal español de estos delitos, las conductas eran subsumibles tanto en los delitos de genocidio como en los delitos de terrorismo.

³⁶ En este sentido también, F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa, quien declara la necesidad de incluir expresamente el delito de terrorismo entre los que fundamentan la competencia de la Corte.

Internacional”, Capítulo II bis “*Delitos de Lesa Humanidad*”; por el contrario, los delitos de terrorismo en el Código Penal español se encuentran tipificados fundamentalmente en el Título XXII “*Delitos contra el orden público*”, Capítulo V “*De la Tenencia, Tráfico y Depósito de Armas, Municiones o Explosivos y de los Delitos de Terrorismo*”, en la Sección 2^a.

Esta diferente ubicación parece que pudiera darnos una pista acerca de la delimitación de ambas figuras desde la perspectiva del bien jurídico que se intenta proteger en uno y en otro delito. Así los crímenes de *lesa humanidad* atentarían contra un bien jurídico perteneciente a la Comunidad Internacional (la protección de la población civil, como elemento necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad mundial, a través de la protección de los bienes jurídicos individuales como la vida, la integridad física, la libertad etc.). Por el contrario, los delitos de terrorismo, por su ubicación, parece que se están refiriendo a un bien jurídico de carácter estatal y colectivo, como es el orden constitucional, y más concretamente, el orden constitucional español y la paz pública ³⁷ (estas concreciones del bien jurídico se desprenden del elemento subjetivo del injusto, elemento tendencial que se exige para su comisión: intención de subvertir el orden constitucional o la paz pública, lo que a juicio de Prats Canut da especificidad al delito de terrorismo ³⁸).

Esta delimitación, en mi opinión, es incorrecta por un motivo fundamental. Como todos sabemos, los delitos de terrorismo han sido objeto de tratamiento por el Derecho Penal Internacional desde hace mucho tiempo, hasta tal punto que algún autor ha señalado que el desarrollo del Derecho Penal Internacional lo ha marcado la normativa antiterrorista internacional ³⁹. Tanto el Derecho Internacional Convencional como Consuetudinario y las Declaraciones de los distintos órganos de Naciones Unidas, han evolucionado hasta nuestros días en esta materia en el sentido de considerar que el terrorismo es un crimen internacional que afecta a toda la Comunidad Internacional, pues el atentar contra el orden constitucional de un Estado supone atentar contra la Comunidad Internacional al ponerse en peligro la paz y la seguridad internacional ⁴⁰.

³⁷ Parece ser de esta opinión en cuanto a la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo, A. Gil Gil, “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (Coordinador), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Valencia, 2002, pp. 354-355.

³⁸ Cfr. J. M. Prats Canut, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de Quintero Olivares (Director) y Valle Muñiz (Coordinador), 1996, pp. 1580-1583. Vid. sobre el bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo: M. Cobo del Rosal, M. Quintanar Díez, *Compendio de Derecho Penal español*, Barcelona, 2000, pp. 1043-1047; T. Vives Antón, J. C. Carbonell Mateu, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, pp. 1033; M. García Arán, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 130 y ss.

³⁹ En este sentido, F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa.

⁴⁰ En este sentido, A. Remiro Brotóns, *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999, pp. 86-87, afirma incluso dicho autor que el terrorismo constituye un crimen contra la humanidad y, en concreto, un crimen de *lesa humanidad*, cuando se cometía como parte de una ataque amplio y sistemático contra la población civil. En el mismo sentido, M. García Arán, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 68 y ss, 129-132, dicha autora fundamenta esta postura, además, en la inclusión del terrorismo en la lista de delitos incluidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 23.4, que fundamenta la competencia española por el principio de justicia universal; F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa.

Desde este punto de vista, ojeando la normativa internacional sobre terrorismo, las Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, se debe considerar también desde el punto de vista interno que los actos terroristas cometidos en España no sólo afectan al Estado Español sino a toda la Comunidad Internacional, al igual que los cometidos fuera de España también afectarían a España por ser miembro de esa Comunidad Internacional.

La práctica jurisprudencial española, anterior a la reforma de 2004 por la que se introduce los delitos de *lesa humanidad*, avala dicho argumento al calificar, por ejemplo en el Caso *Pinochet*, la Audiencia Nacional como terrorismo, según nuestro Código Penal, los actos realizados en Chile por dicho sujeto⁴¹. También la Sentencia de *Scilingo* de la Audiencia Nacional, de 19 de abril de 2005, afirma que dichos actos conforme al Código Penal español anterior a la reforma de 2004 se podrían incluir dentro de los delitos de terrorismo. Con ello se intenta demostrar que estos delitos no se refieren exclusivamente a la protección del orden constitucional o paz pública española ni exclusivamente a los actos cometidos en nuestro territorio, sino muy por el contrario, ya se denota en estas Sentencias la dimensión internacional del delito de terrorismo.

Esta argumentación fundamentaría ya una primera propuesta de *lege ferenda*. La inclusión de la tipificación del terrorismo en el Código Penal español en el Título XXIV, dentro de los *Delitos contra la Comunidad Internacional*, junto al genocidio, a los crímenes de guerra y a los crímenes de *lesa humanidad*. Dicha ubicación sería más correcta atendiendo al bien jurídico que se protege en los delitos de terrorismo según el Derecho Penal Internacional. Ahora bien, la explicación de su no inclusión tras la última reforma es explicable, desde el punto de vista jurídico y ya no digamos político. Desde la perspectiva jurídica su no inclusión en dicho Título se puede deber a que la última reforma responde a la ratificación por España del Estatuto de Roma, y éste no ha previsto expresamente los delitos de terrorismo entre los actos que fundamentan su competencia. Desde el punto de vista político, se explica por la situación que sufre España desde hace más de treinta años con el fenómeno del terrorismo, en la que evidentemente se trata de proteger ante todo intereses estatales, como el orden público español y orden constitucional español.

Pues bien, partiendo de que, en mi opinión, ambas figuras delictivas atentan contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, -a través de atentados directos contra bienes jurídicos individuales-, cuya titularidad la ostenta, en último término, la Comunidad Internacional, la diferencia no se centra tanto en los bienes jurídicos protegidos en uno u en otro (en los delitos de *lesa humanidad* lo que se protegería es a la población civil contra ataques generalizados o sistemáticos -aquí también se ve alterada la paz pública-; en los delitos de terrorismo el orden constitucional o la paz pública, en definitiva también se estaría protegiendo a la población civil y el mantenimiento de la paz y seguridad mundial), su delimitación se va a basar en la forma de comisión de tales delitos que da especificidad a los actos terroristas. A mi juicio, se debe partir de una premisa, los actos terroristas, desde el punto de vista

⁴¹ De acuerdo con la postura de la Audiencia Nacional en dichos casos se ha pronunciado, M. García Arán, en *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El Caso Pinochet*, Valencia, 2000, p. 136; Lamarca Pérez: "La competencia por terrorismo en los casos de Argentina y Chile", en *El principio de justicia universal*, 2001, pp. 87-88. En contra de dicha calificación se pronunció el Informe de la Secretaría General Técnica de la Fiscalía del Estado, a consecuencia del Caso *Pinochet*, de 20 de noviembre de 1998, en donde se señala que el terrorismo es un delito contra el orden constitucional español.

internacional, son delitos de *lesa humanidad* (al igual que la persecución política o el *apartheid*)⁴². Desde el Derecho interno (Código Penal español), muchos de los actos terroristas pueden constituir delitos de *lesa humanidad* (todos no, pues el ámbito punitivo del delito terrorista es mayor que el del delito de *lesa humanidad* según el Código Penal español)⁴³. Pensemos por un momento en los actos terroristas ocurridos en España, como el 11-M o los perpetrados por la banda terrorista ETA, y en los actos criminales que se han llevado a cabo durante las dictaduras Chilena y Argentina en dichos países. En principio, se pueden calificar tanto como crímenes de *lesa humanidad* (ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella, cometiéndose a través de los delitos comunes enumerados por el artículo 607 bis) y también como delitos de terrorismo (en dichos supuestos los autores actúan con la intención de subvertir un orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, a través de ataques generalizados contra una parte de la población civil). El problema de la delimitación entre ambos tipos se agudiza desde el momento en que los actos terroristas suelen en la práctica revestir el carácter sistemático o generalizado de un ataque contra la población civil. Además, dicha dificultad se agrava por el concepto amplio de ataque generalizado o sistemático de los delitos de *lesa humanidad*, extendiéndose a los realizados no sólo por los aparatos del poder estatal sino también a los realizados por parte de una organización no estatal.

En definitiva cabe plantearse el siguiente interrogante ¿Qué es lo que va a decidir calificar una determinada conducta de acto terrorista o de *lesa humanidad* según nuestro Código Penal en aquellos supuestos en los que aquélla pueda subsumirse en ambos tipos de delitos?⁴⁴ Desde el punto de vista jurídico, a mi entender, la respuesta

⁴² De esta opinión M. García Arán, *en Crimen Internacional y Jurisdicción Universal, El Caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 130 y ss, aunque dicha autora considera que tanto los crímenes de *lesa humanidad* y los delitos de terrorismo afectan a bienes jurídicos personales o individuales; J. M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 25-27. En el sentido del texto se puede confrontar distintas resoluciones de los Tribunales *ad hoc*, en concreto, la jurisprudencia del Tribunal para la antigua Yugoslavia que ha afirmado en numerosas ocasiones que los actos terroristas se pueden reconducir en algunas ocasiones a los crímenes de guerra (en caso de conflicto armado) y a los crímenes de *lesa humanidad*. Un análisis de dicha jurisprudencia se puede confrontar en F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa. Por ejemplo, se puede citar el Asunto Krstic “Srebrenica” o la Sentencia, de 5 de diciembre de 2003, Fiscal c. Stanislaw Galic.

⁴³ Como he señalado, los hechos acompañantes que se enumeran en el 607 bis son delitos comunes que protegen bienes jurídicos individuales de carácter personal (vida, libertad, integridad); en cambio, los delitos comunes que acompañan a los actos terroristas pueden consistir, además, en atentados contra bienes jurídicos de carácter material (por ejemplo, la propiedad). Por otro lado, los crímenes de *lesa humanidad* requieren el carácter sistemático o generalizado del ataque; los delitos de terrorismo pueden que se cometan por individuos desvinculados de una organización terrorista de forma aislada y no generalizada (artículo 577). Cfr. una crítica a esta regulación terrorista introducida por el CP de 1995, E. Gimbernat Ordeig, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Ensayos Penales*, Madrid, 1999, pp. 84-88, al afirmar que dichos actos del 577, pese a ubicarse dentro de los delitos de terrorismo no constituyen tales desde un punto de vista material, pues no concurren las notas que singularizan a estas figuras delictivas como la permanencia y estabilidad del grupo y la de su carácter armado.

⁴⁴ No obstante, aunque la práctica jurisprudencial con relación a los delitos de *lesa humanidad* es muy escasa (Sentencia de 19 de abril de 2005 de la Audiencia Nacional española) para extraer conclusiones, el hecho de que el único caso hasta ahora calificado de crímenes de *lesa humanidad* sean ataques generalizados y sistemáticos con fines de subvertir un orden constitucional de otro país y con la finalidad

está en la forma de comisión de tales actos. En la definición de terrorismo, tanto desde el punto de vista interno como internacional, siempre se alude a la finalidad del sujeto activo (elemento subjetivo del tipo de injusto, tendencial) del delito de causar el terror en la población (intimidar a la población; u obligar indebidamente a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o dejar de hacer algo; o gravemente desestabilizar o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional⁴⁵). En el Código Penal español específicamente se alude a la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública: es lo que se ha denominado fines terroristas⁴⁶. Con lo que se puede concluir, que lo que da especificidad a los actos terroristas o delitos terroristas es una determinada finalidad -política- en el autor (elemento específico subjetivo del injusto)⁴⁷; en consecuencia, la relación entre el delito de terrorismo y de *lesa humanidad* es de concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad⁴⁸. Desde esta perspectiva, creo que los actos ocurridos en

de causar el terror en la población cometidos fuera de nuestras fronteras (en Argentina) es muy significativo de cara a sospechar por dónde van a ir nuestros tribunales a la hora de calificar delitos de terrorismo o delitos de *lesa humanidad*. Además en dicha Sentencia, se dice que dichos actos serían constitutivos de terrorismo conforme al Código Penal español anterior, pero conforme al actual el injusto del hecho encaja mejor en los delitos de *lesa humanidad*. Cabría preguntarse por qué. La respuesta se dará, esperemos, en posteriores resoluciones.

⁴⁵ Concepto que a juicio de F. Jiménez García, “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004, en prensa, es en la actualidad el comúnmente aceptado tanto en los distintos Convenios antiterroristas como en el Proyecto de Convenio General sobre terrorismo de Naciones Unidas y en la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 del Consejo de Europa. También es el adoptado en las distintas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (como la Resolución 49/60) y del Consejo de Seguridad (Resolución 1373/2001, Resolución 1566/2004).

⁴⁶ De forma paralela se establecería la delimitación entre genocidio y delitos de *lesa humanidad*. En mi opinión, el genocidio constituye un crimen de *lesa humanidad*, y lo específico de dicho delito es la intención del sujeto activo de destruir a un determinado grupo de personas (nacional, étnico, racial o religioso). En contra de tal postura, A. Gil Gil, “Informes Nacionales”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, Uruguay, 2003, p. 394, nota a pie 236; A. Gil Gil, A.: “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, de Kai Ambos (Coordinador), Valencia, 2002, pp. 94-104; A. Gil Gil, *Derecho penal Internacional*, Madrid, 1999, pp. 305 y ss; GIL GIL, A.: “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, núm. 4, 1999.

⁴⁷ Distinta delimitación de los delitos de terrorismo y crímenes de *lesa humanidad* realiza J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista La Ley*, julio 2004, núm. 14, pp. 80-81, quien centra la distinción en el concepto del contexto típico de los crímenes de *lesa humanidad*, que va a marcar la mayor gravedad de la conducta respecto de la delincuencia ordinaria (en concreto con la terrorista), es decir, la diferencia va a depender de lo que se entiende por ataque generalizado o sistemático contra la población civil y, ello a su vez, dependerá del bien jurídico protegido en los delitos de *lesa humanidad*.

⁴⁸ En parecidos términos la Sentencia de la Audiencia Nacional española, de 19 de abril de 2005, caso *Scilingo*. En dicho pronunciamiento se afirma que habría una relación de subsunción entre el terrorismo y los crímenes de *lesa humanidad*, con lo que descarta el concurso de delitos. En sentido opuesto, A. Gil Gil, “La Sentencia de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07 –r1 (2005), donde se pronuncia en contra de la existencia de un concurso de leyes entre el delito de terrorismo y delitos de *lesa humanidad*, optando por un concurso de delitos; igual ocurriría en su opinión entre el genocidio y crímenes de *lesa humanidad*, optando por un concurso de delitos al igual que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Caso Krtic, Svrenika, Appeals Chamber Judgement, de 19 de abril de 2004).

Chile y Argentina quedarían mejor subsumidos en la figura del terrorismo, pues los autores actuaban con una finalidad política clara, como era la de subvertir el orden constitucional de aquellos países y alterar la paz pública. En cambio, los actos cometidos en Nueva York y en Washington en 2001, en Madrid en el 2004, y en Londres en 2005, podrían reconducirse a las figuras de los delitos de *lesa humanidad*, pues, aunque efectivamente los autores tengan fines políticos, su intención inmediata era atentar contra un sector de la población (la occidental, aunque hubiera también víctimas de otras culturas y razas) a través de ataques generalizados y sistemáticos y no subvertir, de manera inmediata, algún orden constitucional.

Además de lo ya apuntado respecto de la incorrecta ubicación sistemática de los delitos de terrorismo en el Código Penal español a la luz de la evolución sufrida en esta materia en el Derecho Internacional (considerado como un crimen internacional que atentan contra toda la Comunidad Internacional), cabe realizar algunas críticas y plantear algunos problemas de cara a una futura reforma de los delitos de terrorismo (sobre todo a la luz de una posible reforma del Estatuto de Roma encaminada a incluir los delitos de terrorismo en la esfera de competencia de la Corte).

En primer lugar, desde el punto de vista jurídico (que no político) no se comprende la distinta penalidad asignada a una y otra figura. Los delitos de terrorismo tienen asignada una mayor penalidad (artículo 572, los que cometan actos terroristas y causan la muerte a una persona serán castigados con la pena de veinte a treinta años de privación de libertad) que los delitos de *lesa humanidad* (artículo 607 bis). 2, los que cometan crímenes de *lesa humanidad* causando la muerte de una persona serán castigados con pena privativa de libertad de quince a veinte años). Desde el momento en que mantenemos que ambas figuras protegen similares bienes jurídicos y atentan contra intereses de la Comunidad Internacional deberían de establecerse un paralelismo de penas a imponer tal y como se hace, por ejemplo, con el *apartheid*.

En segundo lugar, tampoco se comprende muy bien desde el punto de vista jurídico (que no político), los distintos ámbitos punitivos de ambas figuras (más restrictivos para el crimen de *lesa humanidad*, teniendo en cuenta que este es un crimen internacional de tanta o más gravedad que los actos terroristas), pues mientras en el crimen de *lesa humanidad* sólo se protegen -además de ese bien colectivo apuntado con anterioridad- bienes jurídicos individuales de carácter personal, en los delitos de terrorismo los hechos acompañantes pueden consistir en delitos comunes que atentan contra bienes de carácter material. En mi opinión, existen dos opciones: bien ampliar los delitos de *lesa humanidad* (algun autor se ha mostrado en contra de esta opción pues supondría la banalización de estos delitos)⁴⁹; o bien, restringir el ámbito punitivo de los delitos de terrorismo⁵⁰ (cuestión que difícilmente en España se podrá realizar teniendo en cuenta su situación socio-política y la expansión del Derecho Penal).

⁴⁹ En este sentido, J. M. Landa Gorostiza, “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista La Ley*, julio 2004, núm. 14, pp. 89-90.

⁵⁰ Parece ser de esta opinión E. Gimbernat Ordeig, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Ensayos Penales*, Madrid, 1999, pp. 84-85, al criticar la regulación de los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995 de forma tan amplia.

IV. Conclusiones

En primer lugar, quisiera alabar la introducción en el Código penal español de los delitos de *lesa humanidad* por LO 15/2003 de modificación de dicha norma. Esta regulación era necesaria por varios motivos: por un lado, porque en el ámbito internacional existían estas figuras y se estaban aplicando por los Tribunales *ad Hoc* existentes y, España, como parte integrante de esta Comunidad Internacional, estaba obligada a regular dichas figuras y cubrir la laguna legal existente en nuestro ordenamiento; y por otro lado, por la aprobación, ratificación e incorporación al ordenamiento español del Estatuto de Roma de 1998, en el que se establece la competencia complementaria a la de los Estados partes de una Corte Penal Internacional Permanente, encargada de enjuiciar este tipo de crímenes contra la humanidad.

En cuanto a la cuestión del bien jurídico protegido en estos delitos, se debe partir de varias premisas. En primer lugar, dichas figuras delictivas están insertas en un Título del Código Penal español denominado “*Delitos contra la Comunidad Internacional*”, cuya penalidad es superior a la prevista para los delitos comunes que forman parte de los delitos de *lesa humanidad*. Esta mayor penalidad se justifica por el plus de injusto que supone su comisión. Lo que a continuación cabe preguntarse cuál es el contenido de ese plus de injusto, o en otras palabras ¿qué es lo que hace que una muerte producida en el contexto de una ataque generalizado o sistemático merezca mayor penalidad que otra muerte cometida fuera de dicho contexto? Como ya he apuntado en líneas precedentes, creo que lo que aquí justificaría esa mayor penalidad es la lesión, además de bienes jurídicos individuales, en nuestro ejemplo la vida, de bienes jurídicos colectivos; lo que se estaría protegiendo es a la población civil o a una parte de ella, un colectivo que no tiene por qué tener signos de identidad comunes. A mi entender, el plus de injusto que supone la comisión de estos delitos no se justificaría por la acumulación cuantitativa de lesiones a bienes jurídicos individuales, pues dichas lesiones quedarían abarcadas acudiendo a un concurso real entre los delitos comunes cometidos.

Esta concepción del bien jurídico conlleva consecuencias en tema de concursos de delitos. Yo opto por la misma solución que se aplica respecto al delito de genocidio. En el caso de que un sujeto cometiera varios delitos comunes en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, en mi opinión, se debería calificar por el ataque más grave por un delito de *lesa humanidad* en concurso real con los demás delitos comunes, para evitar el *ne bis in idem*. Esta no ha sido la solución ofrecida por la Sentencia de 19 de abril de 2005 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la que se establece un concurso real entre varios delitos de *lesa humanidad*, al entender que cada conducta delictiva constituyía un delito de este tipo.

La definición de crímenes de *lesa humanidad* que se puede ofrecer a la luz de la regulación del Código Penal español podría consistir en la realización de determinados delitos comunes, descritos en el artículo 607 bis. 2, en el contexto de un ataque generalizado -pluralidad de víctimas- o sistemático -respondiendo a un plan preconcebido u organizado- contra la población civil o contra parte de ella, sin la necesidad de que ese colectivo posea unas características comunes (a diferencia del delito de genocidio en el que sí que se exigen unas señas de identidad comunes en el grupo objeto del ataque), y que dichos ataques provengan bien del Estado o de aparatos de poder de dicho Estado o, bien, que provengan de organizaciones o de grupos e, incluso, yo defendería que dichos ataques pudieran provenir de personas aisladas que, conociendo la existencia de dicho contexto de ataques generalizados o sistemáticos por parte de determinados grupos, realicen dichos actos contra la población civil (ello

teniendo en cuenta que el Código Penal español, a diferencia del Estatuto de Roma, no limita la esfera de sujetos activos en estos crímenes).

Su delimitación respecto del delito de terrorismo se puede centrar, en mi opinión, en una relación de especialidad; cuando dichos ataques generalizados o sistemáticos se dirijan con la finalidad de subvertir un orden constitucional o alterar la paz pública -finalidad política-, podríamos hablar de delitos de terrorismo, en vez de, calificar dichas conductas de crímenes de *lesa humanidad*. No obstante, hay que tener en cuenta que los delitos de terrorismo no exigen los ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil, lo que en ocasiones no va a haber problema para delimitar unos delitos de otros. Lo que ocurre es que en la práctica los atentados terroristas se realizan en dichos contextos exigidos por el artículo 607 bis y es cuando se va a plantear, a mi juicio, el posible concurso de leyes.

Esta configuración de los delitos de *lesa humanidad*, no supone una delimitación amplia de las conductas subsumibles en dichos tipos hasta el punto de incurrir, como ha señalado algún autor, en la banalización del delito. Ahora bien, no creo que se deba exigir para estar ante tales conductas criminales una situación de crisis-socio estatal (crisis del Estado y de la Sociedad); ello no lo exige el tipo del 607 bis y, además, quedarían conductas fuera de dicha figura delictiva merecedoras de su calificación.

Bibliografía

- BASSIOUNI, M. Ch.: *Crimes Against Humanity In International Criminal Law*.
- BUENO ARÚS, ZARAGOZA, Miguel, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2003.
- COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M., *Compendio de Derecho Penal español*, Barcelona, 2000.
- GARCÍA ARÁN, M., *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal. El Caso Pinochet*, Valencia, 2000.
- GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”, en Kai Ambos (Coordinador), *La Nueva Justicia Penal Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Valencia, 2002.
- _____, “Informes Nacionales”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino, *Persecución Penal Nacional de Crímenes internacionales en América Latina y España*, Uruguay, 2003.
- _____, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *Ensayos Penales*, Madrid, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001.
- JÄGER, Herbert, “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. Kriminalpolitisch-kriminologische Aspekte”, *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Procesen*, Gerd Hankel/Gerhard Study, Hamburgo, 1995.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Bilbao, 2004.
- KÖHLER, Michael, “Zum Begriff des Völkerstrafrechts”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2003.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., “El Nuevo Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación”, en *Revista Penal La Ley*, julio, 2004, núm. 14.

LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M. *La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad*, Barcelona, 2001.

PRATS CANUT, J. M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, de Quintero Olivares (Director) y Valle Muñiz (Coordinador), 1996.

REMIRO BROTÓNS, A., *El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, 1999.

TAMARIT SUMALIA, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G/ MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2005.

VEST, Hans, “Humanitätsverbrechen. Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2001.

VIVES ANTÓN, T., CARBONELL MATEU J. C., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.

Un panorama crítico de la aplicación de los impuestos y su coordinación en un modelo de estado compuesto: el caso español (Segunda parte)

José-Antonio Chamorro y Zarza*

Resumen: La coordinación de la aplicación de los impuestos en los modelos de Estado compuesto es una necesidad ineludible tanto para la eficacia del conjunto sistema tributario como para su correcta aplicación de acuerdo con los principios de justicia tributaria. En el modelo propuesto –el caso español– se hace una consideración crítica de los instrumentos orgánicos de coordinación de la gestión tributaria previstos por el ordenamiento jurídico, presentando aquellas disfunciones que pueden provocar cierta ineficacia en la aplicación global del sistema tributario español.

Palabras clave: Impuestos, sistema tributario, justicia tributaria

SUMARIO: Introducción 1. La distribución del poder tributario en España.2. La distribución de las competencias de aplicación de los impuestos 2.1. Competencias de la Administración del Estado en la gestión de los impuestos 2.2. Competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de los impuestos 2.2.1. Impuestos propios 2.2.2.

ABSTRACT: *The coordination of the application of the taxes in the models of composed State is a so much inescapable need for the efficacy of the assembly of the tax system as for its correct application according to the principles of tax justice. In the model proposed -the Spanish case- a critical consideration of the organic instruments of coordination of the tax management predicted by the legal code is done, presenting those dysfunctions that can cause certain inefficiency in the global application of the Spanish tax system.*

Key words: Taxes, tax system, tax justice.

* José-Antonio Chamorro y Zarza. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Financiero y Tributario en las Facultades de Derecho y Economía y Empresa de la Universidad de Salamanca, ha realizado estancias de investigación en la Facoltà di Giurisprudenza de la Università Federico II de Nápoles (Italia) y en la Faculdade de Direito de la Universidade de Coimbra (Portugal). Es autor de una monografía y varios artículos doctrinales sobre temas relativos a las Administraciones tributarias, gasto público o fraude fiscal, entre otros. Asimismo ha impartido conferencias en distintos Centros y Universidades españolas y extranjeras.

Impuestos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas 2.3. Competencias de las Entidades locales en la gestión de los impuestos 3.La coordinación de las Administraciones Públicas para la gestión de los impuestos. 3.1. Consideraciones previas 3.2. La coordinación de la gestión de los impuestos en la legislación 3.2.1. Los Estatutos de Autonomía 3.2.2. La Ley Orgánica 8/1.980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) 3.2.3. La Ley 21/2.001 del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas (LFCAA) 3.2.4. La Ley Reguladora de las Haciendas Locales 3.3. Órganos de coordinación de la gestión de los impuestos 3.3.1. Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas 3 .3. 2. El Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. 3.3.3. La Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria 3 .3. 4. Los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria 4. Conclusión.

3.2.2. La Ley Orgánica 8/1.980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA).

La LOFCA se elaboró y aprobó al amparo del artículo 157.3 de la Constitución con el objeto de regular el ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, lo cual implica que cualquier tipo de relación interadministrativa que, en su caso, pudiera regular se limitará estrictamente a las Administraciones estatal y autonómica.

El examen de su articulado permite desvelar la importancia limitada concedida por el legislador al establecimiento o articulación de mecanismos expresos y concretos destinados a coordinar las facultades de las Administraciones estatal y autonómicas en la aplicación de los impuestos. Omisión verdaderamente llamativa en una norma de este tipo que hubiera sido el lugar más oportuno para la regulación de los instrumentos destinados a coordinar la acción de las distintas Administraciones en un campo tan relevante.

Con carácter general, las alusiones a la coordinación en esta norma son más bien escasas, parvedad que se transforma en puro silencio cuando la coordinación ataña a la aplicación de los distintos impuestos.

Por lo que interesa a esta última cuestión, la primera referencia, aún cuando genérica, se encuentra en el artículo 2.1, precepto que, además de prever una serie de principios que presidirán el ejercicio de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas, se limita a proclamar, en la línea de la Constitución, la coordinación de dicho ejercicio con la Hacienda estatal.

El segundo precepto de la LOFCA que menciona la coordinación es el artículo 3 haciéndolo en los siguientes términos:

Artículo 3: “1. Para la adecuada coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado se crea por esta Ley el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, que estará constituido por el Ministro de Economía y Hacienda, el Ministro de Administraciones Públicas y el Consejero de Hacienda de cada Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma.”

Nos encontramos así ante un precepto que instaura un mecanismo orgánico de coordinación cuyas competencias concreta el párrafo 2 y que, en el orden coordinador, se limitan a las tres que constan en los apartados a), f) y g), a saber:

- “a) La coordinación de la política presupuestaria de las Comunidades Autónomas con la del Estado.
- (...)
- f) La coordinación de la política de endeudamiento.
- g) La coordinación de la política de inversiones públicas.
- (...).”

Ninguna mención expresa, por tanto, a una materia tan importante a nuestro juicio – aunque no para el legislador, como se puede apreciar- como es la interrelación coordinada de las Administraciones en la aplicación de los impuestos.

Otras alusiones más genéricas a la coordinación son las que se encuentran en los párrafos 3 y 4 del artículo 6⁸³, normas éstas que, no obstante, se refieren a una coordinación de las políticas de ingresos sin que quepa extraer ninguna regla aplicable a la gestión coordinada de los impuestos.

Al margen de los preceptos reproducidos con referencias expresas, aunque limitadas, a la coordinación, hay que notar que el único artículo de la LOFCA en el que se citan las relaciones interadministrativas a propósito de la aplicación de los tributos es el artículo 19, cuyo tenor pasamos a recordar en los puntos que aquí interesan:

Artículo 19: “1. La gestión, liquidación, recaudación e inspección de sus propios tributos corresponderá a la Comunidad Autónoma, la cual dispondrá de plenas atribuciones para la ejecución y organización de dichas tareas, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse con la Administración Tributaria del Estado, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.

2. (...).

Asimismo, en caso de tributos cedidos, cada Comunidad Autónoma podrá asumir por delegación del Estado la gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas Administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre el Valor Añadido ni en los Impuestos Especiales de Fabricación. La gestión, liquidación, recaudación,

⁸³ Artículo 6: “3. Las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple. En todo caso, deberán establecerse las medidas de compensación o *coordinación* adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que los ingresos de tales Corporaciones Locales no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro.

4. Cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o *coordinación* adecuadas a favor de las mismas.”

inspección y revisión de estos impuestos tendrá lugar según lo establecido en el apartado siguiente.

(...)

3. La gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión, en su caso, de los demás tributos del Estado recaudados en cada Comunidad Autónoma corresponderá a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la delegación que aquélla pueda recibir de ésta, y de la colaboración que pueda establecerse, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.”

El claro contenido de esta norma permite desvelar su carácter de marco delimitador del ámbito competencial atribuible a las instancias de poder estatal y autonómicas al efectuar una distribución de las funciones para la aplicación de los tributos de acuerdo con la titularidad de las distintas figuras tributarias, con la conocida salvedad de los impuestos cedidos. Su exclusivo interés radica en la previsión de estos párrafos de una posible colaboración de las Administraciones tributarias estatal y autonómicas en este campo, previsión que no deja de ser vacua en la medida en la que la propia Ley no acaba de concretar los mecanismos o medios específicos que permitieran su actuación, amén del carácter contingente con el se prevé aquélla en la norma.

3.2.3. La Ley 21/2.001 del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas (LFCCAA).

La Ley 21/2.001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, al igual que las precedentes Leyes de Cesión de Tributos estatales a las Comunidades Autónomas de 1.983 y 1.996, tiene su punto de arranque en el artículo 10.2 LOFCA⁸⁴, si bien este precepto lo que contemplaba era la aprobación de leyes específicas de cesión que determinaran su alcance y contenido para cada una de las Comunidades Autónomas. No obstante, en su momento se optó por establecer un marco de referencia idéntico para todas las Comunidades Autónomas que cristalizó en la Ley 30/1.983, de 28 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, primera norma general de cesión de tributos estatales a las Comunidades Autónomas⁸⁵, sustituida posteriormente para la mayoría de las Comunidades Autónomas por la Ley 14/1.996, de 30 de diciembre, de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y Medidas Fiscales Complementarias y, en fin, con un contenido más amplio por la vigente Ley 21/2.001.

Sentado esto, ha de reconocerse que la LFCCAA, al igual que las anteriores Leyes de Cesión, utiliza con cierta profusión el término “colaboración” para referirse a las

⁸⁴ Artículo 10: “2. Se entenderá efectuada la cesión cuando haya tenido lugar en virtud de precepto expreso del Estatuto correspondiente, sin perjuicio de que el alcance y condiciones de la misma se establezcan en una Ley específica.”

⁸⁵ Hay que tener presente que, en puridad, la primera ley de cesión de tributos estatales a una Comunidad Autónoma fue la Ley 41/1.981, de 28 de octubre, de cesión de tributos del Estado a la Generalidad de Cataluña, norma que se aprobó con dos años de antelación al régimen general regulado en la Ley 30/1.983, de 28 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas.

relaciones entre las Administraciones tributarias autonómicas y estatal, siendo, por el contrario, escasas las alusiones a la coordinación interadministrativa en la aplicación de los impuestos. Así, en orden a la colaboración entre los dos niveles administrativos en aquél ámbito, y recordando su carácter limitado a los impuestos estatales cedidos a las Comunidades Autónomas, es posible mencionar los artículos 46.3, cuarto párrafo; 49.3; 50.2 y 3; 53 y 55.2 y 3 de la LFCCAA, preceptos de los que es posible derivar efectos coordinadores en algún caso.

La primera de las normas señaladas establece lo siguiente:

Artículo 46: “3. (...).

En relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, la Administración Tributaria del Estado y la de la Comunidad Autónoma colaborarán facilitándose medios personales, coadyuvando en la inspección e intercambiando toda la información que se derive de las declaraciones, censo y actuaciones efectuadas por la Inspección.”

En consecuencia, las Administraciones tributarias estatal y autonómicas vendrán obligadas a colaborar en orden a la aplicación del Impuesto sobre el Patrimonio, tributo cedido que, por sus peculiaridades, cuenta con un régimen de gestión particular. Dicha colaboración se materializará facilitándose medios personales, coadyuvando en la inspección y, en general, intercambiando información, siendo éste uno de los instrumentos más clásicos de colaboración y esencial en una actuación coordinada de Administraciones.

Salvando estas someras alusiones, bien poco puede extraerse de un precepto redactado de forma genérica y en el que no se especifican los canales concretos –tanto normativos como, en su caso, orgánicos- para efectuar dicha colaboración.

La colaboración interadministrativa en el campo de la recaudación viene recogida en el artículo 49.3⁸⁶, el cual engloba dos supuestos de colaboración para la recaudación de las deudas tributarias: uno, la posibilidad de que una Administración encomiende a otra la recaudación de las deudas de aquellos tributos cuyos rendimientos le corresponden en virtud de la cesión; otra, que cualquier Administración pueda encomendar la recaudación del rendimiento de sus tributos a aquella otra que sea competente por razón del territorio. En ambos supuestos subyace, de cualquier manera, la idea de los Convenios entre Administraciones a los que se refiere el artículo 145.2 de la Constitución y que concreta el artículo 6 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC)⁸⁷.

Nada hay que objetar a una norma que parece lógica en el seno de un Estado que cuenta con distintos niveles de Administraciones Públicas: a través de ella se pretende, de un lado, evitar la posible duplicidad de Administraciones encargadas de la recaudación y,

⁸⁶ Artículo 49: “3. La recaudación de las deudas tributarias correspondientes a los tributos cedidos a que se refiere el artículo anterior podrá realizarse directamente por las Comunidades Autónomas o bien mediante concierto con cualquier otra Administración Pública.

De la misma manera, cualquier otra Administración Pública podrá concertar con la Comunidad Autónoma competente por razón del territorio, la recaudación del rendimiento de sus tributos en dicho territorio, a través de los servicios que establezca al amparo del apartado 1 de este artículo.”

⁸⁷ El artículo 145.2 de la Constitución sólo prevé los Convenios entre Comunidades Autónomas, situación que ha corregido, con mejor criterio, el artículo 6 de la LRJAPyPAC al englobar también al Estado.

de otro lado, reflejaría un caso de estricta colaboración cuando las actuaciones de una Administración han de surtir efectos, o más precisamente, han de llevarse a cabo en el territorio de otra.

El artículo 50, que regula la delegación de las competencias de inspección, recoge otros supuestos de colaboración en este ámbito en los términos que siguen:

Artículo 50: “2. Cuando la inspección de los tributos del Estado o de las Comunidades Autónomas conocieren con ocasión de sus actuaciones comprobadoras e investigadoras hechos con trascendencia tributaria para otras Administraciones, lo comunicarán a éstas en la forma que reglamentariamente se determine.

3. Las actuaciones comprobadoras e investigadoras en materia tributaria de las Comunidades Autónomas, fuera de su territorio, serán realizadas por la Inspección de los Tributos del Estado o la de las Comunidades Autónomas competentes por razón del territorio, a requerimiento de las Comunidades Autónomas, de conformidad con los planes de colaboración que al efecto se establezcan.”

Esta norma, al igual que hacía el precitado artículo 46, se refiere en su párrafo 2 a la transmisión entre las Administraciones estatal y autonómicas, y éstas entre sí, de información relativa a hechos de trascendencia tributaria para las otras Administraciones cuando dicha información se haya obtenido como consecuencia de actuaciones comprobadoras e investigadoras.

El punto 3, más interesante, atribuye de manera indistinta a la Inspección de los Tributos estatal o de las Comunidades Autónomas territorialmente competentes, y de acuerdo con los planes de colaboración, la práctica de todas aquellas actuaciones de comprobación e investigación que deban efectuar las Comunidades Autónomas fuera de su territorio, naturalmente mediando el requerimiento de éstas. Este precepto, que ya se contenía en las anteriores Leyes de Cesión de 1.983 y 1.996, cuenta con una novedad introducida en la LFCCA cual es la posibilidad de que las actuaciones comprobadoras e investigadoras que una Comunidad Autónoma deba realizar fuera de su territorio se lleven a cabo por la Inspección de los Tributos de la Comunidad Autónoma que corresponda.

A nuestro juicio y desde el punto de vista de la coordinación, resultaba más acertada la regulación establecida en las anteriores Leyes de Cesión en la medida en la que se ordenaba, con carácter preceptivo, la intervención de la Inspección estatal -con competencia en todo el territorio nacional, no lo olvidemos- para realizar las actividades extraterritoriales de una Administración autonómica. Ello evitaría que en el supuesto, no precisamente infrecuente, de que unas actuaciones de esta naturaleza hubieran de llevarse a cabo en el territorio de varias Comunidades Autónomas, la Comunidad Autónoma interesada debiera dirigirse por separado a las mismas para interesar la práctica de las mencionadas actividades. Se eludiría de esta forma el establecimiento de una complicada red de relaciones bilaterales entre las distintas Comunidades Autónomas que, atendiendo a su natural limitación territorial, tendría como resultado la práctica de actuaciones necesariamente parciales con detrimento de la eficacia en el fin perseguido⁸⁸.

⁸⁸ No hay que olvidar a estos efectos lo manifestado por Linares Martín de Rosales quien afirma que la mayoría de las opiniones, incluso en los países federales, abogan por un sistema de investigación unificada o

De igual forma, es ineludible reseñar respecto al artículo 50.3, la llamada expresa que hace al mismo el artículo 55.3 de la propia Ley; en éste se prevé la realización de actuaciones inspectoras por la Inspección de los Tributos estatal o autonómica cuando deban llevarse a cabo fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, pero, a diferencia de aquél, dichas actuaciones habrán de tener por objeto “las cuentas y operaciones activas y pasivas de los Bancos, Cajas de Ahorro, Cooperativas de Crédito y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfico bancario o crediticio.” Pues bien, dichas actividades se realizarán de acuerdo con lo previsto en el antedicho artículo 50 por lo que nos remitimos a lo ya afirmado.

Finalmente, el último de los artículos referidos a la colaboración con incidencia en la gestión tributaria es el artículo 53, del que pueden destacarse especialmente, a los efectos que aquí interesan, los párrafos 1 y 2:

Artículo 53: “1. Las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma de que se trate, entre sí y con las demás Comunidades Autónomas, colaborarán en todos los órdenes de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos, así como en la revisión de actos dictados en vía de gestión tributaria.

2. En particular, dichas Administraciones:

- a) Se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten, estableciéndose los procedimientos de intercomunicación técnica precisos.
- b) Los Servicios de Inspección prepararán planes de inspección coordinados en relación con los tributos cedidos, sobre objetivos y sectores determinados, así como sobre contribuyentes que hayan cambiado su residencia o domicilio fiscal.
- c) Arbitrarán modalidades específicas de cooperación y asistencia con el fin de garantizar el control y la correcta aplicación de las exenciones, devoluciones y reducciones del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.”

Como se puede ver, estas normas contienen un mandato dirigido a las Administraciones estatal y autonómicas con el objeto de que colaboren en todas las actividades relacionadas con la gestión de los impuestos cedidos, mandato que, dada la imprecisión con la que se redacta, nada aporta a esta cuestión, siendo algo más concreto el párrafo 2, donde se refieren actuaciones específicas de indudable importancia en el desarrollo de actividades de aplicación coordinada de los impuestos.

Este cuadro se completa con tres menciones específicas a la coordinación que se materializan, a su vez, en tres órganos con atribuciones más o menos amplias en esta materia: son el Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria y los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria, regulados respectivamente por los artículos 63, 64 y 65 de la LFCCAA y a los que se hará referencia más adelante.

La conclusión que se puede extraer es que la actual Ley reguladora de la cesión de tributos estatales, al igual que las que la precedieron, deja traslucir la preocupación presente en el legislador por el establecimiento de relaciones de colaboración entre las

uniforme (“La inspección tributaria en el Estado de las Autonomías” en *XXX Semana de Estudios de Derecho Financiero (El IVA y la Inspección de Hacienda)*, IEF, Madrid, 1.984, p.564).

Administraciones tributarias estatal y autonómicas, siendo más parco en sus referencias a la coordinación. En cualquier caso dicha preocupación no acaba de materializarse de manera efectiva traspasando el ámbito de las meras declaraciones de intenciones y la disposición en las normas de órganos de dudosa eficacia.

3.2.4. La Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Su regulación puede calificarse de exigua tratándose de la coordinación puesto que esta ley no contempla ningún precepto que prevea la coordinación administrativa en la aplicación de los impuestos aunque, es justo reconocerlo, sí existe en su seno una norma, el artículo 8, en el que se alude a la colaboración de las distintas Administraciones tributarias. Su contenido es el siguiente:

Artículo 8: “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 106.3 de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, las Administraciones tributarias del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales colaborarán en todos los órdenes de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales.

2. En particular, dichas Administraciones tributarias:

a) Se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten y, en su caso, se establecerá, a tal efecto, la intercomunicación técnica precisa a través de los respectivos Centros de Informática.

b) Se prestarán recíprocamente, en la forma que reglamentariamente se determine, la asistencia que interese a los efectos de sus respectivos cometidos y los datos y antecedentes que se reclamen.

c) Se comunicarán inmediatamente, en la forma que reglamentariamente se establezca, los hechos con trascendencia tributaria para cualquiera de ellas, que se ponga de manifiesto como consecuencia de actuaciones comprobadoras e investigadoras de los respectivos servicios de inspección tributaria.

d) Podrán elaborar y preparar planes de inspección conjunta o coordinada sobre objetivos, sectores y procedimientos selectivos.

3. Las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva que hayan de efectuarse fuera del territorio de la respectiva Entidad local en relación con los tributos propios de ésta, serán practicadas por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del Presidente de la Corporación.”

Dejando de lado la manifiesta imprecisión con la que se utiliza el término “gestión” en la LRHL, algo por otra parte común al resto de la legislación tributaria, hay que destacar tres cosas en referencia al precepto reproducido: en primer lugar, la correcta alusión a los tres niveles de Administraciones tributarias a la hora de prever la colaboración en la gestión. En segundo lugar, cita ciertos supuestos de colaboración que, formulados de manera genérica y con remisiones a una posterior normativa reglamentaria, se pueden resumir en la facilitación recíproca de información tributaria relevante y la posibilidad de elaborar planes de inspección conjunta. En tercer lugar, la concreción del apartado 3, en el que de manera vinculante se establece que, a petición del Presidente de la Corporación

local, sean las Administraciones autonómica o estatal, según el supuesto del que se trate, las que lleven a efecto las actuaciones en materia de inspección o recaudación ejecutiva cuando hayan de efectuarse fuera del territorio de la Entidad local⁸⁹.

No cabe sino, en fin, proclamar el carácter fútil de la LRHL en el momento de vertebrar una coordinación efectiva de las Administraciones tributarias en su propio campo de acción de los impuestos locales, a la luz de las expresiones utilizadas en el precepto que, supuestamente, habría de coordinarlas, norma con futuribles tales como “se establecerá la intercomunicación técnica precisa”, “en la forma en que reglamentariamente se determine” o “en la forma en que reglamentariamente se establezca”, sin previsión de plazos concretos y razonables y de instrumentos más específicos para favorecer la realidad de aquellas previsiones.

3.3. Órganos de coordinación de la gestión de los impuestos.

A pesar de las deficiencias apuntadas que, en materia de coordinación, padecen las leyes financieras y tributarias traídas a colación, no debe desconocerse que éstas han instaurado varios mecanismos de naturaleza orgánica cuyo fin, en principio, es el de instrumentar la coordinación en distintos ámbitos. Sin embargo estos instrumentos, por unas u otras razones, tienen un carácter limitado en cuanto a sus efectos deseados: arbitrar una auténtica coordinación entre todas las instancias administrativas implicadas en la aplicación del sistema impositivo.

Los órganos a los que nos referimos se prevén en dos normas diferentes: el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas en la LOFCA y el Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria y los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria en la LFCCAA.

3.3.1. Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

Ya se ha dicho que este órgano fue creado por el artículo 3 de la LOFCA, en cuyo párrafo 1 se explicita el fin coordinador del mismo:

Artículo 3: “1. Para la adecuada coordinación entre la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado se crea por esta Ley el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, que estará constituido por el Ministro de Economía y Hacienda, el Ministro de Administraciones Públicas y el Consejero de Hacienda de cada Comunidad o Ciudad Autónoma.”

Si atendemos a la literalidad de esta norma, el Consejo de Política Fiscal y Financiera sería, con carácter preliminar, una manifestación específica del principio de coordinación financiera, que se concreta en este caso en un instrumento de naturaleza orgánica y, dada su composición, con un claro matiz político.

⁸⁹ Adviértase el claro paralelismo con el contenido del artículo 50.3 LFCCAA.

Ahora bien, la norma anterior ha de ser completada con las funciones que se le asignan, las cuales vienen determinadas por el mismo precepto en su segundo párrafo:

“2. El Consejo de Política Fiscal y Financiera, como órgano de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia fiscal y financiera, entenderá de las siguientes materias:

- a)La coordinación de la política presupuestaria de las Comunidades Autónomas con la del Estado.
- b)La emisión de los informes y la adopción de los acuerdos previstos en la Ley Orgánica 18/2.001, Complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.
- c)El estudio y valoración de los criterios de distribución de los recursos del Fondo de Compensación.
- d)El estudio, la elaboración, en su caso, y la revisión de los métodos utilizados para el cálculo de los costos de los servicios transferidos a las Comunidades Autónomas.
- e)La apreciación de las razones que justifiquen, en cada caso, la percepción por parte de las Comunidades Autónomas de las asignaciones presupuestarias, así como los criterios de equidad seguidos para su afectación.
- f)La coordinación de la política de endeudamiento.
- g)La coordinación de la política de inversiones públicas.
- h)En general, todo aspecto de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas y de la Hacienda del Estado que, dada su naturaleza, precise de una actuación coordinada.”

Dos cosas pueden apuntarse: una, que a la vista de sus competencias, predomina su naturaleza meramente *consultiva* y de *deliberación*, lo que permite incardinarlo en las *Conferencias sectoriales* que prevé el artículo 4 de la Ley 12/1.983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico⁹⁰, recogido posteriormente por el artículo 5 de la LRJAPyPAC; otra, la chocante omisión de cualquier referencia a la coordinación de los tributos en general y su aplicación en particular. No obstante hemos de advertir en orden a esta última cuestión que el conocimiento de la misma puede integrarse en el omnímodo apartado h), lo cual no es óbice para criticar la no inclusión de un apartado específico que aludiera a un tema con una relevancia que huelga justificar a estas alturas.

No deja de resultar llamativo, también, el completo olvido en el que sume a la coordinación con las Haciendas locales; cierto que la LOFCA tiene por objeto la *regulación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas* pero parece que un órgano con funciones coordinadoras, para que cumpla su verdadero objetivo, es decir, conseguir la

⁹⁰ El artículo 4 de la LPAut establece lo siguiente:

“1. A fin de asegurar en todo momento la necesaria coherencia de la actuación de los poderes públicos y la imprescindible coordinación, se reunirán de forma regular o periódica, al menos dos veces al año, Conferencias sectoriales de los Consejeros de las distintas Comunidades Autónomas y del Ministro o Ministros del ramo, bajo la presidencia de uno de éstos con el fin de intercambiar puntos de vista y examinar en común los problemas de cada sector y las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos.

2. La convocatoria de la Conferencia se realizará por el Ministro competente, bien se trate de reuniones ordinarias o de las extraordinarias que se celebren para el tratamiento de asuntos que no admitan demora. En este último caso, la convocatoria podrá también formularse a instancia de alguno de sus miembros.”

eficacia, ha de contar como mínimo con todos aquellos sujetos que poseen facultades en la materia a coordinar⁹¹.

Por último, los resultados coordinadores del Consejo hasta el momento han sido cuestionados por las mismas Comunidades Autónomas, tal como revela el Informe de la Comisión de Expertos para quienes “es llamativo que este pobre resultado (se refieren a la coordinación) se produzca en el ámbito fiscal y financiero en el que, (...), existe precisamente el mecanismo coordinador interinstitucional mejor definido y con más larga trayectoria: el Consejo de Política Fiscal y Financiera. Sin embargo, también existe en la actualidad un problema bastante claro de pérdida de reputación del mismo (y de la administración central frente a las Comunidades Autónomas) como ámbito impulsor de la coordinación de manera eficaz. Aunque las experiencias no tienen el mismo alcance, algunas Comunidades Autónomas declaran que tienen más confianza en la virtualidad de la coordinación entre las propias Comunidades Autónomas para algunos temas que en la de éstas con la administración central.”⁹²

3.3.2. El Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Este órgano de dirección viene a sustituir al anterior *Consejo de Dirección* previsto en la norma creadora de la AEAT -artículo 103 de la Ley 31/1.990- al cual se le asignaban funciones de asesoramiento del Presidente de la Agencia. El nuevo *Consejo Superior de Dirección*, creado al amparo del artículo 63 LFCCAA, mantiene las atribuciones genéricas asignadas a su predecesor⁹³ y le añade, junto a los órganos a los que nos referiremos más

⁹¹ No hay que olvidar que la propia LOFCA contiene una referencia a las Haciendas locales en el artículo 6.3 relativo al establecimiento y gestión por parte de las Comunidades Autónomas de tributos que recaigan sobre materias reservadas a las Corporaciones locales.

⁹² Cfr. Monasterio escudero y otros en *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, IEF, Madrid, 1.995, p.54.

⁹³ Las funciones son las señaladas por el art. 63.2 LFCCAA, cuyo contenido es el siguiente:

a) Informar, antes de su aprobación, el Plan de Objetivos de cada año –que incluirá el Plan General Autonómico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, resultado de la agregación de los planes correspondientes de cada una de las Comunidades y Ciudades con Estatuto de Autonomía-, así como sobre las directrices esenciales del Plan de Control Tributario de la Agencia.

b) Ser informado, en el primer cuatrimestre de cada año, de los resultados del Plan de Objetivos del año anterior.

c) Ser informado, periódicamente, del seguimiento del Plan Anual de Objetivos.

d) Proponer líneas estratégicas de actuación y prioridades funcionales de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria y, a través de ésta, de los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria.

e) Asesorar al Presidente en las cuestiones relativas a la política de gestión de los ingresos tributarios, a las necesidades y problemas que suscite la aplicación del sistema tributario estatal y aduanero, así como en relación con el funcionamiento de los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, proponiéndole la realización de estudios y programas que estime necesarios o la adopción de las medidas que se consideren oportunas en cada caso.

f) Asesorar al Presidente en materia de coordinación y cooperación con los órganos del Ministerio de Hacienda y con las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y de las Administraciones locales.”

adelante, el carácter de *órgano de participación de las Comunidades Autónomas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria*⁹⁴.

El *Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria* cuenta con funciones de asesoramiento e información, sustrayéndole auténticas competencias directivas que, sin duda, podrían ejercer un claro influjo coordinador en la actividad propia de la Agencia Tributaria y en las relaciones de ésta con el resto de Administraciones tributarias.

De las seis funciones atribuidas a este órgano sólo una de ellas alude de manera expresa a la coordinación entre todos los niveles de Administraciones tributarias; esta mención, sin duda un avance con relación a la anterior regulación que omitía cualquier alusión a las Administraciones tributarias locales⁹⁵, no impide criticar la nula virtualidad coordinadora en tanto que se trata de una simple función asesora y no de toma de decisiones, como debería corresponder a un órgano que auténticamente desarrollase funciones de dirección.

Por lo demás, otra de las competencias que podrían haber tenido una destacada importancia coordinadora y que, fruto de una inadecuada configuración tanto del órgano como de la propia competencia, queda en un mero deseo, es la contenida en el apartado e) del artículo 63.2 LFCAA:

“Asesorar al Presidente en las cuestiones relativas a la política de gestión de los ingresos tributarios, a las necesidades y problemas que suscite la aplicación del sistema tributario estatal y aduanero, así como en relación con el funcionamiento de

⁹⁴ El artículo 66 LFCAA modifica el subapartado 4 del apartado tres del artículo 103 de la Ley 31/1.990, estableciendo la siguiente redacción:

“4. Existirá un Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que actuará como órgano de asesoramiento del Presidente y como órgano de participación de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El Consejo Superior de Dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria estará presidido por el Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria e integrado por los siguientes miembros: el Director General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que ostentará la Vicepresidencia Primera, el Secretario General de Política Fiscal Territorial y Comunitaria, el Subsecretario de Hacienda, los Directores de los Departamentos y Servicios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Director General de Tributos y seis representantes de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, uno de los cuales ostentará la Vicepresidencia Segunda, designados cada año por el Consejo de Política Fiscal y Financiera.

El Consejo Superior de Dirección realizará las funciones establecidas en la Ley 21/2.001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.”

⁹⁵ Como ya se ha visto el artículo 63.2 LFCAA, en su apartado f) confiere a este Consejo Superior la facultad de “*asesorar al Presidente en materia de coordinación y cooperación con los órganos del Ministerio de Hacienda y con las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y de las Administraciones locales.*”

Es necesario destacar que el artículo 103.Tres, punto 4, de la Ley 31/1.990, antes de la reforma introducida por la LFCAA, atribuía de manera muy somera al precedente Consejo de Dirección una serie de funciones genéricas, aunque de similar naturaleza a las del actual Consejo Superior de Dirección, en los siguientes términos:

“(...) Este Consejo de Dirección actúa como órgano de asesoramiento del Presidente y desarrolla funciones de consulta, de análisis de políticas tributarias y de coordinación de actuaciones tributarias.”

los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, proponiéndole la realización de estudios y programas que estime necesarios o la adopción de las medidas que se consideren oportunas en cada caso.”

Sin lugar a dudas algunas de las cuestiones que pueden surgir *relativas a la política de gestión de los ingresos tributarios, a las necesidades y problemas que puede generar la aplicación del sistema tributario estatal, y al propio funcionamiento de los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria*, tendrán que ver necesariamente con problemas relacionados con la coordinación; dicho de otro modo, la mayor parte de los casos estarán ligados de forma íntima a la búsqueda de soluciones a posibles disfunciones surgidas en la aplicación del sistema tributario. Ahora bien, en la medida en la que las tareas de este órgano son restringidas al asesoramiento del presidente, las funciones virtuales de *dirección* que se apuntan en su denominación desaparecen de manera automática.

Otra restricción importante es la limitación material de su competencia al ámbito del sistema tributario estatal y exclusivamente al funcionamiento de la propia Agencia Tributaria: tal configuración, sin tener en cuenta el conjunto del sistema tributario –también el autonómico y el local- y de las Administraciones tributarias, implica desconocer tanto la realidad territorial de España como la ineludible relación entre todos estos ámbitos, ligazón que exige, precisamente, una *acción coordinada* dirigida a evitar solapamientos y disfunciones entre Administraciones y a lograr la eficaz aplicación de todo el sistema tributario en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 31.1 de la Constitución.

3.3.3. La Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria.

La *Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria* es un órgano incardinado en la estructura central de la AEAT dependiendo directamente del Presidente de ésta; su regulación se contiene en el amplísimo artículo 64 de la LFCCAA del que puede extraerse el régimen jurídico que se expone a continuación.

a. Composición.

La composición de este órgano, presidido por el Presidente de la AEAT, viene determinada en el apartado 2: el Director de la AEAT, que será el Vicepresidente, siete representantes de la AEAT, uno de la Inspección General del Ministerio de Hacienda, dos representantes de los demás centros dependientes de la Secretaría de Estado de Hacienda y un representante de cada Comunidad Autónoma de régimen común y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

b. Estructura.

Se establece en los subsiguientes apartados 4, 5 y 6, conformándose de la siguiente manera:

b.1.-Pleno.

Deberá reunirse, como mínimo, una vez al semestre, bajo la convocatoria de su Presidente o cuando lo soliciten los representantes de, al menos, tres Comunidades Autónomas.

b.2.-Comisiones de Trabajo.

A la Comisión Mixta, de conformidad con sus normas de régimen interior, le

corresponde la creación o supresión de comisiones de trabajo así como la determinación de sus cometidos, competencias y régimen de funcionamiento.

Podrán existir una o varias comisiones de trabajo que serán temporales o permanentes. Su composición será paritaria entre los representantes de la Hacienda estatal y de las Comunidades y Ciudades Autónomas, representantes que serán elegidos respectivamente por el Presidente de la Agencia Tributaria y por los representantes autonómicos en la Comisión Mixta (apartado 4).

b.3.-Comisión de Evaluación Normativa.

Este órgano, creado por el apartado 5 de la LFCCAA, constituye una novedad en la estructura de la Comisión Mixta de Coordinación. Integrado por tres representantes de la Administración estatal y otros tres representantes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, así como por el Secretario Técnico permanente de la Comisión Mixta, que ejercerá las funciones de Secretario, se reunirá previa convocatoria de la Secretaría técnica Permanente de la Comisión Mixta.

La función de este órgano está íntimamente ligada al deber de comunicación recíproca, contenido en el artículo 64.3 b) LFCCAA, entre las Administraciones estatal y autonómicas de las propuestas normativas que modifiquen la regulación de los tributos cedidos; así, el objetivo que se le asigna es propiciar el acuerdo entre Administraciones acerca del contenido de las referidas propuestas cuando las observaciones realizadas por una Administración se consideren inasumibles por la Administración autora de la normativa.

b.4.- Secretaría Técnica Permanente.

Tal como prevé el apartado 6, su desempeño corresponderá a un funcionario de la AEAT con categoría de Subdirector General, siendo sus funciones las siguientes:

- “a) Asistir, con voz y sin voto, a todas las reuniones de la Comisión Mixta y de las Comisiones de Trabajo, realizando respecto a las mismas funciones de Secretario.
- b) Realizar los estudios, informes o trabajos que le encomiende la Comisión Mixta o su Presidente.
- c) Impulsar y apoyar los trabajos de la Comisión y elaborar una memoria anual de los trabajos de la misma.
- d) Actuar de órgano permanente de relación entre la Administración Tributaria del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria, que informarán a la Secretaría de las reuniones celebradas y de los acuerdos adoptados en su seno.
- e) Elaborar una memoria anual sobre los dictámenes elaborados por los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria relativos a la tributación aplicable en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido –Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla- e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.”

c. Adopción de acuerdos.

En orden a esta cuestión, tanto la representación del Estado como la de las Comunidades y Ciudades Autónomas tendrán el mismo número de votos: diecisiete. Sin embargo, la propia norma exige un requisito adicional cuando dichos acuerdos tengan por objeto *la aprobación de directrices y criterios de actuación en materias de regulación o*

gestión de los tributos cedidos cuya competencia corresponda a las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas: en este caso la adopción del acuerdo requerirá además la aprobación mayoritaria de los representantes de las Comunidades afectadas por aquellas medidas (apartado 8).

d. *Funciones.*

La atribución de funciones a la Comisión Mixta se realiza en virtud del apartado 3 del artículo 64, un precepto muy extenso en el que se enumeran hasta un total de catorce funciones. Ahora bien, buena parte de las competencias que le son asignadas se reducen a *analizar, informar, estudiar o evaluar*, en resumen, a *deliberar*, de suerte que vacían de contenido la denominación de tal órgano al conferirle funciones que, en su mayoría, tienen una auténtica naturaleza consultiva. En cuanto al resto de las competencias que le son atribuidas y que podrían tener cierta virtualidad coordinadora⁹⁶, se caracterizan bien por su imprecisión bien por su carácter limitado, ya que el legislador ha optado por el empleo de expresiones en exceso vagas e imprecisas para el desempeño de tareas coordinadoras, abundando frases del tipo “elaborar criterios generales”, “establecer o coordinar criterios” o “diseñar la política general o las líneas básicas”, de manera que en bastantes casos resultará cuando menos complicado determinar qué ha de entenderse por *líneas básicas o criterios generales*.

Por otro lado, una competencia concreta de este órgano como la establecida en el segundo inciso del apartado a) del artículo 64.3 LFCCAA -“elaborar criterios generales de armonización de las políticas normativas del Estado, de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de tributos cedidos, así como de las relativas a su gestión”- parece más propia de las Cortes Generales: primero, por la misma naturaleza de los tributos cedidos ya que, no lo olvidemos, son estatales y, por consiguiente, será el Estado el que mantiene la titularidad de las competencias normativas⁹⁷ con las consecuencias que de ello podrían derivarse a la hora de armonizar la normativa; segundo,

⁹⁶ En esencia, las previstas por el artículo 64.3 apartados a), c), d), e), k) y m) cuyo contenido es el siguiente: Artículo 64: “3. Son funciones de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria:

a)(...) *elaborar criterios generales de armonización de las políticas normativas del Estado, de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de tributos cedidos, así como de las relativas a su gestión.*

(...)

c)Diseñar la política general de gestión de los tributos cedidos gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y establecer directrices para su aplicación.

d)Establecer criterios uniformes de actuación, así como para la coordinación gestora e intercambio de información entre las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y entre éstas y la Hacienda del Estado, y, en general, velar por la aplicación de las normas sobre coordinación contenidas en el Título II de esta Ley.

e)Coordinar los criterios de valoración a efectos tributarios. (...).

k)Acordar las directrices para la ejecución de actuaciones coordinadas en determinados programas incluidos en los planes de control, sin perjuicio de las competencias propias de las distintas Administraciones tributarias. (...).

m)Proponer la implantación de sistemas específicos de intercambio telemático de información en asuntos que sean de interés mutuo para la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Comunidades y Ciudades con Estatuto de Autonomía. (...).”

⁹⁷ Artículo 37.1 LFCCAA

porque tratándose de *armonizar políticas normativas y de gestión* el Estado también posee los recursos necesarios para llevar a cabo tal tarea por otra vía, sin duda de efectos claramente coordinadores, a través de su intervención mediante los instrumentos legislativos que prevé el artículo 150.3 CE⁹⁸.

A mayor abundamiento, una lectura estricta y literal de este precepto permite deducir el, cuando menos, dudoso encaje constitucional de la competencia a la que nos venimos refiriendo, pues se deja al libre acuerdo de un *órgano administrativo* la *elaboración de los criterios generales de armonización* cuando, como se ha visto, de conformidad con el tenor del artículo 150.3 CE, el *establecimiento de los principios necesarios para armonizar disposiciones normativas*⁹⁹ ha de estar previsto en una ley, norma que sólo podrá dictarse con base en el interés general y cuya necesidad requiere su previa apreciación mediante mayorías cualificadas del Congreso de los Diputados y del Senado¹⁰⁰.

En parecidos términos cabe pronunciarse acerca de otras funciones pretendidamente *coordinadoras* asignadas a la Comisión Mixta ya que, dejando a un lado una de las más claras y, sin duda, positivas como es la *coordinación de los criterios de valoración a efectos tributarios*¹⁰¹, las demás adolecen de males similares tales como su inconcreción, limitación o los dudosos efectos coordinadores:

-el *diseño de la política general de gestión de los tributos cedidos* y el correlativo *establecimiento de las directrices para su aplicación* tendrán nula incidencia en una auténtica coordinación interadministrativa dado que tales decisiones sólo afectarán a aquellos tributos *cuya gestión sea efectuada por la Agencia tributaria estatal*¹⁰²;

⁹⁸ Artículo 150 CE:

“3. El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.”

⁹⁹ Es difícil encontrar una diferencia sustancial entre los términos empleados por la Constitución y los utilizados en la LFCCAA; así, expresiones como “*establecer los principios necesarios para armonizar*” (artículo 150.3 CE) y “*elaborar criterios generales de armonización*” (artículo 64.3 a) LFCCAA), son claramente sinónimas tanto desde un punto de vista semántico como desde una óptica jurídica estricta.

¹⁰⁰ No hay que olvidar que el artículo 64.3 a) LFCCAA confiere a la Comisión Mixta la capacidad de “*elaborar criterios generales de armonización*”, competencia que a nuestro juicio sólo corresponde al Parlamento mediante ley. Otra cosa muy distinta es que, fijados tales criterios en una norma de dicho rango, se confiera a la Comisión Mixta el desarrollo y ejecución de los mismos, solución ésta que nos parece más acorde con el Texto constitucional.

¹⁰¹ Cabría preguntarse, siguiendo el hilo conductor de este trabajo, si esta previsión indudablemente positiva abarca a todos los tributos sin excepción. Es más, sería deseable que tal coordinación de los criterios de valoración alcanzara también al ámbito local, problema que no se plantearía con la propuesta de Administración integrada que defendemos en la monografía *La gestión integrada del sistema tributario en el Estado descentralizado español*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra.), 2003.

¹⁰² Esta nula incidencia en la coordinación interadministrativa tiene su reflejo incluso en el número de votos exigidos para la adopción de estos acuerdos, los cuales pueden ser aprobados con los votos de los representantes de la Administración estatal y de una sola Comunidad Autónoma, a tenor de lo establecido en el artículo 64.8 LFCCAA:

Artículo 64: “8. Para la adopción de los acuerdos, la representación del Estado en la Comisión Mixta contará con igual número de votos que el de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía. No obstante lo anterior, la aprobación de directrices y criterios de actuación en materias de regulación o gestión de los tributos cedidos cuya competencia esté atribuida a las Comunidades Autónomas y Ciudades con

-la competencia para establecer criterios uniformes de actuación, así como para la coordinación gestora e intercambio de información entre las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y entre éstas y la Hacienda del Estado, y, en general, velar por la aplicación de las normas sobre coordinación previstas en el Título II de esta Ley (apartado d) del artículo 64.3 LFCCAA), también suscita toda una serie de cuestiones. En primer lugar no queda claro qué actuaciones van a ser el objeto de los citados criterios uniformes que deberá establecer la Comisión Mixta, máxime cuando a continuación se alude de forma expresa al establecimiento asimismo de dichos criterios para la coordinación gestora e intercambio de información entre las Comunidades y Ciudades Autónomas y entre éstas y el Estado¹⁰³. Asimismo, parece innecesario aludir por separado a la coordinación gestora e intercambio de información pues una de las bases más importantes para la existencia de aquélla es precisamente el intercambio de información, al que se alude además en la letra m) del mismo precepto al conceder a la Comisión Mixta la capacidad de proponer la implantación de sistemas específicos de intercambio telemático de información en asuntos que sean de interés mutuo para las Administraciones tributarias estatal y autonómicas¹⁰⁴. En segundo lugar, plantea serias dudas cuáles son las consecuencias reales de asignar a este órgano la capacidad genérica de velar por la aplicación de las normas sobre coordinación previstas en el Título II de la LFCCAA, máxime cuando no se le confiere una correlativa capacidad ejecutiva para hacer cumplir las normas sobre coordinación o imponer los criterios que, en su caso, adopte;

-para finalizar, otra de las competencias que desde nuestro punto de vista podrían haber tenido una virtud coordinadora, la establecida en el apartado k), queda seriamente disminuida por el tenor de la norma que puede ser calificado de impreciso en exceso: “acordar las directrices para la ejecución de actuaciones coordinadas en determinados programas incluidos en los planes de control, sin perjuicio de las competencias propias de las distintas Administraciones tributarias”. Ello obliga a realizar una labor de interpretación, no exenta de riesgo, que permita resolver cuestiones tales como cuáles serán el contenido y los límites de dichas directrices o qué programas en concreto podrán someterse a las mismas. De la redacción de este precepto llama la atención asimismo la cautela que encierra la frase “sin perjuicio de las competencias propias de las distintas Administraciones tributarias”, cautela formal que en nuestra opinión es innecesaria pues es sabido que la coordinación interadministrativa ha de llevarse a cabo bajo la premisa del respeto a las competencias de las Administraciones intervenientes y que puede ser fruto de

Estatuto de Autonomía, requerirá adicionalmente la aprobación mayoritaria de los representantes de las Comunidades y Ciudades afectadas por las mismas.”

A sensu contrario la adopción de esas directrices y criterios que incidan en materias relativas a la gestión de tributos cedidos no requerirá la aprobación mayoritaria de las Comunidades y Ciudades Autónomas afectadas en aquellos supuestos en los que estas entidades territoriales no tengan competencias sobre dichas materias.

¹⁰³ Nuevamente aparece la ya tan reiterada limitación de los canales de relación a dos niveles de Administración territorial obviando cualquier alusión a la Administración local.

¹⁰⁴ Este apartado podría haber quedado subsumido en el apartado d) del propio precepto pues, si bien éste es más genérico, a nuestro juicio la propuesta de implantación de sistemas de intercambio telemático de información no sería sino un proyecto técnico que se ofrece a la consideración de las Administraciones representadas en este órgano y que como tal cabría proponerlo en el seno del establecimiento de criterios uniformes para la coordinación gestora, precisamente como uno de los canales técnicos para llevar a efecto ésta.

la nula articulación de una verdadera coordinación general en el ámbito de la gestión tributaria.

3.3.4. Los Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria.

La regulación de estos órganos se lleva a cabo a través del artículo 65 de la LFCCAA, precepto que los integra en el seno de las Delegaciones Especiales o Delegaciones de la Agencia Tributaria.

Los distintos aspectos que definen estos órganos vienen determinados conforme a las siguientes reglas:

a. *Composición.*

Se concreta en el apartado 3 de su norma reguladora; de acuerdo con la misma, estos Consejos contarán con cuatro representantes de la AEAT, de los cuales uno habrá de ser el Delegado Especial de la misma y otro el Jefe de la Dependencia Regional de Relaciones Institucionales con las Administraciones Tributarias, y tres de la correspondiente Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía.

La Presidencia del respectivo Consejo Territorial la desempeñará el Delegado Especial de la AEAT, salvo en los casos de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en los que dicho cargo será ejercido por el Delegado de la AEAT en ambas ciudades. La función de Secretario del Consejo corresponderá al Jefe de la Dependencia Regional de Relaciones Institucionales con las Administraciones Tributarias o, en su defecto, a otro de los representantes de la AEAT. Asimismo, y atendiendo a los asuntos de los que se trate, se prevé la eventualidad de que sean convocadas a las reuniones otras personas con voz pero sin voto.

b. *Funcionamiento.*

Los Consejos Territoriales se reunirán, como mínimo, una vez cada tres meses a instancia de cualquiera de las dos partes representadas en ellos (apartado 4).

c. *Adopción de acuerdos.*

En cuanto a la adopción de acuerdos hay que distinguir entre los que tienen un carácter general, que se adoptarán por mayoría, y los que inciden en los tributos cedidos gestionados por la Agencia Tributaria, en cuyo caso, el segundo inciso del artículo 65.4 b) exige el acuerdo entre las dos Administraciones para, de conformidad con las directrices de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, adoptar una serie de decisiones¹⁰⁵. Asimismo, se requiere este acuerdo para la adopción de los dictámenes sobre la tributación aplicable en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido –Impuesto sobre la

¹⁰⁵ Estas decisiones son:

- “1. La incorporación a los programas anuales de control en vía de gestión de aspectos o parámetros que se deriven de la cesión de tributos gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- 2. La incorporación al Plan Nacional de Inspección, de aquellos programas particularizados que puedan derivarse de la cesión de tributos gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.
- 3. La adecuación de las campañas de publicidad y de información y asistencia al contribuyente a las características singulares de la aplicación de los impuestos en cada Comunidad Autónoma.
- 4. La adecuación de las campañas de información al ciudadano sobre el resultado de la gestión en el respectivo ámbito.
- 5. La adaptación de los criterios generales sobre aplazamientos al ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.”

Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla- y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Si no se llegare a tal acuerdo se planteará la resolución del conflicto, con carácter vinculante, a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda.

d. Funciones.

Las funciones a desarrollar por estos órganos, además de las antes citadas consignadas en el apartado b) del párrafo 4, son las que les asignan los apartados 1 y 2 del artículo 65, normas que introducen una distinción entre funciones genéricas y aquéllas otras que inciden en los tributos cedidos gestionados por la AEAT:

d.1.- Funciones genéricas.

A estos Consejos les corresponderá llevar a cabo en la Comunidad y Ciudad Autónoma correspondiente las siguientes tareas:

-adoptar acuerdos en materia de intercambio de información entre las Administraciones estatal y autonómica,

-coordinar y colaborar en la gestión tributaria,

-diseñar y planificar la ejecución de actuaciones coordinadas en determinados programas incluidos en los planes de control, y

-decidir la aplicación, dentro de sus respectivos ámbitos, de los actos susceptibles de encomienda de gestión entre la AEAT y las Comunidades y Ciudades Autónomas.

d.2.- Funciones con relación a los tributos cedidos gestionados por la AEAT.

En este caso, tal como prescribe el apartado 2, los Consejos Territoriales desempeñarán además de las anteriores una serie de funciones específicas respecto a este tipo de tributos. Dichas funciones, que se ejercerán en el seno de las competencias de los órganos territoriales de la AEAT y de acuerdo con las directrices de la prealudida Comisión Mixta de Coordinación, son las siguientes:

“a) La dirección de la gestión de los citados tributos.

b) El análisis y valoración de los resultados de su aplicación.

c) El estudio de las propuestas y la adopción de las decisiones que contribuyan a la mejora de su gestión.

d) La formulación a la dirección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de propuestas orientadas a la mejora de la adecuación a la gestión de los medios disponibles.

e) El desarrollo y concreción de los programas incluidos en los planes de control, previstos en la letra j) del apartado 3 del artículo anterior.”

Para concluir con la referencia a los *Consejos Territoriales de Dirección para la Gestión Tributaria* puede mantenerse con carácter general la opinión de que las funciones que se les asignan con un fin coordinador adolecen de escasez e inconcreción. Escasez por cuanto buena parte de las atribuciones que poseen, especialmente con relación a los tributos cedidos cuya gestión realice la Agencia Tributaria, no son en puridad coordinadoras, pues basta con fijarse en que términos como *análisis, valoración, estudio o formulación de propuestas* son los que predominan en la norma. Una de las competencias más interesantes que tienen asignadas y que podría tener ciertas consecuencias coordinadoras, *la dirección de la gestión de los tributos cedidos aplicados por la Agencia Tributaria*, pierde por completo este carácter coordinador si se atiende tanto a la composición y forma de

adopción de acuerdos en el órgano, como a los tributos objeto de dicha competencia: los acuerdos en los Consejos Territoriales se adoptarán, *con carácter general, por mayoría*¹⁰⁶ en un órgano en el que los representantes de la Agencia Tributaria estatal son mayoría (cuatro representantes frente a tres de la Comunidad o Ciudad Autónoma correspondiente); pero es que a ello ha de añadirse el hecho innegable de que la *dirección de la gestión* recae sobre unos tributos *cuya aplicación es desarrollada en su integridad por la Administración estatal*, de tal suerte que esta función, pudiendo haber tenido una eficacia coordinadora general en el campo de la aplicación de los tributos, no va a afectar sin embargo a otras Administraciones que no sean la estatal.

Por otro lado, los Consejos Territoriales asumen, en esencia, la tarea de concretar y ejecutar en el ámbito de sus respectivas Comunidades Autónomas y, en su caso, Ciudades Autónomas, los acuerdos adoptados previamente en la Comisión Mixta de Coordinación, tal como puede derivarse del tenor del artículo 65, en el que se alude al desarrollo de sus funciones “*de acuerdo con las directrices de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria*”¹⁰⁷.

Fijamos ahora la atención en el apartado 1 del artículo 65 LFCCAA que asigna a los Consejos Territoriales una serie de funciones coordinadoras, concretamente las previstas en las tres primeras letras:

- “a) Adopción de acuerdos en materia de intercambio de información entre las Administraciones estatal y autonómica.
- b) Coordinación y colaboración en la gestión tributaria.
- c) Diseño y planificación de la ejecución de actuaciones coordinadas en determinados programas incluidos en los planes de control. (...).”

Las funciones enumeradas, de evidente contenido coordinador, pueden ser tachadas, sin embargo, de inconcretas teniendo en cuenta la literalidad de la norma. Su mera lectura provoca un cúmulo de dudas que no carecen de importancia: nada se sabe acerca del auténtico alcance de los *acuerdos en materia de intercambio de información* o de la *coordinación y colaboración en la gestión tributaria* obviando cuestiones tales como los tributos afectados -¿todos los cedidos o sólo los cedidos pero gestionados por la Agencia Tributaria?- o la capacidad de que los acuerdos adoptados en el seno de la Administración tributaria estatal¹⁰⁸ tengan un carácter vinculante para las Administraciones autonómicas. Respecto al referido *intercambio de información* ¿se centralizará en los Consejos Territoriales?, ¿serán los órganos encargados de facilitar la información o simplemente pondrán en conexión a los órganos correspondientes de las distintas Administraciones?, ¿qué órganos serán los encargados de solicitar y facilitar la información?, ¿estas funciones serían una ejecución de las competencias atribuidas a la Comisión Mixta, entre ellas las de

¹⁰⁶ El artículo 65.4 b) de la LFCCAA exige, no obstante, el *acuerdo entre ambas Administraciones* para adoptar una serie de decisiones relacionadas con la incorporación de parámetros o programas que se deriven de la cesión de tributos gestionados por la AEAT y la adaptación de determinadas cuestiones al específico ámbito de la Comunidad Autónoma, aspectos que tienen una incidencia muy limitada sobre los procedimientos de aplicación del tributo.

¹⁰⁷ *Vid.* los apartados 2 y 4 b).

¹⁰⁸ No hay que desconocer que estos acuerdos se podrán adoptar por mayoría en un órgano en el que, como ya se ha advertido, la Administración tributaria estatal cuenta con mayoría de representantes.

proponer la implantación de sistemas específicos de intercambio telemático de información entre las Administraciones tributarias estatal y autonómicas o el establecimiento de criterios uniformes para la coordinación gestora?? En fin, cabe también preguntarse si es éste el órgano encargado de hacer factible lo dispuesto en el artículo 53.2 a) de la LFCCAA¹⁰⁹ o, por el contrario, se superpone a esa previsión relativa al establecimiento de una *intercomunicación técnica* entre las Administraciones Tributarias estatal y autonómicas.

4. Conclusión.

La lectura de las distintas normas reguladoras de los mecanismos orgánicos destinados a articular una coordinación interadministrativa y que habrían de incidir en la gestión de los impuestos sugiere de inmediato una reflexión: previéndose por el ordenamiento jurídico órganos específicos a los que, en principio, se les denomina “*de coordinación*”, se da la paradoja de que, a renglón seguido, la propia norma desdibuja su naturaleza coordinadora al dotarlos de competencias inadecuadas para tal cometido, a lo que ha de añadirse su configuración parcial tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo, impidiendo todo ello la consecución de una coordinación administrativa plena y eficaz en la aplicación de los impuestos.

En definitiva, todo lo reseñado hasta ahora autoriza a concluir que los órganos previstos por el ordenamiento jurídico español, en su actual configuración, resultan insuficientes para efectuar la necesaria y deseable coordinación en la gestión de los impuestos, insuficiencia que puede resumirse en tres puntos:

1.- Inadecuación y escasez de las funciones asignadas para lograr la coordinación interadministrativa en el ámbito señalado: escasez porque, como se ha puesto de manifiesto, la mayoría de las funciones son *consultivas o de estudio*; inadecuación porque, aquellas que podrían tener efectos coordinadores se ven mermadas por la imprecisión y ambigüedad en su formulación, amén de la inconcreción acerca de su ulterior desarrollo.

2.- Carácter parcial de los instrumentos orgánicos previstos en sus vertientes objetiva y subjetiva. Desde el punto de vista subjetivo son parciales en la medida en la que los sujetos integrantes no representan a todas las Entidades territoriales con competencias tributarias, pues, como se ha reiterado, se limitan al ámbito de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desconociendo por completo a las Entidades locales y, en especial, a los Municipios¹¹⁰. Con relación a su objeto, son parciales porque los órganos previstos por la LFCCAA ven limitadas sus actuaciones legalmente denominadas como *coordinadoras* al ámbito exclusivo de los impuestos cedidos. Se echa en falta, así, la existencia de un órgano coordinador que, teniendo en cuenta las incuestionables conexiones

¹⁰⁹ Recordamos la redacción de este precepto que prevé la colaboración de las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma con relación a la gestión de los impuestos cedidos:

Artículo 53: “2. En particular, dichas Administraciones:

a) Se facilitarán toda la información que mutuamente se soliciten, estableciéndose los procedimientos de intercomunicación técnica precisa.”

¹¹⁰ Es curioso, en este punto, que los artículos 63, 64 y 65 de la LFCCAA instrumenten la participación de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en los órganos coordinadores a pesar de que estas ciudades, con las lógicas peculiaridades que les afectan, se rigen en materia financiera, básicamente, por la legislación local (*vid.* los artículos 34 y 36 de los EEAut Ceuta y Melilla).

entre las distintas figuras impositivas, abarcara los impuestos estatales no cedidos, los impuestos propios de las Comunidades Autónomas y los impuestos locales, a la vez que integrara en sus actividades coordinadoras a las Entidades locales junto al Estado y a las Comunidades Autónomas. En definitiva, destaca la ausencia de instrumentos destinados a hacer real una gestión coordinada de todo el sistema impositivo.

3.- Los órganos creados por virtud de los artículos 63, 64 y 65 de la LFCCAA no tienen como fin poner en conexión, en condiciones de igualdad, a las Administraciones estatal y autonómicas, sino que, como expresamente se intitula el Título IV de la precitada norma, su objeto es dar participación a las Comunidades y Ciudades Autónomas en la Administración Tributaria estatal. Por tanto son *órganos estatales*, integrados en el organigrama de la Administración estatal, y a través de los cuales las Comunidades y Ciudades Autónomas podrán intervenir en el desarrollo de las funciones otorgadas por la propia Ley de Cesión. Esta última y fundamental característica hace que no se puedan considerar como *órganos coordinadores* en su sentido más propio, esto es, como órganos que articularán las funciones de gestión propias de cada Administración de forma coordinada.

Bibliografía

ALBI IBÁÑEZ, E., BLANCO-MAGADÁN, J. A. y FERNÁNDEZ MARUGÁN, F., “La problemática financiera de las autonomías regionales: una aproximación”, *Revista de Economía y Hacienda Local*, nº 22, 1978.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La potestad tributaria (Comentario al artículo 133 CE)”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo X, Ed. EDERSA, Madrid, 1985.

ÁLVAREZ RICO, M., “El principio de coordinación en el Estado de las Autonomías”, en *Revista DA*, nº 196, 1982.

APARICIO PÉREZ, A., “La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en la Constitución española”, en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. I, IEF, Madrid, 1984.

BACHELET, V., Voz “Coordinamento”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Giuffrè, 1959.

BAENA AGUILAR, A., HERRERA MOLINA, P. M. y SERRANO ANTÓN, F., *La Agencia Tributaria frente al contribuyente: Régimen jurídico y problemas de constitucionalidad*, Ed. Comares, Granada, 1993.

CARRERA RAYA, F. J., “Observaciones sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista RHAL*, nº 62, 1991.

CAYÓN GALIARDO, A., “Las Haciendas Locales (Comentario al artículo 142 CE)”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo X, Ed. EDERSA, Madrid, 1985.

CAZORLA PRIETO, L. M., “Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria”, en *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979.

CHAMORRO Y ZARZA, J. A., *La gestión integrada del sistema tributario en el Estado descentralizado español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003.

_____, “La vulneración del principio de legalidad por organismos autónomos locales de gestión tributaria”, *Revista de Hacienda Local*, nº 84, 1998.

DELGADO PACHECO, A., “La creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”, *Revista Impuestos*, nº 5, 1991.

DEL POZO LÓPEZ, J., “Las Haciendas Municipales en un régimen de autonomías o de descentralización financiera”, *Revista HPE*, nº 63, 1980.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E. “Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia tributaria. Una posible causa de conflictos de competencias”, en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, IEF, Madrid, 1981.

FALCÓN Y TELLA, R., *La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El principio de colaboración Estado-Comunidades Autónomas y su incidencia orgánica”, en *Organización Territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Vol. II, IEF, Madrid, 1984.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, F., “La Hacienda General y las Haciendas Territoriales: Sus fuentes tributarias”, *Revista Hacienda Pública Española*, nº 54, 1978.

FERREIRO LAPATZA, J. J., “La financiación de las Entidades Locales en Cataluña”, *Revista REDF*, nº 45, 1985.

_____, “Principios constitucionales informantes de la Hacienda Local”, en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, Vol. I, IEF, Madrid, 1985.

_____, “Análisis constitucional de la nueva Ley reguladora de las Haciendas Locales”, *Revista RHAL*, nº 55-56, 1989.

FIGUEROA LARAUDOGOITIA, A., “Los problemas para la definición del modelo de relaciones Estado Comunidades Autónomas”, en *Poder Político y Comunidades Autónomas*, Ed. Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991.

GALLO, F., “Brevi riflessioni sull'autonomia tributaria delle regioni”, *Riv.dir.fin.sc.fin.*, I, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Estudio Preliminar”, en *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1980.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., “Reflexiones sobre la autonomía o suficiencia financiera de las Corporaciones locales según la Constitución española”, *Revista REALA*, nº 229, 1986.

HERRERA MOLINA, P. M., “Hacienda general y autonomía financiera”, *Revista REDF*, nº 56, 1987.

LASARTE ÁLVAREZ, J., “La financiación de las Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, nº 181, 1979.

LINARES MARTÍN DE ROSALES, J., “La inspección tributaria en el Estado de las Autonomías”, en *XXX Semana de Estudios de Derecho Financiero (El IVA y la Inspección de Hacienda)*, IEF, Madrid, 1984.

LOZANO SERRANO, C., “La hacienda municipal en la Constitución”, *Revista HPE*, nº 60, 1979.

_____, “La actividad inspectora y los principios constitucionales”, *Revista Impuestos*, nº 9, 1990.

MARTÍN QUERALT, J., “La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía”, *Revista HPE*, nº 59, 1979.

_____, “Comentario al art. 5 LGT”, en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras. Ley General Tributaria*, Tomo I, Ed. EDERSA, Madrid, 1982.

MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G. y TEJERIZO LÓPEZ, J. M., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 11^aed., Tecnos, Madrid, 2000.

MENÉNDEZ MORENO, A., “El Poder Tributario de las Corporaciones Locales”, en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, Vol. III, IEF, Madrid, 1985.

MICHELI, G. A., “Autonomia e finanza degli enti locali”, *Riv.dir.fin.sc.fin.*, I, 1.967.

MONASTERIO ESCUDERO, C. y otros, *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, IEF, Madrid, 1995.

MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1982.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Las competencias propias de las Corporaciones Locales”, en *Tratado de Derecho Municipal*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1988.

ORTIZ CALLE, E., *La Agencia Estatal de Administración Tributaria*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1998.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa*, Madrid, 1983.

PÉREZ CALVO, A., “Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista REALA*, nº 235-236, 1987.

- PÉREZ ROYO, F., *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 5^aed., Civitas, Madrid, 1995.
- _____, “Coordinación presupuestaria entre Estado y Comunidades Autónomas”, en *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1984.
- PERIS GARCÍA, P., “El poder financiero y sus límites: La incidencia del Derecho Comunitario”, *Revista RDFHP*, nº 253, 1999.
- RAMALLO MASSANET, J., “Las relaciones interadministrativas en la aplicación de los tributos”, *Revista DA*, nº 240, 1994.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1976.
- ROSINI, E., *Il decentramento finanziario in Italia. Premese per uno studio analítico*, CEDAM, Padova, 1964.
- SÁINZ DE BUJANDA, F., *Lecciones de Derecho Financiero*, 10^a ed., Serv. Pub. Fac. Der. Univ. Compl., Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Revista DA*, nº 230-231, 1992.
- SÁNCHEZ SERRANO, L., *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- _____, “El poder tributario de las Comunidades Autónomas”, *Revista REDF*, nº 29, 1981.
- SIMÓN ACOSTA, E., *La autonomía financiera de las regiones*, CAMP de Cáceres, Cáceres, 1978.
- _____, “La financiación de las regiones en función de los bienes y servicios de provisión regional”, *Revista DA*, nº 181, 1979.
- SOSA WAGNER, F. y BOCANEGRAS SIERRA, R., “La organización financiera en las Comunidades Autónomas”, *Revista REDA*, nº 28, 1986.
- SUAY RINCÓN, J.: “La competencia de coordinación”, *La provincia en el sistema constitucional*, Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1.991
- TORNOS MÁS, J. y otros, *Informe sobre las Autonomías*, Ajuntament de Barcelona, 1987.
- VARONA ALABERN, J. E., “Gestión catastral y Autonomía financiera local”, *Revista RDFHP*, nº 220, 1992.

VV. AA., *Notas de Derecho Financiero*, T.I, Vol.3º, SPFDUCM, Madrid, 1967.

VV. AA., *Informe de la Comisión de Expertos sobre financiación de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., CEC, Madrid, 1981.

RETOS DE LA REFORMA JUDICIAL EN LAS SOCIEDADES DE LA INFORMACIÓN. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA Y PERÚ*.

*Laura Zúñiga Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y METODOLÓGICA. 1.1. Relevancia del Derecho Comparado. 1.2. ¿Por qué reformar la Justicia? 1.3. ¿Cómo reformar la Justicia? 2. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 3. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL. 3.1. Criterios Generales. 3.2. Estructura de la Administración de Justicia. 4. CONCLUSIONES.

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y METODOLÓGICA:

1.1. Relevancia del Derecho Comparado.

Hoy en día el abordar un tema teniendo en cuenta distintas realidades jurídicas constituye una herramienta útil para plantear soluciones ya elaboradas en otros ordenamientos jurídicos. Este ejercicio de análisis, por supuesto, no está exento de dificultades dado que el método del Derecho Comparado supone necesariamente constatar puntos comunes y divergentes entre dos derechos y dos realidades distintas. Ello podría ser vano si no se tratase, como es el caso, de realidades con un fondo común y con proyectos constitucionales similares, esto es, con modelos de sociedades que tienen como ideal el Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE, art. 43 CP).

Las comparaciones no sólo pueden ser esclarecedoras sobre fallos, carencias de los propios sistemas, sino también pueden ser un instrumento metodológico para mejorar regulaciones que se han demostrado disfuncionales para el fin que fueron creadas, así como para armonizar regulaciones, tan relevante en los momentos actuales de aproximación de las formas de vida de los países de nuestra cultura occidental, proceso social al que denominamos globalización. Cada vez es más evidente, sobre todo en el ámbito de la transnacionalización de la criminalidad organizada, la necesidad de que los jueces conozcan otras legislaciones y, por tanto, otros sistemas judiciales, con el fin de lograr una cooperación judicial efectiva¹.

* Este trabajo tiene como origen un Informe requerido en octubre de 2003 sobre la Reforma Judicial Comparada, por el Centro de Investigaciones Parlamentarias de Perú, expuesto también en el Forum Reforma del Poder Judicial, realizado los días 3 y 4 de octubre de 2003, en la Ciudad de Trujillo, Perú.

¹ En Europa este proceso de armonización de las regulaciones penales y, especialmente, los mecanismos procesales para agilizar la cooperación judicial, superando el clásico sistema de extradiciones, ha sido

El método del Derecho Comparado, como instrumento para buscar soluciones comunes a problemas comunes está adquiriendo cada vez más relevancia, toda vez que la comunicación y la información en las sociedades modernas, implica mirar hacia otras latitudes, ampliar los horizontes de análisis contemplando nuevas realidades y nuevas soluciones. Una *dimensión dinámica* de la comparación, esto es, un estudio no sólo de la norma jurídica, sino también el análisis de la realidad pre-jurídica y de las instituciones implicadas en ese Derecho positivo, puede constituir un aporte fundamental, especialmente en procesos de reformas jurídicas, en los que se hace más acuciente observar modelos, principios y, en general distintas respuestas.

Ahora bien, estudiar la reforma judicial desde un punto de vista comparado, no puede dejar de lado los diferentes puntos de partida: mientras que en España se trata de un proceso constitucional consolidado ya por lo menos 25 años², en el caso del Perú hablamos de una democracia muy joven si tenemos en cuenta que recién en el año 2000 ha sido restaurada. Pero también puede subrayarse aspectos similares; en ambos casos se habla de “crisis de la justicia”³. Los ciudadanos españoles, en recientes encuestas daban un suspenso a la Administración de justicia española, mientras que en Perú recientes escándalos judiciales han puesto en el tapete a la justicia peruana, ya de por sí desgastada por la continua interferencia por parte de los otros poderes del Estado.

1.2. ¿Por qué reformar la Justicia?

O, ¿Por qué la reforma judicial sigue siendo una tarea pendiente en España y en Perú? O, quizás, ¿la reforma judicial es siempre un reto inacabado? Son cuestiones, sin duda, complejas que comprometen diversas áreas de reflexión y, por tanto, distintas clases de conocimientos, a saber, Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Derecho Político, Sociología, entre otras. Estamos ante un tema, pues, imposible de adscribir incluso a una de las tradicionales ramas del conocimiento del Derecho, motivo por el cual, también, ha sido históricamente relegado al rincón del olvido. Indagar en el baúl de un asunto que debe ser abordado, por tanto, desde una perspectiva interdisciplinaria, no es nada común ni exento de dificultades. Los escollos, por otro lado, no sólo vienen de las dificultades de aprehender un tema comprometiendo diversos campos de estudio, sino también, y esto es lo más importante, de cierta funcionalidad del olvido para los

potenciado especialmente desde el Tratado de Amsterdam de 1998, donde se refuerza el Tercer Pilar de la integración europea, en materia de Justicia y Seguridad. De esa fecha en adelante, se ha creado la Europol (Policía Europea) y se ha aprobado la euroorden, una orden de detención válida para todos los países de la Unión Europea. Indudablemente, estos acuerdos de integración afectan a la estructura y organización tradicionales de los Estados miembros.

² Aunque no exento de importantes escollos, como por ejemplo el Plan Ibarretxe, que es la Propuesta del Gobierno Nacionalista Vasco, que en un ejercicio cuestionable de soberanía propia, ha planteado un proceso de Reforma de sus propios Estatutos encaminados a un programa de elección popular de independencia del País Vasco. Como puede suponerse, éste planteamiento constituye una grave arremetida contra el Proyecto Constitucional de 1978 en el que uno de los principios fundamentales reconocidos era la unidad de España. En el Proyecto final la propuesta establece, como no podía ser de otro modo en la lógica independentista, un Poder Judicial autónomo.

³ Debo advertir que la palabra “crisis” resulta ya muy manida. Es preferible pensar en procesos sociales de transformación que no acaban de cuajar y cuyo déficit de soluciones resulta particularmente evidente. Se habla de la crisis de la justicia en Perú desde siempre. Esta es una muestra más de la extraordinaria inbricación de la problemática Administración de Justicia con los procesos sociales y políticos vividos en el país, vinculación que, por otro lado, existe también en cualquier otro país.

propios poderes gobernantes⁴, para quienes remover la cuestión judicial puede resultar contraproducente para sus particulares intereses políticos⁵.

¿Cuáles son los síntomas de estas crisis o por qué reformar la justicia? Ante todo, para diagnosticar una crisis o evaluar una reforma, existe un juicio previo de mal funcionamiento o carencias, en este caso, de la administración de justicia. Esto es, existe una valoración de determinados síntomas como negativos, contrarios a lo que sería el “correcto funcionamiento” de los sistemas judiciales. Toda reforma parte, pues, de una evaluación del estado de la justicia en cada país⁶. Como bien ha puesto de manifiesto Pásara, existen serias dificultades metodológicas para medir el funcionamiento real de los sistemas de justicia. No existen “indicadores objetivos” que sean idóneos para indicar ni la cantidad ni la calidad de la justicia en cada país, pues los datos reales sólo pueden dar conclusiones sobre el funcionamiento real de la justicia, no sobre su valoración. La valoración de la justicia, generalmente se refiere a *la imagen de la justicia*, esto es, a la percepción que diversos actores tienen acerca del funcionamiento general de la justicia o de algunos de sus rasgos⁷, percepción que no siempre corresponde con su realidad. Claro está que difícilmente se puede trabajar racionalmente con este dato, porque la imagen de la justicia dependerá de muchos factores, como la calidad del actor social (el ciudadano, el propio juez, los empresarios, etc.), los medios de comunicación, las expectativas de los ciudadanos hacia la institución, la imagen que existe de los otros poderes del Estado, etc.⁸

De ahí que metodológicamente sea recomendable trabajar, con todo lo discutible que sea, con los factores que se muestran como síntomas de la insatisfacción ciudadana, a lo que se ha venido en llamar crisis. Tanto en el caso español como en el peruano, los

⁴ La escasez de estudios sobre la cuestión judicial en general es patente en toda Latinoamérica. Así lo puso de manifiesto E. Raúl Zaffaroni, en la conferencia impartida en la Clausura de los “XIV Cursos de Postgrado en Derecho” de la Universidad de Salamanca, el 24 de enero de 2004. Con la agudeza intelectual ya sobradamente conocida del actual Presidente de la Corte Suprema de Argentina, destacó que las omisiones en este campo no son ingenuas. “Los discursos no sólo se valoran por lo que dicen, sino también por lo que callan”.

⁵ Cualquier estudio sobre la cuestión judicial no puede desconocer que el status jurídico y real de los jueces en un Estado determinado tiene repercusiones directas en el Poder Ejecutivo. Históricamente, la tendencia de los gobernantes, ha sido la de diseñar mecanismos para poder seleccionar jueces a su medida, que no le sean incómodos a la hora de tomar decisiones políticas que desbordan la legalidad. El caso más flagrante lo tenemos en la Italia actual, donde el Primer Ministro Silvio Berlusconi, aprovechando de su mayoría parlamentaria, ha promulgado leyes de amnistía, de competencia y demás tretas para sortear la investigación judicial sobre sus presuntos negocios ilícitos.

⁶ Cfr, PÁSARA, LUIS: “Como evaluar el estado de la Justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>

⁷ Una encuesta hecha por el Consejo General del Poder Judicial español refleja la distinta valoración de la justicia según sean los justiciables o los jueces los encuestados. Mientras los justiciables suspenden con un 4,9 sobre 10 al sistema de justicia español, los magistrados se muestran más benévolos con su trabajo: un 46% considera que la situación actual de la justicia en España es “buena o muy buena”. Los jueces destacan como su mayor activo su grado de independencia respecto a los poderes políticos y sociales, que califican con un notable alto (8,4 sobre 10). *El País*, 12 de septiembre de 2003.

⁸ En Perú, no escapa al análisis, las incidencias en la imagen de la justicia después de publicarse el Informe Final de la Comisión de la Verdad, en septiembre de 2003. Este documento, que constituye el trabajo de investigación más serio y documentado sobre la década de violencia vivida en el país, y quizás de la historia republicana del Perú, como no podía ser de otra manera, cuestiona la actuación de la administración de justicia en esos años, afirmando: “El sistema judicial no cumplió con su misión adecuadamente, ni para la condena dentro de la ley de las acciones de los grupos subversivos, ni para la cautela de los derechos de las personas detenidas, ni para poner coto a la impunidad con que actuaban los agentes del Estado que cometían graves violaciones de los derechos humanos” (conclusión 123).

síntomas de esta crisis se han mostrado muy similares. Se puede sostener, por tanto, que se trata de problemas comunes, aunque seguramente de distinta dimensión: ausencia de independencia frente a los otros poderes e instituciones del Estado, falta de imparcialidad de jueces y fiscales, lentitud en resolver los conflictos, alejamiento del justiciable, escasa participación ciudadana en la administración de justicia, excesiva burocratización de la justicia, tanto en lo referente a organización como a procedimientos, escasez de recursos materiales, carencias de nuevas tecnologías, etc., etc. En suma, las tres grandes lacras que se achacan a la justicia son: lentitud, falta de imparcialidad y corrupción⁹.

1.3 ¿Cómo reformar la justicia?

Una vez detectados los síntomas de la crisis, es preciso diseñar estrategias para conjurarla. Nuevamente nos enfrentamos a cuestiones controvertidas y valorativas que deben ser racionalizadas y sistematizadas. Evidentemente se podría plantear soluciones a cada problema concreto de la justicia, pero esto, además de ser largo y costoso, significaría propuestas parciales que poco incidiría en la organización administración de justicia. En realidad, la reforma judicial se presenta como un puzzle gigante con diferentes piezas, en las que todas deben encajar para dar armonía al todo. Pues bien, sólo una reforma integral de la administración de justicia puede garantizar hoy una verdadera transformación de la justicia, ya que cada pieza del engranaje tiene implicancias en las otras. La noción de *sistema* (en este caso, de justicia), diseñada por la teoría sociológica de sistemas¹⁰, es conceptualmente útil para comprender las implicancias funcionales de los diversos componentes de la organización judicial, en el que sus vinculaciones se retroalimentan.

Además, la reforma judicial se ha convertido en una pieza clave en la remodelación del Estado, a los efectos de potenciar una verdadera democratización de las sociedades. En el fino equilibrio de poderes que constituye el Estado de Derecho, el funcionamiento del Poder Judicial constituye un motor imprescindible en los procesos de institucionalización que se requieren para lograr mayores cuotas de participación ciudadana. La centralidad de la administración de justicia en las democracias se explica porque es el terreno donde se hace patente el respeto a la legalidad y la equidad, principios fundamentales del ideal democrático¹¹. Es bastante consensuado que, una vez que se han formalizado estos principios democráticos en los textos constitucionales, deben construirse las condiciones materiales para su efectiva realización¹².

⁹ Cfr. PÁSARA, LUIS: “El conflicto entre medios de comunicación y justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>, pág 1: “En casi toda América Latina, la percepción social sobre la justicia –con niveles de variación que corresponden a la situación de cada país- le adjudica lentitud, complacencia con el poder y corrupción”.

¹⁰ Creada por Luhmann, entiende que la Sociedad es un todo, un sistema en el cual los elementos singulares (subsistemas) desempeñan determinadas funciones, que tienen implicancias entre sí. Vid. LUHMANN, NICKLOS: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappe y Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, 2^a ed. Ahora bien, no se asumen las valoraciones justificantes que asume la teoría luhmaniana, cuando pretende legitimar determinados sistemas sociales como autorregulados. Como bien apunta Habermas, la teoría de Luhmann “entremezcla subjetivamente las cuestiones sobre la verdad”, no puede “tematizar adecuadamente la diferencia entre ser y deber ser, entre verdad y rectitud”. Cfr. LARENZ, KARLS: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Ariel, 1994, pág. 189.

¹¹ En sentido similar PÁSARA, LUIS: “Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>, pág 4.

¹² Diversos analistas coinciden en que la reforma judicial es parte del proceso de consolidación del Estado de Derecho en América Latina, proceso necesario para el desarrollo social y económico de las sociedades

En un Estado de Derecho, o para la construcción de un verdadero Estado democrático, es fundamental que los ciudadanos crean en su justicia, tengan confianza en sus instituciones, ya que es uno de sus derechos fundamentales máspreciados el poder acudir a un árbitro público e imparcial que resuelva sus conflictos definitivamente. En España, puesto que la Justicia es uno de los valores superiores del Estado (art. 1 CE), los ciudadanos tienen un auténtico *derecho subjetivo* a que el poder público se organice de tal modo, que les garantice mínimamente el acceso a la justicia¹³.

Es el **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva** (art. 24.1 CE), que tiene el rango constitucional de primer orden, pues le asiste todas las garantías reforzadas de los derechos fundamentales de las personas, como el amparo¹⁴. De este derecho derivan una serie de **garantías del justiciable**: a la publicidad de los procesos, a la motivación de la sentencia, a la gratuidad, a la doble instancia, a la indemnización en caso de error judicial, etc. En el caso peruano, el derecho al debido proceso (art. 139.3 CP), es considerado como uno de los principios de la función jurisdiccional, sin tener el rango de derecho fundamental de las personas, por lo que sería importante también entenderlo como un derecho subjetivo desde la perspectiva del justiciable. Esto es, no es sólo un principio del ejercicio de la función jurisdiccional, sino que también y sobre todo, es un derecho fundamental exigible por los instrumentos jurídicos a los poderes públicos.

El fundamento básico de este derecho se encuentra en el hecho de que a las personas se les ha prohibido satisfacer por sus propios medios sus expectativas jurídicas, con el fin de asegurar el imperio de una misma ley en toda la sociedad. Pero, en compensación a esta prohibición debe garantizarse al ciudadano el acceso a la defensa de sus intereses jurídicamente amparables. Dicho en otros términos: no puede

latinoamericanas. Vid. Enrique V. Iglesias, “Estado de derecho, crecimiento y equidad”, El País, 22 de octubre de 2003. El presidente del Banco Interamericano de Desarrollo, considera que “La reforma judicial orientada a consolidar el Estado de derecho es parte central de la agenda de desarrollo de los países de América Latina, pues se le considera condición indispensable para el crecimiento y la equidad”.

¹³ Porque se trata de un verdadero derecho subjetivo del ciudadano, el Ministerio de Justicia ha elaborado una *Carta de los derechos de los ciudadanos ante la Justicia*. Este documento fue aprobado por unanimidad por el Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002, dentro del Pacto de Estado para la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001. Según esta Carta los ciudadanos tienen derecho a:

- Recibir una información transparente sobre el funcionamiento de los tribunales, los requisitos genéricos de los distintos procedimientos, el contenido de las distintas leyes, así como sobre el contenido y estado del proceso en el que tenga interés legítimo.
- Un lenguaje sencillo y comprensible para todos, especialmente cuando no sea obligatoria la intervención de abogados y procuradores.
- Ser atendidos de forma respetuosa y puntual, e informados de las causas del retraso o de la suspensión del proceso.
- Formular quejas y sugerencias sobre el incorrecto funcionamiento de la Justicia.
- El empleo de las nuevas tecnologías, que agilizará los procedimientos y facilitará la comunicación con la Administración de Justicia.
- La víctima del delito debe ser protegida de forma inmediata y efectiva, evitando que coincida con su agresor, y a ser informada sobre su papel en el proceso penal.
- Uso de intérprete para asegurar que el extranjero inmigrante en España comprende el significado y trascendencia de la actuación en la que participe.
- Un servicio de calidad de abogados y procuradores para con sus clientes, quienes tienen derecho a denunciar las conductas contrarias a la deontología profesional y a conocer la sanción impuesta.
- Ser informados por sus abogados y procuradores de forma precisa sobre la evolución del procedimiento, su coste y la forma de pago.
- Una justicia gratuita y de calidad, para lo que se adoptarán medidas que incluyan la formación de los profesionales.

Evidentemente, esta Carta de derechos puede quedar en el terreno del *desideratum* si no existe la voluntad política para hacerla efectiva. Sin embargo, el Pacto de Estado por la Justicia es una prueba de que los políticos en España han comprendido que la modernización de la Administración de Justicia es una tarea imprescindible.

¹⁴ Vid. por todos, FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, *passim*.

prohibírselle al ciudadano administrar justicia por su propia mano y, a la vez, no dotarle de un sistema de administración de justicia que le garantice la posibilidad de una resolución justa de sus conflictos. Así, un sistema de administración de justicia corrupto e injusto resulta disfuncional¹⁵ a todo el sistema de relaciones ciudadano – Estado, plasmado en la organización constitucional y produce preocupantes índices de *anomia*¹⁶ en el entramado social¹⁷.

No cabe duda que el desencanto de los ciudadanos en muchas sociedades latinoamericanas está ligado al funcionamiento del Poder Judicial¹⁸, porque existe la percepción fundada que la lacra de la corrupción, con todas sus secuelas de abuso de poder, falta de equidad, favoritismo, enriquecimiento ilícito, no está siendo atajada con los instrumentos institucionales del tan ansiado Estado democrático de Derecho. El fenómeno de la corrupción¹⁹, que en el Perú ha tenido unas dimensiones institucionales sin parangón en la propia historia peruana ni en otros países latinoamericanos, gravita pues en la percepción que tienen los ciudadanos de su justicia, por un doble efecto: primero, se considera que el propio Poder Judicial posee elementos corruptos que traicionan la equidad de las resoluciones judiciales, favoreciendo siempre al más poderoso; segundo, se estima que los corruptos no son sancionados con justicia²⁰, amparando la impunidad, cuyo efecto no es otro que retroalimentar la corrupción. Así se concultan los dos pilares del Estado de Derecho: división de poderes o imparcialidad de uno de los Poderes del Estado, y respeto de los derechos fundamentales o equidad.

Y es que, las relaciones humanas modernas, caracterizadas por una cadena ininterrumpida de relaciones jurídicas, necesita un mínimo de *previsibilidad*, para saber si sus pactos se cumplen, si sus derechos serán o no reconocidos por alguna institución pública, en suma, para saber si funciona o no la maquinaria del Estado. Es lo que

¹⁵ Cfr. GUIDDENS, ANTHONY: *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998 (1^a ed. en “Manuales”), pág. 746: “Influencias sociales que tienden a ser perturbadoras o desintegradoras”.

¹⁶ Es un concepto acuñado por Durkheim y que se ha hecho de uso común en la Sociología para denotar la pérdida de influencia de las normas sociales sobre el comportamiento del individuo. Cfr. GIDDENS, ob. cit., pág. 742.

¹⁷ Los casos de linchamientos populares, patrullas ciudadanas, justicia por mano propia, paramilitares, guerrillas, etc., no son otra cosa que un índice de la anomía de los países latinoamericanos, incapaces de establecer una organización política que satisfaga las expectativas de la mayoría de ciudadanos.

¹⁸ En Argentina la corrupción judicial ha sido parte del detonante de los descontentos ocasionados tras la bancarrota decretada por el Estado en el 2001. La cúpula judicial, la Corte Suprema argentina, estaba dirigida por el socio del Estudio jurídico de Menem, nombrado sin ninguna regla de equidad. De ahí, que el Presidente Kirchner, con buen tino, propuso como presidente de la Suprema Corte a uno de los juristas más reputados de Latinoamérica, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, el que después de un proceso público de discusión (publicación de sus méritos, bienes, honores, etc.), fue finalmente nombrado.

¹⁹ Que está presente en mayor o menor medida en casi todos los países democráticos, incluso en aquellos con gran tradición democrática. Pero, como bien señala Andrés Ibáñez, no se trata de una simple anécdota, sino que pasa a “constituir un nuevo fenómeno macroscópico de degradación criminal del poder... no se trata de episodios aislados de irregularidad en el manejo de los recursos estatales, sino de la apertura de todo un espacio público subterráneo, realmente franco de derecho, en el que una parte sustantiva de aquéllos se desvían a zonas opacas de la actividad política... De este modo, bien puede decirse, una parte significativa de la política real se hace *clandestina*, y, por su importancia, condiciona desde ese plano las vicisitudes regulares de la política en acto en los espacios formal-constitucional”. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía”, en *Jueces para la Democracia*, N° 48, 2003, pág. 32. El matrimonio entre criminalidad del poder, criminalidad económica y criminalidad organizada es uno de los temas más acuciantes de la Política criminal actual.

²⁰ Debe mencionarse como una excepción notable a la tradicional impunidad, la persecución penal diseñada por la Procuraduría del Estado, encabezada primero por José Ugaz y luego por Luis Vargas, contra la organización criminal establecida por Fujimori y Montesinos.

denominamos **seguridad jurídica**²¹, siendo el resultado tanto del marco jurídico, de la Ley, como de quién interpreta y aplica ese marco jurídico, el Juez²². Especialmente para sociedades en pos de conseguir el desarrollo social y económico, como la peruana, la seguridad jurídica expresada por reglas claras e instituciones serias e imparciales, constituye elemento esencial para conseguir cuotas de credibilidad en este mercado implacable de la globalización²³.

Hay que convenir, pues, que en la división de poderes que caracteriza la construcción ideal de Estado democrático de Derecho, el Poder Judicial es una pieza clave en el engranaje de fino equilibrio de funciones y responsabilidades que poseen las instituciones públicas, teniendo los jueces el singular privilegio de ser quienes definen la “verdad de la sociedad”²⁴. Corresponde a los jueces nada menos que la elevada función de establecer decisiones definitivas sobre los bienes jurídicos fundamentales de las personas, como la vida, la libertad, y los conflictos que surgen en la sociedad entre ellos. Piénsese en la eutanasia, en los límites entre libertad de expresión y el derecho a la información, entre éste y la intimidad, entre la libertad y la seguridad en la red, en la ilegalización de asociaciones o partidos políticos con fines ilícitos, etc., todos ellos conflictos de la sociedad moderna.

Hay que tener en cuenta que según nuestros sistemas legales, los jueces no son elegidos directamente por el pueblo, como sí sucede con los otros poderes del Estado -el Ejecutivo y Legislativo-, lo cual supone siempre una suerte de alejamiento del ciudadano. Por eso, **el juez se legitima con el ejercicio de su función**, está

²¹ Seguridad jurídica tiene un doble significado: 1. La seguridad por medio del derecho, defensa contra robos, asesinatos, violaciones, etc.; 2. La seguridad del Derecho mismo, la garantía de su posibilidad de conocimiento, de su operatividad, de su aplicabilidad. Hay seguridad jurídica por medio del derecho, únicamente, cuando el Derecho mismo ofrece certeza. En su 2^a forma, la seguridad jurídica se refiere a la eficacia del Derecho. Cfr. KAUFFMANN, ARTHUR: *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999 (trad. de la 2^a ed. alemana). 1999, pág. 349.

²² Como se ha dicho tantas veces, de nada valen magníficas leyes sin buenos jueces y mil veces es preferible buenos jueces a buenas leyes, porque finalmente quienes aplican e interpretan las mismas son los jueces. Aquí nos enfrentamos con el gran dilema de los ilustrados que ha dado pie a grandes discusiones: ¿Cuál es el mejor gobierno, el de las leyes o el de los hombres? Los ilustrados se decantaron claramente por el gobierno de las leyes. En la medida que el Estado democrático de Derecho delinea las funciones de los jueces dentro de un marco normativo, esta disyuntiva es falaz, porque precisamente de lo que se trata es de establecer ese marco normativo, para construir unas funciones judiciales ancladas en los derechos constitucionales. Sobre este punto me extenderé más al abordar el tema del elemento humano en el Poder Judicial.

²³ Aunque, con razón recuerda Pássara que no hay datos empíricos para demostrar una correlación clara entre Justicia y desarrollo económico; porque se han dado casos de gran inversión extranjera en países cuyos gobiernos eran ampliamente corruptos, como ha sucedido con la Argentina de Menem y el Perú de Fujimori, lo que sí es cierto es que “una justicia ineficiente, carente de independencia y/o corrupta supone un costo para el funcionamiento empresarial y de la economía”. Pero el autor resalta que ese costo no resulta central para decidir inversiones y negocios. Vid. PÁSARA, LUIS: “Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia”, en ob.cit., pág 1. En contra, Enrique V. Iglesias, ob. cit., para quien “no habrá confianza y seguridad jurídica sin confianza y estabilidad política democrática de largo plazo que elimine el riesgo de cambios abruptos en las reglas de juego”. Hay que resaltar que después de la experiencia de bancarrota vivida en Argentina, producto de la cual los inversionistas extranjeros han visto mermadas sus expectativas de ganancias, difícilmente se puede sostener que la previsibilidad política y jurídica no vaya a ser un ingrediente fundamental a tener en cuenta a la hora de invertir o establecer negocios.

²⁴ Cfr. PÉREZ ROYO, JAVIER: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 7^o ed., pág. 735. Aquí reside la esencia de la función judicial. No en abstracto, sino en concreto. La verdad de la sociedad resulta de la combinación de la verdad legislativa y de la verdad judicial.

constantemente en la mira de la opinión pública, está sometido a presiones de los otros poderes del Estado y de ahí, también su **responsabilidad social e individual**. Como en toda institución democrática, el juez posee importantes funciones, pero también debe responder por el ejercicio de las mismas ante la ciudadanía.

Llegados a este punto, puede convenirse que la función principal del sistema judicial es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político²⁵. Entiéndase estabilidad por confianza, seguridad jurídica, previsibilidad, responsabilidad, autonomía e imparcialidad en el ejercicio de las funciones y, por hacer cumplir las normas básicas del sistema social. Precisamente, todos aquellos aspectos en los que los poderes judiciales, especialmente de Latinoamérica, se han mostrado dramáticamente carenciales; de ahí su crisis y de ahí también se desprende una percepción ciudadana de descrérito y desconfianza a las instituciones democráticas en general.

Dotar a los jueces de los instrumentos jurídicos necesarios para realizar sus elevadas funciones sin quedar inermes frente a las fuerzas sociales y a los poderes fácticos (militares y económicos), garantizándole independencia del poder político, es la principal tarea de una reforma judicial. Autonomía, pero no arbitrariedad; independencia del poder político, pero sujeción a las reglas básicas del sistema jurídico; independencia, pero responsabilidad por el ejercicio de sus funciones. Como bien afirma Garzón Valdés: “La única forma de escapar de la tentación de obtener ganancias extraposicionales es protegerse con la coraza de la adhesión a las reglas y principios básicos del sistema normativo”²⁶.

¿Cómo impulsar la reforma judicial? O ¿Quiénes deben ser los encargados en una sociedad para realizar un proceso de transformación real en la justicia? Si como se ha dicho, el sistema judicial es una expresión del desarrollo democrático de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos y, por tanto, la reforma judicial es una pieza clave en la remodelación del Estado, las fuerzas sociales en su totalidad deben estar comprometidas en las transformaciones que se requieren para viabilizar un cambio real de la justicia. En España, uno de los hitos más importantes en el proceso de mejora y modernización del sistema judicial ha sido la firma del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por las dos grandes fuerzas políticas, el partido del gobierno, Partido Popular y el partido de la oposición, Partido Socialista Obrero Español, el 28 de mayo de 2001²⁷. En 21 puntos, el Pacto contempla todas las dificultades que se han puesto en evidencia a lo largo de la vigencia constitucional de la Justicia en España y aúna las demandas de las “nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y el incremento de la litigiosidad”²⁸. En Perú, el Presidente de la República, Alejandro Toledo anunció en su mensaje de Fiestas Patrias el “urgente llamado para la

²⁵ Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en *Jueces para la Democracia*, N° 45, 2002, pág. 45.

²⁶ Ob. ult. cit.

²⁷ Vid. en <http://www.mju.es>

²⁸ Sin embargo, incidentes puntuales como la remoción del Fiscal Jefe Anticorrupción, Carlos Jiménez Villarejo, en junio de 2003 y el nombramiento del Fiscal General del Estado, Jesús Cardena, próximo al partido de gobierno, han dado lugar a que el PSOE acuse al gobierno de incumplimiento del Pacto de la Justicia y de forzar la ruptura (*El País*, 19 de septiembre de 2003). Principalmente, demandan los socialistas la reforma del Estatuto Fiscal, el respeto a las competencias de la Fiscalía Anticorrupción y mayor dotación económica para modernizar la justicia. En cambio, se ha cumplido la puesta en marcha de “juicios rápidos” en el ámbito penal para delitos menores.

reforma del Poder Judicial” (28-07-2003)²⁹, que se ha hecho patente con la creación de la Comisión Especial de Reforma Integral de la Justicia (CERIAJUS), en el que intervienen diversos representantes de la sociedad civil y política. Con anterioridad, el Presidente de la Corte Suprema, Hugo Sivina a comienzos de año nombró una Comisión de Reestructuración para la reforma judicial que ha trabajado en cuatro subcomisiones³⁰. Es importante aprovechar este impulso, en el que también se está comprometiendo la sociedad civil³¹ para poder potenciar una verdadera transformación de la justicia que sea un catalizador para la remodelación del Estado. En países en proceso de transición democrática, como el peruano, la transformación tiene que ser paulatina pero segura, porque se trata de pasar de las reglas de un Estado dictatorial a las de otro Estado de carácter democrático, en el que necesariamente tienen que pervivir –por un tiempo– instituciones y componente humano aún carentes de cultura cívica democrática³².

El hecho de que la administración de justicia se incardine en el equilibrio de poderes de la conformación del Estado, las elevadas funciones que ostenta el Poder Judicial y los órganos afines a la administración de justicia, el privilegio de ser el árbitro imparcial de la sociedad y la responsabilidad que ello conlleva, sólo pueden hacerse viables plenamente si se cumplen realmente una serie de principios que los constituyentes han querido blindar colocándolos en la Carta Magna³³. Dichos instrumentos suelen expresarse en los dos ámbitos de los textos constitucionales:

- 1) Los principios relativos a la Administración de Justicia.
- 2) La estructura organizativa del Poder Judicial y otras instituciones afines.

²⁹ Vid. Ernesto de la Jara B, “Mensaje presidencial al Poder Judicial”, en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, Nº 156, 2003, págs. 12-14.

³⁰ Vid. Los primeros Informes de las cuatro Comisiones: de Reforma de la Justicia Penal, de Reforma de la Justicia Civil, de Política Anticorrupción y Ética Judicial y de Modernización del Despacho Judicial, que se han hecho públicos en julio de 2003. Cfr. Comentarios en *IDEELE, Revista del Instituto de Defensa Legal*, Nº 156, 2003, págs. 36-43.

³¹ En este sentido es de destacar el trabajo que está realizando *Justicia Viva*, que es un proyecto de “Participación y Fiscalización Ciudadana en la Reforma Judicial”, que ejecuta un consorcio integrado por la Facultad y el Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Asociación de Jueces por la Justicia y Democracia. Esta publicación, electrónica fue posible a través del apoyo provisto por la Oficina de Iniciativas Democráticas de USAID. Las opiniones expresadas en esta publicación pertenecen a sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de USAID ni del consorcio. Vid. <http://www.justiciaviva.organización.pe>

³² Al decir de GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, ob. cit., pág. 48: “Aplicando una metáfora, podría decirse que el régimen de transición se encuentra en un estado de enfermo convaleciente, es decir, de salud inestable. Esta salud inestable es consecuencia no sólo de la pervivencia de elementos normativos del sistema anterior sino también de la composición personal de los organismos de “control de calidad”. Lo primero suele dificultar la identificación de las reglas que definen la identidad del sistema y, por definición, su estabilidad; lo segundo reduce la confiabilidad de los organismos de control”.

³³ Así, para una reforma judicial integral necesariamente tiene que realizarse una reforma constitucional, porque como se observará, para lograr una verdadera independencia judicial y que el Poder Judicial cumpla con sus elevadas funciones, es preciso regular una serie de principios constitucionales, instituciones afines, mecanismos de garantías como el amparo y la acción de inconstitucionalidad, que finalmente supondrá un engranaje en el equilibrio de poderes de la configuración del Estado.

2. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El más importante, sin duda, es **el principio de independencia judicial**. Es un principio fundamental, porque para ser viable requiere de la vigencia de otros subprincipios. Por distintas razones históricas, la intromisión del Poder Ejecutivo es la principal amenaza contra la labor del juez. La alternancia en el poder de las fuerzas democráticas constituye una experiencia tentadora para intervenir constantemente en la función judicial. Hoy en día, en que gracias a las presiones sociales y a la valentía de algunos jueces³⁴, muchas conductas de corrupción económica y política están siendo perseguidas penalmente, el poder político tiende a blindarse interviniendo en la labor judicial. No sólo sucede esto en países con democracias jóvenes, sino también en países con larga tradición democrática, Francia e Italia. Emblemática ha sido la labor, en este sentido, del movimiento “Manos Limpias” en este último país. Establecer mecanismos jurídicos para prevenir influencias del Ejecutivo es una garantía para el desarrollo de las reglas del juego democrático, según el cual la Ley es igual para todos, incluidos los poderes públicos que deben sujetarse al imperio del Derecho.

Y es que con el desarrollo del Estado social, a diferencia del modelo del Estado Liberal, los jueces adquieren una dimensión mayor en el ejercicio de sus funciones: también tienen la labor de **control del gobierno y de la Administración**³⁵, en tanto árbitros públicos entre las crecientes relaciones Administración Pública y administrado³⁶. Este creciente protagonismo judicial³⁷, que es propio del

³⁴ Honestidad, valentía, sentido del deber, son valores que llevan a algunos jueces a perseguir penalmente asuntos que otrora quedaban en los rincones de alguna noticia económica o política, no sin una dosis de audacia, porque debe reconocerse que en muchos aspectos es una lucha desigual, de David contra Goliat, donde el juez está sometido a presiones, amenazas, incluso de la propia vida o la se sus seres queridos. El País Semanal, publicó a partir del 14 de septiembre de 2003, una serie de 11 capítulos intitulada “Los Incorruptibles”, en los que se relata las experiencias de la propia cruzada que les tocó vivir. Jueces como Baltasar Garzón, que ordenó la detención del exdictador Pinochet o procesó el caso GAL (terrorismo de Estado contra ETA); Alessandro di Pietro, fundador de “Manos Limpias”, quien procesó a Bettino Craxi (líder de la Democracia Cristiana) y a Silvio Berlusconi (actual Primer Ministro italiano); la fiscal del Tribunal para la exYugoslavia, que está procesando a Slodovan Milosevich; o, Juana Méndez y Gertrudis Arias Gutiérrez que abrió proceso contra el expresidente de Nicaragua, Arnaldo Alemán, son todos casos

³⁵ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999, pág. 12, quien además destaca que “con la aparición del Estado social hay que afirmar que la independencia judicial adquiere una nueva dimensión, pues es también un derecho subjetivo del ciudadano a un proceso imparcial exigiendo un gobierno propio del Poder Judicial” (pág. 13). Esto conectará, entonces, con el gobierno del Poder Judicial que se desarrollará más adelante.

³⁶ Ahora bien, como bien apunta Andrés Ibáñez, “la jurisdicción –con todo- no tiene atribuida una función de contrapeso político en sentido fuerte”. Pues no ejerce una fiscalización capilar y sistemática de las actuaciones de las otras instancias de poder. Antes bien, sus intervenciones son ocasionales y de carácter puntual, tienen que ver con actos concretos, a los que también se limitan los efectos de aquéllas...”. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía”, ob. cit., pág. 35.

³⁷ Propiciado por un cambio cultural en la propia judicatura, ya que incluso en países como Francia y Bélgica, en los que el estatuto de juez y fiscal no ha experimentado cambios importantes, se ha producido un reforzamiento de la independencia desde el propio comportamiento profesional de amplios sectores de jueces. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía”, ob. cit., pág. 33. En este punto conviene insistir que ante el dilema gobierno de las leyes o gobierno de los hombres, no debe plantearse una dicotomía: los hombres pueden mejorar la interpretación de las leyes hasta el límite de las mismas, pero pueden también desconocerlas. En un Estado de Derecho regido por las leyes es importante también las normas de cultura, esto es, la fuerza de los cambios desde los propios hombres y mujeres. En este sentido, deben interpretarse las palabras del Presidente de la Corte Superior de Lima, Víctor Raúl Mansilla Novella, en el Discurso de Apertura del Año Judicial 2004: “De nada servirá tener

constitucionalismo moderno, en la medida que la aplicación de los principios constitucionales está presente en cualquier tipo de conflictos³⁸, no siempre es “cómodo” para los otros poderes públicos, por lo que es preciso dotar a los jueces de garantías para el cabal ejercicio de sus funciones.

El primer subprincipio que implica la independencia judicial es el de **sumisión a la Ley**. Es la fuerza de la Ley y el hecho de estar sometido **únicamente** a ella lo que le da al Poder Judicial autonomía frente a los otros poderes del Estado y frente a los otros miembros del Poder Judicial (independencia externa e independencia interna, respectivamente). La legitimación democrática del juez está precisamente en su sometimiento a la ley, esto es, a la voluntad del pueblo encarnada en la norma jurídica. Este es un principio que no admite excepción: la Justicia emana del pueblo (art. 117.1 CE y 138 CP). El juez se debe sólo a la ley, pero a nada menos que la Ley. Su dependencia de la norma, como una voluntad ajena objetivada (una voluntad general) le da independencia para aplicarla con imparcialidad. De la Ley emana el límite máximo y mínimo del ejercicio de sus funciones.

¿Sometimiento a la Ley o sometimiento a la Constitución? He aquí otro de los grandes temas a resolver en una reforma judicial. Es una cuestión vinculada al modelo del control de constitucionalidad de las normas. En el caso español, siguiendo el modelo consagrado en la Europa de la postguerra, existe un órgano que tiene como función directa de control de la constitucionalidad de las normas, que es el Tribunal Constitucional. En cambio, en Perú existe el modelo del control difuso de la constitucionalidad por parte de los jueces (aparte del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional), cuyo origen está en el modelo norteamericano. La opción primera, que ha resultado bastante polémica y con repercusiones en las relaciones entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional, parece difícilmente comprensible en grado puro. Es verdad que el constituyente español siguiendo estrictamente la tradición de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, ha tratado de evitar la aplicación directa de la Constitución por el juez, reclamando como necesaria, en todo caso, la previa interposición del legislador³⁹. Sin embargo, como ponen de relieve Prieto Sanchís⁴⁰ y Andrés Ibáñez⁴¹, el carácter normativo de la Constitución y el hecho que hoy sea complicado hallar un asunto sometido al conocimiento judicial que –por afección de derechos fundamentales sustantivos y/o procesales- no tenga implicaciones constitucionales, hacen que difícilmente la

una Constitución que defina las funciones del Poder Judicial, que nos otorgue la autonomía e independencia económica; una Ley Orgánica que reglamente su ejercicio; y códigos y leyes que garanticen derechos, si los jueces de la República no nos esforzamos por estudiarlos, por absorver su contenido y aplicarlo con el mismo espíritu y sentido con que fueron forjados” (*El Peruano*, 3 de enero de 2004).

³⁸ Como sostiene PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL (ED.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 132-133: al ser la Constitución una norma directamente aplicable, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial... “en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía”.

³⁹ Como sostiene PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 885: “El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse democráticamente a partir de la Constitución de manera directa. Está sometido a la Constitución pero tal como es interpretada por las Cortes Generales”.

⁴⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob.cit., pág. 130.

⁴¹ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía”, ob. cit., pág. 33.

jurisdicción ordinaria pueda sustraerse al conocimiento de asuntos que afecten derechos constitucionales⁴².

La labor del juez como intérprete privilegiado de la ley, por otro lado, ya no se concibe como un silogismo, esto es como un mero proceso de subsunción del caso concreto en el enunciado de la ley⁴³, sino que superado el positivismo, los teóricos del Derecho advierten que todo proceso de interpretación no está exento de consideraciones valorativas. Incluso se admite que los jueces pueden tener cierta función interpretativa creadora ante vacíos legales⁴⁴, porque no pueden incurrir en la denegación de justicia. El juez debe resolver las antinomias del Derecho en el proceso de interpretación y preferir un método de interpretación sobre otro⁴⁵. La verificación de esta “verdad definitiva y vinculante” sólo puede ser revisada de acuerdo al principio de contradicción por el órgano superior mediante el sistema de recursos. **La unidad del ordenamiento**, otro elemento de la seguridad jurídica, se verifica en que el Tribunal Supremo (Corte Suprema, en Perú), es el órgano supremo de la jurisdicción ordinaria que interpreta el Derecho: hay sólo una voluntad del Estado respecto de una materia y es obligación de este alto Tribunal velar por la identificación y aplicación de dicha voluntad⁴⁶. Esto conecta con el principio de unidad de la jurisdicción, que enseguida se desarrollará.

La forma de verificar la sumisión del juez a la ley, esto es, de hacer posible el control democrático del juez es **la motivación de la sentencia**, garantía reconocida en

⁴² Sobre este tema, tendremos ocasión de redundar al analizar las funciones del Tribunal Constitucional y sus relaciones con la justicia ordinaria, un tema, por cierto, inacabado.

⁴³ El método jurídico de interpretación no se agota en una subsunción del caso bajo la ley, sino que existen muchos otros tipos de argumentación. El silogismo jurídico, como método de interpretación sólo define la justificación interna de la argumentación, de acuerdo a los métodos de la lógica moderna. Para una justificación externa de la argumentación, existen hasta seis tipos de argumentos, según ALEXIS, ROBERT: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 223: 1) la ley; 2) la dogmática; 3) el precedente (la jurisprudencia), 4) la argumentación práctica general; 5) la empírica y 6) formas especiales de argumentos jurídicos.

⁴⁴ En realidad, como apunta Messuti siguiendo a Gadamer: “La aplicación representa la verdadera comprensión del universal mismo, que para nosotros es el texto de la ley que se debe aplicar. Toda ley implica una inevitable disparidad respecto a la actividad concreta, porque tiene un carácter universal. La ley siempre es defectuosa, pero no porque lo sea en sí misma, sino porque pretende regular la realidad del mundo humano, que es en sí mismo variable, imprevisible e imperfecto. La pura y simple aplicación de la ley es imposible. Porque las circunstancias son infinitas y quien aplica la ley debe percibirlas en su variedad infinita. MESSUTI, ANA: “El tercero: una interpretación”, en Messuti / Sampedro Arrubia (Compiladores), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universo, 2001, pág. 182. La misma autora prosigue: “Y es precisamente en la solución de este conflicto entre lo universal y lo particular donde se manifiesta la creatividad de la labor del tercero-juez”. Ibidem, pág. 183.

⁴⁵ Dado que la Constitución es una norma de aplicación directa y, los derechos constitucionales son tendencialmente contradictorios al responder a un esquema de valores en tensión, en la labor judicial es fundamental la de ponderación: buscar la mejor decisión (la mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit., págs. 134-137: “la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas” (pág. 137).

⁴⁶ Un tema espinoso, sobre el que no nos podemos detener en el análisis de todas sus implicancias, pero que es importante para determinar qué órgano tiene la última palabra en materia de doctrina jurídica, es el de la determinación de las funciones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, toda vez que en España se ha constatado que al otorgar la Constitución al TC una amplia tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, la mayoría de las sentencias del TS son recurridas al TC en recurso de amparo, y con frecuencia este Alto Tribunal ha abordado el enjuiciamiento de cuestiones fácticas y legales, por tratarse del desarrollo de derechos fundamentales, dando lugar a importantes conflictos de competencia entre ambos tribunales, que desmerezcan el desarrollo de las instituciones democráticas.

ambas constituciones (art. 120.3 CE y 139.5 CP). Las resoluciones judiciales deben estar siempre motivadas tanto en relación a la valoración de las pruebas, como a los criterios de interpretación utilizados. En la sentencia el juez debe realizar una argumentación jurídica de los hechos y de la aplicación del Derecho que justifique su decisión⁴⁷. Sobre todo, debe explicar “por qué se sirve o renuncia al uso de determinado medio de prueba, por qué confiere o niega valor a sus resultados, o privilegia algunos de éstos sobre otros; y qué criterios de ponderación habrá empleado en cada caso”⁴⁸. Esta exigencia está complementada por la **publicidad de los procedimientos y de las sentencias**. Un principio de control democrático de la función judicial implica la accesibilidad de la ciudadanía a todas las resoluciones judiciales, como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o el debido proceso.

La independencia judicial tiene como corolario el respeto al **principio de inamovilidad** de los jueces, salvo por causa legalmente establecida. El art. 117.2 CE establece que “los jueces no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas previstas en la ley”. Este es un principio clave del constitucionalismo moderno para garantizar la independencia de los jueces. Los procesos de ratificación están vedados en los Estados de Derecho. La norma constitucional peruana del art. 154.2 que habilita a ratificar cada siete años a los jueces por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, puede convertirse en una “espada de Damocles” sobre los mismos que le impiden realizar sus funciones de manera independiente y ecuánime⁴⁹. Las únicas causas de remoción de un juez deben estar previamente determinadas por ley y aplicadas en un proceso contradictorio por un organismo no susceptible de control del Ejecutivo.

Pero inamovilidad no significa irresponsabilidad. Precisamente porque quien ingresa a la carrera judicial no puede ser removido, sólo por causa legalmente establecida, determinar dichas causas, quién las aplica, con qué procedimiento se hace, es de vital importancia. La inamovilidad conlleva el principio de **responsabilidad de los jueces**, o dicho de otro modo: el contrapeso de la inamovilidad de los jueces es su responsabilidad. Como todo poder del Estado el Poder Judicial, y en concreto el juez, debe responder por el ejercicio de sus funciones. Aunque está sometido sólo a la Ley, ello no implica que su función pueda desarrollarse arbitrariamente. Todo lo contrario,

⁴⁷ Especialmente relevante es en el ámbito penal, en el que el juez posee amplitud para determinar la individualización de la pena, actuar las pruebas. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español”, en Messuti / Sampedro Arrubia (Compiladores), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universo, 2001, pág. 284: “... el juez puede, en un elevadísimo número de casos, decidir con muy escasa vinculación legal entre la aplicación de la estrategia “defensista” o, por el contrario, de la estrategia orientada a la “resocialización” o “no desocialización” a la hora de individualizar la sanción”.

⁴⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “La sentencia penal”, en AA. VV., *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares / Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, 1999, pág. 589.

⁴⁹ En el mismo sentido: PÁSARA, LUIS: “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>, para quien: “La existencia de la carrera judicial y, en particular, de un sistema razonable de evaluaciones dentro de ella aparece como incompatible con las ratificaciones periódicas que en varios países han sido introducidas en la ley o que, en determinadas circunstancias, han purgado eventualmente a la magistratura”. En este punto debe evocarse las nefastas experiencias de ratificaciones hechas por los sucesivos gobiernos de turno del Perú, la mayoría de ellas arbitrarias e injustas: “ni están todos los que son, ni son todos los que están”.

deben preverse mecanismos para que los jueces que se apartan de la ley dejen de ostentar tan elevada función constitucional.

Las responsabilidades que prevé la LOPJ española son de tipo **penal** (delito de prevaricación judicial), **civil** (daños y perjuicios que causen en el ejercicio de sus funciones) y **disciplinaria**. Dado que la responsabilidad penal y civil se sustancia en procedimientos judiciales, lo que adquiere especial relevancia es determinar quién ejerce la potestad disciplinaria respecto a los jueces, sin mancillar la independencia judicial. Este es uno de los temas clave de una reforma judicial: **idear un sistema disciplinario en el que se resuelva la tensión entre independencia judicial y responsabilidad individual y social**. Los criterios ya existentes de garantías dentro del proceso penal deben ser asimilables para un proceso disciplinario judicial en el que exista una formalización de las infracciones (leves, graves y muy graves y sus correspondientes sanciones), el procedimiento (con la debida contradicción, derecho de defensa y revisión, así como plazos tasados) y el órgano que las impone, debiendo ser más rígido en la medida de su gravedad.

Merece especial mención el órgano que ha de imponer las sanciones más graves. Este asunto resulta especialmente espinoso porque se relaciona con el gobierno del Poder Judicial. La tradición peruana de “autogobierno”, basada en la actuación de un Órgano de Control Interno que realiza tales funciones, se ha mostrado poco eficaz, porque en la práctica ésta no ha ejercido su real función de control de responsabilidades de sus miembros⁵⁰. En el Derecho Comparado este asunto se ha resuelto con Órganos mixtos de gobierno, en el que intervengan jueces y otros operadores jurídicos y sociales, como enseguida se desarrollará (Vid. Consejo General del Poder Judicial – España- y Consejo Nacional de la Magistratura – Perú-).

Otro supuesto de responsabilidad de los jueces es el de los **errores judiciales**. Ambas constituciones así expresamente lo prevén (art. 121 CE y art. 139.7 CP). Más allá de las responsabilidades por actuaciones dolosas o culposas (penales o civiles), el juez también responde por el mal funcionamiento de la administración de justicia. En estos casos también conviene que la ley prevea supuestos de falencias judiciales que pueden ser consideradas errores: retardamiento de la justicia, falta de información, maltrato a los justiciables, etc. Los errores judiciales que comprometen derechos fundamentales, como la libertad, tal como sucede con sentencias condenatorias o detenciones arbitrarias deben implicar necesariamente una indemnización del Estado, el cual podría repetir del juez. Además, estos errores deben contemplarse entre los supuestos de infracciones disciplinarias, a los efectos de cumplir con el principio de legalidad.

El principio de exclusividad es otra garantía necesaria para hacer viable la independencia judicial y el derecho fundamental del justiciable a un procedimiento justo. La función jurisdiccional tiene que estar confiada en un Estado de Derecho sólo al Poder Judicial y tal principio no admite ninguna excepción. Si hubiera una posibilidad de crear tribunales especiales sería una fácil vía de burlar al juez predeterminado y los

⁵⁰ Así lo reconocen los propios miembros del Poder Judicial peruano. Cfr. Víctor Raúl Mansilla, Presidente de la Corte Superior de Lima, en entrevista del Suplemento *El Domingo*, de *La República*, de 5 de octubre de 2003, pág. 16, quien admitiendo que la corrupción no ha disminuido en el Poder Judicial, añade que “...los organismos de control no han sido lo suficientemente ágiles y realistas para enfrentar esto”.

derechos del justiciable. Ambas constituciones son taxativas en este sentido: 117.3 CE y 139.1 CP). El principio del respeto al juez natural también implica idear un sistema de despacho judicial en el que las partes no puedan escoger al juez, sino un Despacho Unico en red donde no haya posibilidad de conocerlo previamente. Por otro lado, el principio de exclusividad debe hacerse compatible con la organización judicial⁵¹ y la especialización por materias⁵².

El principio de unidad de la Jurisdicción es un subprincipio del de exclusividad. La **jurisdicción ordinaria** es una sola, eso sí distinta a la **jurisdicción constitucional** propia del Tribunal Constitucional y su régimen de control directo de la constitucionalidad. La justicia es administrada sólo por jueces del Poder Judicial. La única excepción que admite la CE (art. 117.5) es la **jurisdicción militar**. El TC español (STC N° 60/1991) ha establecido que el espíritu de la norma constitucional es reducir los límites de competencia de la jurisdicción militar “al ámbito estrictamente castrense”, es decir, a supuestos de infracciones realizadas por funcionarios militares en el ejercicio de sus funciones. En el caso peruano, la norma constitucional, además de la jurisdicción militar reconoce la arbitral (art. 139.1). En realidad no existe jurisdicción arbitral, porque el arbitraje no adquiere las características de una jurisdicción, sino es una forma de resolución de los conflictos alternativa. Lo que sí es importante, que en el ámbito de la reforma judicial peruana se establezca de una vez las regulaciones pertinentes para establecer los límites precisos de la jurisdicción militar y acabar con su hipertrofia. De otro lado, en un Estado pluriétnico, como el peruano, habría que pensar en el reconocimiento de los fueros indígenas.

El principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la jurisdicción plantea la cuestión de cómo resolver las distintas posibles interpretaciones de la ley por parte de los diferentes jueces, contingencia no eliminable *a priori* porque responde al principio de independencia judicial (interna) y dependencia sólo a la ley. No resolver esta antinomia conculcaría, además, el principio de igualdad desde la perspectiva del derecho del justiciable a una justicia con equidad. Como sostiene Pérez Royo⁵³, esta posibilidad debe ser corregible *a posteriori* mediante el sistema de recursos, especialmente: el de casación ante el Tribunal Supremo y el recurso de inconstitucionalidad que resuelve el Tribunal Constitucional en España. Nuevamente, esto nos remita al control de la constitucionalidad de las leyes, control que en el caso

⁵¹ La organización judicial española es de carácter territorial, teniendo en cuenta la configuración del Estado por Autonomías: juzgados de primera instancia, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo, siendo éste el máximo Tribunal (central). El TC es el encargado de dirimir competencias. Sin embargo, la configuración abierta de las autonomías que predica cada vez mayores competencias, ha llevado a plantear por el partido de la oposición (PSOE) que las Audiencias Provinciales sean los máximos tribunales de justicia en cada Autonomía. Esta discusión prueba que en la reforma judicial debe meditarse detenidamente la correlación entre organización judicial y configuración descentralizada del Estado.

⁵² En España, uno de los temas más controvertidos respecto a la prohibición de tribunales que no respondan a la organización territorial ni a la competencia por materias, ha sido la creación de la Audiencia Nacional. Constituida en 1977, durante la transición democrática y sobre las cenizas del Tribunal de Orden Público franquista, concentra una serie de atribuciones en asuntos de suma importancia como terrorismo y narcotráfico, lo cual confiere a los jueces y magistrados un poder “extrajurídico”, muy superior al que se reconoce a cualquier otro juez. Aunque no existe voluntad política de reformarla, por lo menos se solicita una mayor dotación de jueces y magistrados para ajustarla al volumen e importancia de los asuntos que deben tramitar, para asegurar que cada caso sea despachado con la atención, las garantías y la solvencia necesarias. Cfr. Carlos Castresana Ferández, fiscal de la Fiscalía Anticorrupción, *El País*, 12 de noviembre de 2003.

⁵³ *Curso de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 886.

peruano es judicial y difuso –además, del concentrado del Tribunal Constitucional, siguiendo la tradición norteamericana y en el caso español es concentrado en manos del Tribunal Constitucional⁵⁴, siguiendo la tradición europea⁵⁵. El recurso de casación si se sustancia dentro del Poder Judicial y en concreto en su órgano máximo que es el Tribunal Supremo, el que tiene como misión unificar la jurisprudencia de los distintos jueces. Finalmente habrá ocasión de zanjar este punto al abordar el tema del Tribunal Constitucional.

El principio de exclusividad no es incompatible con el **principio de especialización en la materia** sino que se complementan. La jurisdicción ordinaria es única, pero puede diseñarse distintos tipos o fueros de jurisdicción en función de la materia. El ordenamiento jurídico moderno es extraordinariamente complejo y requiere de expertos para su aplicación. La especialización de los jueces y el respeto de ella en la organización judicial es una demanda actual del desarrollo social y jurídico. En España existen cuatro jurisdicciones: civil, penal, contencioso-administrativo y laboral. En Perú, sólo existen tres, faltando la contencioso-administrativo que es de primera relevancia dado que corresponde al rol jurisdiccional de control de la actuación de la Administración Pública, cuyo crecimiento es consustancial al desarrollo del Estado Social. La propuesta del Grupo de Trabajo sobre la Reforma Civil impulsada por el Poder Judicial peruano contempla órganos judiciales en materia comercial y constitucional. Existiendo un Tribunal Constitucional no parece conveniente agenciar otro órgano de jurisdicción constitucional. La propuesta de órganos en materia comercial (mercantil) va en la línea de otros proyectos de reforma como El Plan Integral de Reforma Judicial de Argentina⁵⁶ que contempla además juzgados de familia, de menores y de ejecución civil y penal. Es evidente que a medida que se complejiza la sociedad y con ella el Derecho se requiere mayores niveles de especialización, por eso por lo menos habría que pensar en **juzgados de menores y de ejecución penal** dado que en ambos casos serían jueces los que resuelvan sobre derechos de primer orden como la libertad de las personas. Mención especial merecen los tribunales especializados en delitos de **corrupción**. En España existe una Fiscalía Anticorrupción que ha cumplido con perseguir eficazmente delitos cometidos por poderosos. En Perú la experiencia de la Procuraduría General y los juzgados y fiscales anticorrupción también han desempeñado un papel importante en el desmantelamiento de la mafia fujimorimontesinista. Especialmente, en países en proceso de transición democrática, en los que

⁵⁴ Tómese nota que en España el juez no puede dejar de aplicar la ley aunque la considere inconstitucional. En el caso que así lo considere deberá elevar el resultado de su juicio al Tribunal Constitucional quien resolverá confirmado o rechazando el recurso de inconstitucionalidad.

⁵⁵ En realidad se trata de dos tradiciones distintas que responden a dos procesos sociales de configuración del Estado diferentes. Como apunta Fernández Segado: “mientras en América los individuos fueron protegidos por una ley, la Constitución, que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la “volonté générale”, los ciudadanos serían protegidos por las leyes elaboradas por el Parlamento. La doctrina rousseauiana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general, incidirá, pues, sobremanera en el posicionamiento europeo en general y francés en particular”. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”, en *Derecho*, Rev. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, N° 46, pág. 305.

⁵⁶ Vid. el trabajo presentado por el “Programa Modelo de Reforma para las Administraciones de Justicia provinciales (BID 925’oC-AR/ 1.EG.10) realizado entre los meses de agosto y octubre de 1998 por un equipo interdisciplinario de consultores coordinado por el Dr. Germán C. Garavano, en la web del Ministerio de Justicia de la Nación de Argentina.

los índices de corrupción son aún altos, es recomendable la especialización de los administradores de justicia⁵⁷.

3. LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Para garantizar que los principios antes reseñados tengan vigencia real es preciso diseñar una organización judicial acorde con ese horizonte de valores. Según éste el Poder Judicial es un poder del Estado independiente, imparcial, autónomo, exclusivo y único. Según la estructura de la organización judicial que diseñemos daremos mayor o menor vigencia a esos principios. En el Derecho y en la Política las funciones hacen al órgano, así es preciso dar contenido a las funciones que realizan el Poder Judicial y los demás órganos que coadyuvan en la Administración de Justicia, no sin antes dotar a sus elementos personales y materiales determinadas características de idoneidad para cumplir dichas funciones.

3.1. Criterios generales:

A) La carrera judicial.

a) **El acceso a la carrera judicial.** Siendo los jueces inamovibles, salvo por causas legalmente establecidas, el acceso al Poder Judicial debe ser especialmente diseñado para que concurran los mejores expertos, sin posibilidad de influencias en el proceso de selección de otros poderes del Estado. Para que exista realmente una carrera judicial los jueces deben ser verdaderamente inamovibles, por lo que los procesos de ratificaciones deben estar vedados⁵⁸ y sólo pueden ser removidos por un sistema disciplinario reglado en todos sus extremos. El **elemento humano** es fundamental en toda sociedad para que la Administración de justicia cumpla sus elevadas funciones de tutela de los derechos de los ciudadanos de manera imparcial y equitativa. La experiencia italiana de “Manos Limpias”, la española como el caso del Juez Garzón o de la jueza Saquicuray en Perú, demuestran que no sólo es importante tener buenas leyes, sino también jueces honrados y valientes que puedan estar protegidos por la coraza de las reglas del Estado de Derecho. Como se ha dicho con anterioridad, la falsa dicotomía entre gobierno de las leyes y gobiernos de los hombres se resuelve estableciendo leyes que potencien un cambio cultural, humano, de las personas que llevarán a cabo la administración de justicia.

En este punto es clave establecer **cómo acceden los aspirantes al cargo judicial y cuál es el órgano que los elige**. En España se realiza por un sistema de oposiciones, que intenta salvaguardar los principios constitucionales de “mérito, capacidad e igualdad” de acceso a los cargos públicos (art. 23 CE). Se trata de pruebas públicas con una serie de ejercicios y programas previamente determinados, realizadas en el Centro de Estudios Judiciales, organismo de Derecho Público dependiente orgánicamente del

⁵⁷ Cfr. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, ob. cit., págs. 48, quien subraya la correlación entre consolidación de la democracia y corrupción: a mayor consolidación menor corrupción y viceversa.

⁵⁸ Como sostiene PÁSARA, LUIS: “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”, ob. cit., los procesos de ratificaciones han resultado realmente procesos de purgas y en todo caso, deben ser provisionales, para los procesos de transición democrática: “una cierta forma de ratificación puede mantenerse como medida temporal en tanto existan magistrados en funciones que no ingresaron a la carrera mediante los mecanismos establecidos. A tales magistrados debe aplicarse una evaluación equivalente a la establecida en el proceso de nombramiento, luego de aprobada la cual el evaluado ingresará plenamente a la carrera”.

Ministerio de Justicia, pero con un Tribunal reglado formado por integrantes de diversos organismos relacionados con la Administración de justicia. En el caso peruano, la selección y nombramiento de jueces y fiscales la realiza el Consejo Nacional de la Magistratura, organismo independiente que se rige por su propia LO (art. 150 CP), compuesto también por diversos representantes del mundo jurídico público y privado. Perfeccionar el sistema de selección con diversas pruebas que combinen las distintas habilidades necesarias para administrar justicia (dominio teórico del Derecho, conocimiento de la Ley, capacidad argumentativa jurídica, etc.). es una tarea pendiente en la reforma judicial.

Respecto al elemento humano es preciso trabajar especialmente en sociedades en proceso de transición democrática como la peruana. Los jueces que son corruptos o que fueron nombrados por el poder dictatorial no se transforman de la noche a la mañana en demócratas y honestos⁵⁹. Tendrá que pasar prácticamente una generación para regenerar el elemento humano⁶⁰, pero hay que crear las condiciones para ello mediante la formación, principalmente. Pero no sólo la formación de jueces, sino también la formación en general de los especialistas en el Derecho, de donde salen las canteras de jueces. La proliferación de universidades en Perú, que no siempre reúnen las condiciones mínimas para impartir una formación solvente en Derecho, es un aspecto ciertamente relegado pero trascendente en la ansiada reforma de la justicia⁶¹.

b) La **formación del juez** en una sociedad en constante transformación es clave para que sea capaz de aplicar la norma (supuesto abstracto) al caso concreto (supuesto concreto). El juez se hace, no nace, por lo que además de la autoformación en el ejercicio del quehacer de la administración de justicia, paralelamente debe recibir una formación externa encaminada a la actualización de sus conocimientos jurídicos y al aprendizaje de técnicas conexas. Establecer cuál es el organismo que dirige este proceso de formación resulta relevante. En España la formación de los jueces y fiscales está confiada al organismo de gobierno del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial. En Perú la formación de los jueces y fiscales está confiada a la Academia de la Magistratura, organismo que forma parte del Poder Judicial. Es de proponer en una reforma judicial peruana que el mismo organismo que selecciona los jueces, dirija su formación, en tanto órgano de gobierno mixto especializado en la selección y seguimiento de la carrera judicial. La formación es la otra cara de la inamovilidad.

⁵⁹ . GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, ob. cit., págs. 49-50, quien pone de manifiesto que “iniciado el proceso de transición, las fuerzas democráticas tienen que contar en gran medida con el aparato judicial recibido para iniciar su alejamiento del régimen totalitario o autoritario. Desde luego es posible sustituir algunos jueces, pero no una reestructuración total del aparato judicial”. El mismo autor, narra la experiencia alemana después de la caída del nazismo, y las dificultades que demostró la Corte Federal de Justicia para cambiar de actitud silente frente a la criminalidad nazi”. Cfr. PÁSARA, “Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia”, ob. cit., p. 3: “Las experiencias nuestras enseñan que no hay con quién sustituirlos, aunque fuera progresivamente, en el paso necesario como para tener una composición distinta de actores en unos cuantos años”.

⁶⁰ Zaffaroni

⁶¹ Como sostiene PÁSARA, “Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia”, ob. cit., p. 3: “...toca al rol de la formación de abogados en universidades que siguen multiplicándose para ofrecer una calidad cada vez más devaluada. Es éste un tema usualmente descuidado en las agendas de reforma del sistema de justicia. La formación de los profesionales mediocres que se encaminan a ocupar cargos en aquello se presenta como un sistema de justicia nuevo o reformado mantiene el bajo prestigio social de trabajar en él”. En este sentido, en el Perú es la Asamblea Nacional de Rectores que habilita la creación de universidades, quien posee una parte de la responsabilidad en la calidad del elemento humano que finalmente podrá dedicarse a impartir justicia.

Establecer incentivos para la continua formación de los jueces, incluso de tipo retributivos, es fundamental para que la inamovilidad del juez no signifique anquilosamiento.

c) **Naturaleza de la carrera judicial.** Los proyectos de reforma judicial actuales (Pacto de Estado para la Reforma Judicial PP-PSOE y Proyecto Integral de Reforma Judicial Argentina) proponen cambios importantes en la naturaleza de la tradicional carrera judicial de signo jerárquico y regida por criterios de antigüedad. Se propone idear una serie de criterios de mérito en orden a la formación, especialización, rendimiento y calidad del trabajo (cualitativos) para la promoción, adjudicación de destinos, mejora de los niveles retributivos, superando el anacrónico criterio de antigüedad. Además se propone que la carrera judicial no tenga necesariamente un sentido jerárquico (la idea de promoción entendida siempre como lograr el puesto superior), permitiendo al juez que lo deseé tener incentivos manteniendo su puesto por el tiempo que crea conveniente y fomentando así la especialización en el cargo.

2) **El elemento material.** En casi todos los países se ha identificado la “crisis de la justicia” con la carencia de medios materiales. El asunto tiene especial relevancia en la actualidad en que ya sea la aplicación de políticas neoliberales o por criterios de reestructuración económica, los gobiernos tienden a disminuir los gastos públicos y, entre ellos, los gastos en Administración de justicia. Este ha sido uno de los asuntos centrales del Pacto por la Justicia del PP-PSOE suscrito en el 2001 y que acaba de ser roto por incumplimiento precisamente de este extremo.

a) Una Administración de justicia eficaz requiere una **cantidad y calidad de jueces** que no puede improvisarse, sino que debe responder a una planificación y una dotación económica relevantes. Además, la ratio juez-ciudadano es un elemento indispensable para la agilización de la justicia y para la aproximación de la justicia al justiciable y, por tanto, para una democratización real de la misma.

b) Otro asunto material de primer orden es **la retribución de los jueces**. Si se busca que en el Poder Judicial estén los mejores, cumplan con el régimen de incompatibilidades y sean incorruptibles, es necesario que las retribuciones económicas sean acordes con su dedicación, responsabilidad y sus elevadas funciones. Además, como se ha dicho, dichas retribuciones deben estar en correlación a los méritos alcanzados, esto es, articulando un modelo incentivador de la labor judicial.

c) La **incorporación de nuevas tecnologías** a la tarea de administrar justicia es una tarea pendiente en todo nuestro ámbito cultural. Los avances en la medios informáticos pueden servir para agilizar la administración de justicia, aligerando los procedimientos, abaratando los costes de la comunicaciones y notificaciones, estableciendo despachos judiciales interconectados en red. Además en el ámbito de los procedimientos pueden utilizarse técnicas modernas de telecomunicación a las que debe darse validez jurídica, como las teleconferencias. En este sentido deben ir también las reformas de las leyes de procedimientos civiles y penales en conjunción con la modernización de la justicia.

3.2. Estructura de la Administración de Justicia.

El Poder Judicial es un poder autónomo del Estado que tiene la función exclusiva de administrar justicia, pero existen otros órganos del Estado que colaboran en dicha tarea o que coadyuvan a su gobierno. La organización de éstos, la dependencia o independencia orgánica del Poder Ejecutivo, los miembros que los componen, etc. pueden interferir indirectamente en la independencia judicial.

a) En España el primero en relevancia es el órgano de gobierno del Poder Judicial, que es el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE). Se trata de un órgano mixto, compuesto tanto por jueces como representantes de otros poderes del Estado. El constituyente español optó por un órgano autónomo de gobierno para los jueces, distinto al sistema de autogobierno, con una serie de funciones importantes como la de determinación de responsabilidades disciplinarias⁶². Similares institutos están previstos en los textos francés, italiano y portugués y responden al constitucionalismo de postguerra⁶³, luego de haberse demostrado la capacidad de los gobernantes totalitarios para captar los órganos judiciales y la escasez de recursos que poseían éstos para impedirlo. En cuanto a estos modelos europeos, especialmente interesante es el caso italiano, cuyo Consejo Superior de la Magistratura constituye el primer órgano de garantía de independencia de la función jurisdiccional ordinaria⁶⁴. La tutela de la garantía de la independencia judicial es, pues, la principal función de estos órganos.

En Perú existe un órgano independiente que tiene la misión de selección de los jueces, el Consejo Nacional de la Magistratura (Cap IX CP), pero no tiene funciones de gobierno. En una reforma judicial peruana, la creación de un órgano de gobierno del Poder Judicial como el español, con una composición mixta, sería una buena opción al pretendido autogobierno, que finalmente no es real, si –como ha sucedido en la realidad- por otros ámbitos se produce la interferencia de los poderes del Estado.

La relevancia constitucional del papel del juez, como representante de un Poder del Estado independiente, que tiene la capacidad de ser un verdadero contrapeso en el equilibrio de poderes del Estado, obliga a diseñar un organismo **mixto, independiente** del propio Poder Judicial que tenga la gran función de **gobierno** de la magistratura y vele por la **independencia judicial**. Este es el espíritu de los Consejos de la Magistratura diseñados en España, Italia, Francia y Portugal. Pero estos Consejos tienen un valor añadido: acabar con la concentración de funciones jurisdiccionales y de control jerárquico en manos del vértice judicial⁶⁵, con el efecto democratizador que ello supone, dejando en manos de un organismo independiente la función de control de la independencia externa e interna de los jueces. Dicho control tiene como elemento

⁶² Precisamente, cuando se están cerrando estas páginas se publica una noticia: *El País*, 5 de febrero de 2004: La Inspección del CGPJ propone expedientar a Ruiz Polanco por dos faltas muy graves. El juez de la Audiencia Nacional Guillermo Ruiz Polanco se enfrenta a la apertura de un expediente disciplinario por la presunta comisión de dos faltas muy graves, derivadas de todo lo relacionado con la excarcelación de seis presuntos etarras de dos «comandos» terroristas. En dos casos se había pasado el plazo de dos años máximo de prisión provisional, sin que se hubiese solicitado ni acordado su prórroga, aunque sólo uno, Ibai Ayensa, quedó en libertad por esa causa. Esta es la propuesta del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, que se estudiará el lunes.

⁶³ Cfr. SÁNCHEZ BARRIOS, INMACULADA: *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Salamanca, Tesitex, 1999, p. 19.

⁶⁴ Cfr. BARILE, PAOLO /CHELI, ENZO / GRASSI, STEFANO: *Institutioni di Diritto Pubblico*, Milán, Cedam, 1998, 8^a ed., p. 155.

⁶⁵ Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ: «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», ob. cit., pág. 30.

fundamental de expresión en el organismo que posee el **régimen disciplinario de los jueces**. No olvidemos lo dicho: la otra cara de la independencia y la inamovilidad es la responsabilidad de los jueces. Determinar el organismo que ejerce la labor disciplinaria de los jueces es fundamental para hacer real la independencia y el principio de inamovilidad.

Las **funciones** que ejerce el Consejo General del Poder Judicial español son las siguientes⁶⁶:

- - Selección, nombramiento y ascensos de los jueces y fiscales.
- - Potestad inspectora (vigilancia y control) sobre el funcionamiento de Juzgados y Tribunales.
- - Potestad disciplinario.
- - Potestad presupuestaria.
- - Potestad reglamentaria.
- - Facultad de iniciativa parlamentaria e Informe Anual ante las Cámaras.

La **composición** del Consejo General del Poder Judicial ha sido uno de los asuntos más espinosos de la justicia española. Según la Constitución (art. 122.3) está compuesto por veinte miembros de los cuales doce son jueces y ocho juristas propuestos por las dos Cámaras de las Cortes Generales. La interpretación que hizo el legislador de que los veinte miembros son elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado de “entre” y no “por” los magistrados, ha dado lugar a que cada gobierno intente colocar como representantes en este órgano a jueces y parlamentarios afines a su opción ideológica, con clara influencia en la administración de justicia⁶⁷.

La conformación del Consejo Nacional de la Magistratura es más plural (art. 155 CP), pues se contempla representantes de la sociedad civil y no sólo de los poderes del Estado. Esta composición responde más a la vocación democrática de la justicia, pero debe reflexionarse con detenimiento qué representantes de la sociedad civil deben estar allí y además, debería pensarse en una mayor representación de los jueces y fiscales, dado que ellos son los principales responsables y conocedores de la administración de justicia. En España el Consejo General del Poder Judicial está presidido por el Presidente del Tribunal Supremo.

La ubicación orgánica del **Ministerio Público** (o el Ministerio fiscal en España) respecto del Poder Ejecutivo ha sido uno de los temas más controvertidos de la

⁶⁶ Vid. más ampliamente: SÁNCHEZ BARRIOS: *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, ob. cit., *passim*.

⁶⁷ Especialmente crítico se muestra ANDRÉS IBÁÑEZ: «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», ob. cit., pág. 30: “En el caso del Consejo español, introducido por la Constitución española de 1978, siguiendo el modelo italiano, estaba previsto que la elección de la componente judicial (12 sobre 20) tendría lugar “entre” los jueces (art. 122). La mayoría socialista que accedió al poder en 1982, bajo la enseña de un reforzamiento de la legitimación democrática de la jurisdicción, pero, en realidad, con el único fin de asegurarse una posición hegemónica en el gobierno de la magistratura, introdujdo un cambio consistente en diferir a las cámaras la designación, también, de los integrantes del sector judicial. El resultado ha sido la drástica politización partidista de la institución, desde entonces –más de 20 años– simple escenario de la confrontación política general, francamente inadecuado para la elaboración de una política de la justicia funcional a los valores constitucionales en la materia. Lo que la izquierda presentó como una opción de este signo para transformar la justicia en profundidad con criterios democráticos, está sirviendo ahora a la derecha como un útil instrumento, igualmente funcional, para su política para la administración de justicia. Los efectos de estas lamentables vicisitudes aún en curso, no han podido ser más demoledores, desde todos los puntos de vista”.

estructura judicial en los diversos países. Los modelos que se conocen en Derecho comparado son:

- 1) El modelo francés que lo integra en el ámbito del Poder Ejecutivo.
- 2) El de su integración en el marco del Poder Judicial, que es una propuesta muy apoyada por los sectores doctrinales.
- 3) El de su configuración como órgano estatal independiente.

La CE ha optado por una estructura del Ministerio Fiscal independiente del Poder Judicial, pero el nombramiento del Fiscal General del Estado, su órgano superior, la realiza el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. Esta forma de nombrar al vértice de la institución y el hecho de haber configurado un Ministerio Fiscal regido por el principio de dependencia jerárquica ha dado lugar a claras interferencias del Poder Ejecutivo, entorpeciendo o agilizando la administración de justicia según sus intereses.

En cambio la CP sí establece claramente que se trata de un órgano autónomo. Es importante no dotar a esta institución del tradicional principio de jerarquía, no sólo porque adolecería de carácter democrático, sino también porque éste finalmente puede interferir en la Administración de justicia. Esto es, también es necesario garantizar la independencia interna del Ministerio Público, para que no existan mecanismos de interferencia que mediatamente tendría necesariamente incidencia en la administración de justicia.

Es preciso diseñar con detenimiento la institución del Ministerio Público para las nuevas funciones que se le avecinan, ya que las líneas de reforma en materia procesal-penal le dotan importantes atribuciones al conferirle la exclusividad de la investigación de los delitos. Este modelo acusatorio puro, de clara influencia norteamericana ya está siendo adoptado en Chile⁶⁸. El futuro estatuto del Ministerio fiscal en una reforma judicial integral tendrá que tener en cuenta este extremo, porque será un órgano clave en la administración de justicia penal.

Respecto a las **reformas legislativas procesales penales y civiles** que se incardinan con una reforma judicial, las líneas actuales se inclinan hacia **procedimientos flexibles** que permitan adecuar al operador jurídico al caso concreto, propiciando la celeridad y la immediatez. En esta tendencia de adecuación de los procedimientos al caso concreto, para descongestionar la carga judicial y coadyuvar a la democratización de la justicia, las propuestas modernas van en la línea de potenciar la **conciliación extrajudicial**, para resolver los conflictos menores, como faltas, separaciones matrimoniales consensuadas, pequeños litigios. Estudios realizados en Argentina tras la Ley de conciliación extrajudicial obligatoria han demostrado la magnitud del impacto de la descarga judicial en la justicia civil. No obstante, debe perfeccionarse estos mecanismos alternativos de resolución de los conflictos: debe o no ser obligatoria, qué materias pueden resultar conciliables, la formación de los conciliadores, su vinculación con la administración de justicia común, etc.

Democratización de la justicia y procedimientos flexibles requieren una **organización judicial también flexible**. El ciudadano moderno requiere que sus

⁶⁸ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (ED.): *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la Perspectiva del Sistema Alemán*, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica /GTZ Proyecto Reforma Judicial, Santiago de Chile, 2003.

conflictos se solucionen rápidamente y eso no es posible con organizaciones rígidas que no se adecuen a las demandas concretas. La Propuesta de Reforma Integral de la Justicia de Argentina propone organizaciones mínimas de acuerdo a la materia, con la posibilidad de personal de apoyo de acuerdo a las distintas situaciones.

En una **reforma democratizadora de la Justicia** la organización judicial tiene que tener en cuenta tres instituciones: los jueces de paz o de proximidad, el jurado y la policía judicial.

En el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia PP-PSOE, el potenciar la **Justicia de Proximidad** ha sido uno de los puntos consensuados para agilizar y acercar la Justicia al ciudadano. En Perú, la propia CP (art. 152) contempla los Jueces de Paz por elección popular. Diseñar un cuadro de funciones acorde con sus características, como por ejemplo, vinculándolos a los mecanismos de conciliación, es una tarea pendiente.

La CE (art. 125) contempla la figura del **Jurado** como uno de los mecanismos de participación popular para democratizar la administración de Justicia. El legislador ha optado por un modelo puro frente al escabínado vigente en Alemania. Esta regulación del Jurado no ha escapado a fuertes críticas de los expertos, comprobadas por la realidad práctica. Precisamente en estos días un craso error judicial de condena a 15 años a una mujer descubierto luego de conocerse al verdadero asesino, pone en tela de juicio la regulación del Jurado español. La excesiva publicidad que este tipo de juicios despierta en los medios y en la opinión pública, produce una suerte de contaminación en los miembros del jurado, extraños a experiencias similares. Ahora mismo está en proceso de reforma la Ley del Jurado. Chile, que es uno de los países que posee la regulación procesal penal más moderna no ha optado por el Jurado. La verdad es que no es propia de la tradición latinoamericana y además requiere una formación cultural y democrática que no siempre se da en los pueblos.

La **Policía Judicial** está recogida en España a nivel constitucional (art.126 CE), aunque aún no se ha desarrollado plenamente sus funciones de dependencia real y exclusiva del Poder Judicial. El desarrollo de una Policía Judicial directamente adscrita al Poder Judicial es una tarea de la reforma judicial moderna, especialmente capacitada para colaborar con la administración de justicia y por tanto, formado en los valores democráticos

Por último, aunque no son instituciones del Poder Judicial sí resultan implicadas en la administración de justicia dos instituciones independientes de primer orden en un Estado de Derecho: el Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo.

En España el **Tribunal Constitucional** ha desarrollado una labor de primer orden al establecer los criterios de desarrollo de los derechos constitucionales, con una línea jurisprudencial regida por la promoción de los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1 CE)⁶⁹. En esta función no han faltado conflictos con el

⁶⁹ Cfr. GARZÓN VALDÉS: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, ob. cit., pág. 46 quien destaca el papel jugado por el Tribunal Constitucional en la transición española, al desarrollar “un cuerpo de jurisprudencia que demostró ser esencial para la transformación del razonamiento constitucional y jurídico en general de España”. El mismo autor destaca el rol que jugaron los tribunales

Poder Judicial, especialmente con las competencias del Tribunal Supremo, cuando al revisar sentencias en amparo, el TC ha resuelto sobre asuntos materiales ya juzgados por la jurisdicción ordinaria; pero también, el propio Tribunal Supremo ha pretendido revisar resoluciones del Tribunal Constitucional⁷⁰. Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aspectos más espinosos de una reforma judicial, que tendrá que tener carácter constitucional, es la de diseñar las funciones y los límites de competencia entre el Tribunal Supremo (jurisdicción ordinaria) y el Tribunal Constitucional(jurisdicción ordinaria). De la experiencia española se deduce que la naturaleza jurídica del recurso de amparo y la función de control concentrada de la constitucionalidad por parte del TC están produciendo un incremento exacerbado de decisiones judiciales que están siendo revisadas por el TC vía amparo, así como impugnaciones a normas legales (recursos de inconstitucionalidad) lo cual, en definitiva, puede producir un colapso de la jurisdicción constitucional⁷¹ y una sobredimensionalización de las potestades del TC, en desmedro de las potestades de la jurisdicción ordinaria. Al respecto los especialistas se han pronunciado por una reforma de las leyes procesales para reforzar las posibilidades de autocontrol de la jurisdicción ordinaria y permitir la exigencia de instancias o recursos en la vía ordinaria para reparar las infracciones “in procedendo”⁷², y, por otra parte, por una reforma del recurso de amparo⁷³, especialmente el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que admite el amparo constitucional por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por parte de los tribunales ordinarios. En suma, más capacidad de revisión de las resoluciones judiciales dentro de la propia jurisdicción

constitucionales español y alemán en sus respectivas transiciones políticas, al realizar una interpretación a favor de la promoción de una efectiva igualdad material (pág. 51).

⁷⁰ Especialmente escandaloso ha sido el reciente caso, en el que la Sala Civil del Tribunal Supremo (STS de 23.01.04) condenó a once magistrados del Tribunal Constitucional, entre ellos a su presidente, a indemnizar con 500 euros cada uno a un abogado, por responsabilidad civil (“negligencia profesional grave”), al rechazar una demanda de amparo frente a una resolución del propio tribunal. En Acuerdo de 03.02.04 el Tribunal Constitucional acusa al Tribunal Supremo de invadir su jurisdicción y el 24.02.2004 los jueces del Tribunal Constitucional recuren ante su propio Tribunal para que se les declare “inviolables” frente al Tribunal Supremo. Para que el TC dé un pronunciamiento sobre este tema tendrán que pasar 3 años, tiempo en el cual se podrá renovar a 6 de sus magistrados. Es evidente que este conflicto entre jurisdicciones ha causado estupor entre juristas y especialistas del Derecho, dado que se trata precisamente de los más altos tribunales del Estado español, entre los cuales se está discutiendo quién tiene la última palabra en materia de derechos.

⁷¹ *El País*, 23 de febrero de 2004: “El Constitucional afronta el mayor atasco de su historia con 500 impugnaciones de normas legales”. Se acumulan los recursos a la Ley de Extranjería y al Plan Ibarretxe.

⁷² Este es el parecer de FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: “Veintitrés años de recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59 (2003-2004), *Monográfico sobre “Balance de la constitución en su XXV aniversario”*. De la misma, puede verse también: *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

⁷³ Se inclinan por la decidida reforma del recurso de amparo varios especialistas que entraron en el debate suscitado por la sentencia del TS que condenó a miembros del TC. Cfr. Pablo Saavedra Gallo, Catedrático de Derecho Procesal de Las Palmas de Gran Canarias, en *La Razón*, 3 de marzo de 2004, donde habla de “Crisis del amparo constitucional”. José Eugenio Soriano, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura, “La guerra de los dos tribunales: una propuesta de paz (la necesaria reforma del recurso de amparo), 19 de febrero de 2004, donde afirma: “El recurso de amparo se ha convertido en ocasiones en una “supercasación” en la que los Magistrados del Constitucional han irrumpido en el recinto de la legalidad ordinaria sustituyendo indebidamente el círculo de actuaciones que solamente corresponde al Tribunal Supremo en última instancia”. Este autor propone que se admita el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional únicamente cuando exista voto particular de algún o alguno de los magistrados del Tribunal Supremo. También en el artículo “Una crisis constitucional”, de *El País*, 26 de febrero de 2004, firmado por tres expresidentes del Tribunal Constitucional, demandan un pronunciamiento del legislador orgánico como depositario de la voluntad popular, modificando o ratificando los términos de las funciones del Tribunal Constitucional y, en particular, del amparo.

ordinaria en clave de derechos constitucionales y menos concentración de la tutela de derechos constitucionales en el Tribunal Constitucional.

La regulación de los límites entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional, es un tema pendiente incluso en sociedades consolidadas como la española⁷⁴. Como sostiene Prieto Sanchís, la idea de un Tribunal Constitucional que concentra toda las garantías constitucionales, por un lado consagra la supremacía jurídica de la Constitución (Kelsen), pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representa el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura. El neoconstitucionalismo europeo, que representa el acercamiento de ambas tradiciones, la norteamericana y la europea, se plasma en que al ser la Constitución una norma sustantiva de aplicación directa, no puede reclamarse la supremacía del legislador frente a la función judicial -al más puro estilo liberal-, sino que “asume la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetro de fundamentales de sus decisiones”⁷⁵. De ahí que nada obste a mantener el control paralelo, concentrado y difuso, que establece la Constitución peruana y varias constituciones latinoamericanas⁷⁶. Ahora bien, de todos modos, para coadyuvar a la seguridad jurídica, a mantener el principio de unidad del ordenamiento jurídico, principios fundamentales para hacer efectiva la vigencia de la legalidad, es preciso establecer qué órgano tiene la última palabra, en qué casos, qué recursos tienen los implicados para que se revise tales decisiones, en definitiva, cuándo se produce finalmente la cosa juzgada.

El Defensor del Pueblo no es un órgano propiamente de la justicia. Es el Alto Comisionado del Parlamento para la protección de los derechos ciudadanos por actos de mala administración. En el Derecho español el acceso de los ciudadanos al Defensor del Pueblo posee una serie de ventajas: la publicidad de las investigaciones, la gratuitad del procedimiento, la informalidad del mismo⁷⁷. Así se perfila como un colaborador excelente de la Justicia, tan es así que en el año 1995 se creó el Defensor Europeo del Pueblo para los ciudadanos de la UE por el mal funcionamiento de los instituciones europeas. En una reforma judicial peruana, la selección, funciones y principios de actuación del Defensor del Pueblo deben también regularse minuciosamente.

⁷⁴ Como decían los expresidentes del Tribunal Constitucional en el artículo periodístico citado, “lo que está en juego es el interés último de los derechos fundamentales e incluso la misma garantía de la Constitución, no una disputa por el reparto de poder entre una jurisdicción y otra”.

⁷⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob.cit., págs. 130-131. Prosigue este autor: “Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último”. Cabe advertir que entre los criterios de interpretación existentes el constitucional hoy en día es el de primer orden.

⁷⁶ Como la Constitución colombiana de 1991 donde se mantiene ambos tipos de control de la constitucionalidad. En ese país también la Corte Constitucional ha desarrollado sus funciones de manera sobredimensionada, planteando más de un problema político al gobierno. Como sostiene SÁCHICA, LUIS CARLOS, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Temis, 1993, pág. 1: “.. a partir de 1991, se quiere tratar y definir todo problema jurídico como una cuestión constitucional... Un panconstitucionalismo -¿qué otra palabra para nombrar esta intoxicación constitucional- que convierte a todo juez o funcionario administrativo de cualquier nivel en contralor de constitucionalidad, y a cada ciudadano en promotor natural de la supremacía en integridad de la Constitución...”.

⁷⁷ La labor del Defensor del Pueblo en España ha estado especialmente encaminada a salvaguardar los derechos de los más desfavorecidos, como inmigrantes, presos, consumidores, etc., que no pueden acceder a la administración de justicia ordinaria por falta de recursos o por encontrarse en situación irregular.

4. CONCLUSIONES

Después de un recorrido transversal por los aspectos más relevantes de la reforma judicial pasando por los principios y la estructura de la organización del Poder Judicial, así como sus relaciones con otros órganos del Estado, resulta pertinente rescatar algunas **ideas-fuerza** necesarias para emprender una reforma integral de la Justicia:

1º) Una reforma judicial para que sea eficaz y realista debe ser **integral**, esto es abordar los diversos aspectos de principios constitucionales, regulaciones procedimentales y de organización del Poder Judicial y demás órganos conexos a la Administración de Justicia. Las reformas parciales son simples “parches” que no llevan un verdadero giro en la Justicia.

2º) Las funciones que realiza el Poder Judicial no son sólo de resolución de los conflictos entre particulares, sino que inciden en la propia configuración del Estado, al desempeñar la tarea hacer realidad la vigencia del principio de legalidad material, fundamental del Estado de Derecho. Por eso, es preciso articular reglas y organizaciones que coadyuven a un fino equilibrio entre los poderes del Estado y se produzca un contrapeso entre independencia y responsabilidad judiciales.

3º) Un riesgo de la independencia judicial es la “judicialización de la vida política”: el pretender resolver todos los problemas vía acción de la administración de justicia, o la “constitucionalización” de la vida social, cuando todo problema pretende ser resuelto en clave constitucional por el Tribunal Constitucional. Para no llegar a dichos extremos la sumisión del juez a la Ley y a la Constitución, debe ser una garantía de control del ejercicio de sus funciones. En este ámbito es fundamental establecer los límites de las funciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, a los efectos de no caer en un conflicto de poderes.

4º) La inamovilidad judicial debe contrapesarse con un sistema disciplinario ágil y eficaz por un órgano de gobierno mixto. Los Consejos Generales mixtos e independientes, diseñando funciones de tutela de la imparcialidad judicial, así como funciones disciplinarias, constituyen un paradigma de los Estados europeos, en los que debe pensarse seriamente su composición.

5º) El Poder Judicial no es una isla en un mar, sino es un termómetro de la propia sociedad. Sólo en una sociedad justa puede darse una auténtica justicia, del mismo modo que estructuras sociales injustas no pueden ofrecer los presupuestos que permiten el desarrollo de la justicia. La conflictividad social estructural no puede resolverse por el imperio de la ley, ni por los actos heroicos de algunos jueces. Especialmente importante es la función judicial en sociedades en proceso de transición democrática, que en todos los países ha llevado un tiempo y una serie de factores sociales y políticos, para completar la tarea de pasar de un Estado autoritario a un Estado realmente democrático.

Por último y para finalizar, he de hacerlo recordando que la lucha por el Estado de Derecho (LUCAS VERDÚ) no se agota en el reconocimiento jurídico de las garantías constitucionales, sino que exige una tarea permanente de consolidación de los principios democráticos. La labor del juez en esta tarea es crucial toda vez que es el intérprete privilegiado de las leyes y, el que en definitiva resuelve la conflictividad social de una sociedad. Dotarle de garantías para ejercer sus funciones de manera independiente,

imparcial y con equidad, es una garantía para ir paso a paso consolidando una verdadera democracia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ALEXIS, ROBERT: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: *Justicia / Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, “La sentencia penal”, en AA. VV., *El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado)*, Comares / Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, 1999.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO: “Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 48, 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”, en *Derecho*, Rev. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 46, 1992.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: *El Recurso de Amparo: estado de la cuestión*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA: “Veintitrés años de recurso de amparo”, en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59 (2003-2004), *Monográfico sobre “Balance de la constitución en su XXV aniversario”*.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 45, 2002.
- GUIDDENS, ANTHONY: *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998 (1^a ed. en “Manuales”).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (ED.): *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la Perspectiva del Sistema Alemán*, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica /GTZ Proyecto Reforma Judicial, Santiago de Chile, 2003.
- KAUFMANN, ARTHUR: *Filosofía del Derecho*, trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999 (trad. de la 2^a ed. alemana).

- LARENZ, KARLS: *Metodología de la ciencia del Derecho*, Madrid, Ariel, 1994,
- LUHMANN, NICKLOS: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Pappe y Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, 2^a ed.
- PÁSARA, LUIS: “Siete observaciones sobre el futuro de la reforma del sistema de justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>
- PÁSARA, LUIS: “El conflicto entre medios de comunicación y justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>
- PÁSARA, LUIS: “Como evaluar el estado de la Justicia”, en <http://www.unifr.ch/derechopenal>
- PÉREZ ROYO, JAVIER: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 7^º ed.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL (ED.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- MESSUTI, ANA: “El tercero: una interpretación”, en Messuti / Sampedro Arrubia (Compiladores), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universo, 2001.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Temis, 1993.
- SÁNCHEZ BARRIOS, INMACULADA: *Las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial*, Salamanca, Tesitex, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: “¿Política criminal del legislador, del juez, de la administración penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal español”, en Messuti / Sampedro Arrubia (Compiladores), *La administración de justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universo, 2001

Artículos

La política criminal en el contexto global

Rebeca Elizabeth Contreras López*

Resumen: En este artículo, la autora continúa con las reflexiones que en otros números ha abordado, respecto a la configuración del poder punitivo del Estado en el contexto global. Un contexto que marca nuevas reglas del juego y que conlleva un ámbito sustancial relativo a la seguridad pública. Se refiere sobre todo al papel que el Estado debe jugar en la definición de la política criminal que permita combatir la criminalidad sin menoscabo de la dignidad humana y los valores fundamentales reconocidos por las sociedades democráticas contemporáneas.

Palabras Claves: Política criminal, Derecho penal, Globalización, Seguridad Pública.

Abstract: In this paper, the author continues the reflections approached in previous issues, regarding the configuration of the punitive power of the State in a global context. Such a context defines new rules in the game and, at the same time, comprises a substantial scope relative to Public Security. This paper mainly refers to the role that the State must play in defining criminal policies that allow the combat of criminality without undermining human dignity and the fundamental values recognized in all contemporary democratic societies.

Key words: criminal policies, globalization, public security.

SUMARIO: 1. El contexto global, 2. La política criminal en el escenario global, 3. Los retos de nuestro tiempo. Fuentes.

1. El contexto global

Hablar hoy de globalización significa adentrarnos en un sinnúmero de posibilidades teóricas, ideológicas, económicas, políticas que hacen difícil su manejo conceptual. De manera provisional, debo señalar que parto de que la globalización es un proceso caracterizado por cambios sociales, culturales, políticos, económicos y jurídicos que influyen en lo externo y en lo interno de los Estados nación, pero también de los individuos.

* Investigadora nacional. Profesora de Derecho penal e investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

Aunque el enfoque original ha sido el económico, la globalización no sólo significa interdependencia económica sino también la transformación del tiempo y el espacio cotidianos, a lo cual está estrechamente vinculada la extensión de la tecnología informática y la revolución de las comunicaciones¹.

La globalización surge como un fenómeno eminentemente económico, que presenta las siguientes características: globalización de la economía, incremento del comercio internacional y la gradual eliminación de barreras, incorporación de nuevas tecnologías y movilidad de capitales e inversión².

En una visión reduccionista suele percibirse la globalización como un fenómeno de homogeneización que rebasa los límites económicos y destruye las fronteras conocidas de la comunidad internacional, creando una comunidad mundial³. Pero esta es una visión que tiene innumerables complicaciones, una de ellas es el de la enorme desproporción entre los países del mundo en temas de alimentación, salud y subsistencia, por mencionar algunos; lo cual explica la afirmación de Susan George, en el sentido de que “el término <globalización> es una trampa porque oculta la actual realidad en vez de revelarla y es una fórmula cómoda para referirse a la exclusión *de facto*”⁴.

Provisionalmente, entiendo por globalización, *el proceso complejo que parte de la integración de mercados y de la expansión tecnológica, en el que la regulación política y jurídica se comparte entre actores nacionales y supranacionales, transformándose el tiempo y el espacio de las relaciones sociales, modificando el ejercicio del poder del estado-nación*⁵.

Esto último es lo que me parece debe incidir en el análisis del derecho penal en el escenario global, en el cual el ejercicio del poder del estado (*el ius puniendi*) se transforma; originando disonancias importantes en las categorías del tiempo y el espacio que son, tradicional y constitucionalmente utilizadas. Así, la soberanía también se ve difuminada por las relaciones internas y supranacionales no sólo entre estados, sino entre individuos.

Díaz Müller, ofrece una serie de elementos de identificación de ese nuevo orden mundial, en el cual observa las siguientes tendencias⁶:

- a) En primer lugar, como se ha escrito, por el desplazamiento del equilibrio bipolar Estados Unidos-Unión Soviética a un modelo globalizado, unipolar, y hegemónico: los Estados Unidos;
- b) Segundo: la derrota de los países de la antigua Europa del Este, y su tránsito hacia modelos de economía de mercado;
- c) El resurgimiento de Europa, con los Tratados de Maastricht, la vigencia del euro, y la ampliación a 25 países de la Europa comunitaria: una visión neoliberal del desarrollo, en que los nuevos y antiguos amos de las finanzas

¹ Anthony Giddens, *La Tercera Vía. La Renovación de la Socialdemocracia*, Editorial Taurus México, 2000, p. 43.

² Jorge Witker Velásquez, *Introducción al Derecho Económico*, 5^a Edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2002, p.p. 42, 43.

³ Octavio Ianni, *La Sociedad Global*, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1998.

⁴ Susan George, ¿Globalización de los derechos? En *La globalización de los derechos humanos*, crítica, Barcelona, 2004, p. 24.

⁵ Concepto utilizado en el Proyecto CONACYT “Transformaciones jurídicas en el contexto de la globalización” desarrollado por profesores e investigadores de la Universidad Veracruzana, 2004-2006.

⁶ Luis T. Díaz Müller, “Globalización y derechos humanos: el orden del caos”, p.p. 31 a 45. En Díaz Müller, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México, 2003, p.p. 35, 36.

mundiales adquieren un importante y estratégico papel en la gobernabilidad (*governanza*) de los regímenes democráticos-liberales;

d) La retirada del Estado. En efecto, el Estado pasó a establecer una compleja trama de negociaciones con el mercado y con la democracia;

e) La aparición, con mayor fuerza internacional, de cientos de actores globalizados: el narcotráfico, las migraciones, la seguridad internacional.

Hay que resaltar que, a fin de cuentas, el enfoque sigue siendo la expansión del modelo neoliberal en la economía de mercado y el establecimiento de relaciones de poder entre los líderes económicos y financieros del mundo. Gibney, sostiene que “la globalización tiene implicaciones en las relaciones de poder establecidas entre los estados ricos y los pobres, entre el pueblo y sus gobernantes y entre los grupos minoritarios y las poblaciones mayoritarias”⁷.

Lo que significa que las relaciones no son equitativas entre dichos actores. Por ello, cuando se habla de la vigencia de valores universales, en donde la *humanidad* es afectada por su inobservancia, como en el caso de los crímenes contra la humanidad o el genocidio, la pregunta obligada es ¿Quién es la humanidad? ¿Cómo está constituida? ¿Quién la representa? Algo de lo que me ocupe en el libro acerca de la *Justicia penal supranacional*⁸.

Y es que los problemas no son iguales para todos (y las soluciones tampoco), no hemos logrado construir una “sociedad ética cimentada en los derechos humanos (que) es aquella en la que a todas las personas se les garantiza un modo de vida decente y digno y oportunidades para su realización personal, pero en la que también están garantizadas la libertad de expresión, de asociación política, de culto, etc.”⁹. De ahí que, George sostiene que la globalización es directamente contraria a los derechos humanos, ya que ha aumentado las desigualdades.

George alude a la obra clásica de John Rawls, “Teoría de la justicia” para afirmar la sociedad imaginada debe ser aquella que suponga “el mayor beneficio para los menos favorecidos”. Al respecto hay que apuntar que Rawls parte de la concepción de una sociedad “bien ordenada” en donde la justicia como equidad es una noción pública. “Lo que significa encontrar unos principios defendibles por un conjunto de seres racionales en una situación de *igualdad inicial*”¹⁰. El propio Rawls en su obra “Sobre las libertades” corrige su teoría inicial e insiste en que el esquema de las libertades básicas es viable “en condiciones razonablemente favorables”, “dentro de un marco constitucional operativo” lo cual si ocurre en su país¹¹. Lo que habría que preguntarse es si América Latina comparte esas condiciones razonablemente favorables y ese sustrato *operativo* que presupone Rawls.

⁷ Matthew J. Gibney, “Introducción” en *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004, p. 13.

⁸ Rebeca Elizabeth Contreras López, *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la corte penal internacional)*, Universidad de Xalapa, Xalapa, México, 2004, p. 34 y ss.

⁹ George, ob cit, p. 25.

¹⁰ Victoria Camps en la introducción de John Rawls, *Sobre las libertades*, introducción Victoria Camps, tr. Jorge Vigil, Paidós, Barcelona, 1990, p. 10.

¹¹ John Rawls, ob cit, p. 40.

Pues, en mi opinión, ahí es donde se encuentra la debilidad de traspolar este tipo de concepciones a regiones con mayor inequidad económica y social¹².

Los derechos humanos son herramientas que otorgan poder y seguridad a las personas. Deberían ser operacionalizados en forma tal que significaran estándares mínimos sobre el trato correcto que han de recibir las personas. Pero como esto no es así, es por lo que surgen movimientos de resistencia a la globalización, en este sentido, hay que ser cautos, pues como señala Girardi, “es preciso distinguir netamente, en el proceso de unificación del mundo que se denomina “globalización”, el aspecto tecnológico y el aspecto político y económico. Este proceso es el producto de dos motores: el progreso tecnológico y la unificación de los mercados”¹³. Al referirse al movimiento de oposición al neoliberalismo global, Girardi, afirma que las alternativas de Seattle, como después las de Porto Alegre y Génova, “no cuestiona la unificación del mundo posibilitada por el progreso tecnológico, sino la dominación del capital financiero transnacional sobre este proceso; cuestiona, particularmente, la versión neoliberal de la Ley de la libre competencia, que institucionaliza el derecho del más fuerte”¹⁴.

De ahí que, hablar de posiciones pro y contra globalización resulta cada vez más complicado, lo que no significa desconocer la existencia irreversible del mundo global.

2. La política criminal en el escenario global

Uno de los problemas fundamentales de la sociedad global es el de la seguridad en ámbitos y escenarios diversos como la seguridad nacional, la guerra contra el terrorismo o la bioseguridad. Sin embargo, en México, la política criminal se vuelca en el tema de la seguridad pública que permita a los ciudadanos una convivencia pacífica, armoniosa; pero además, porque se trata de una obligación constitucionalmente establecida, del estado mexicano, en sus tres niveles de gobierno, tal y como lo prevé el artículo 21 constitucional¹⁵.

Pero esta visión simplista que ofrece el texto constitucional, debe hacerse operativa en escenarios complejos, globales y sumamente violentos. En donde tenemos, por un lado, lo que Tenorio Tagle define como la *cuestión criminal* entendida como un fenómeno complejo, polivalente, en donde está presente no sólo las conductas criminales y su organización, sino también las prácticas de los sistemas penales que hacen frente a dichas conductas. Por otro lado (y esto es lo que caracteriza este escenario global), “las nuevas formas de violencia, que han invadido la casi totalidad de los territorios, tórnase

¹² El día 9 de diciembre de 2005 se da la información de que México, después de Brasil, es el segundo país que más pobres tiene en América Latina.

¹³ Giulio Girardi, *¿Otro mundo es posible?* Editorial popular, Madrid, 2004, p. 59.

¹⁴ Idem, p. 60. Giulio Gurardi hace un recuento de los primeros Foros Sociales Mundiales que a partir de enero de 2001 (Porto Alegre) se celebran paralelamente al Foro Económico Mundial y que han sido objeto de múltiples represiones; aunque también, en ocasiones, se han manifestado en forma tan violenta que los propios actores del movimiento de resistencia llegan a repudiar.

¹⁵ La parte relativa del artículo 21 constitucional, establece: “La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. / La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública”.

decididamente extraviadas al carecer de referentes éticos y guiarse estrictamente en términos racionales, esto es, para los únicos fines de la acumulación del capital”¹⁶.

Es aquí donde la política criminal tiene un papel fundamental ya que se refiere a los planes, programas, estrategias que el Estado debe implantar para luchar contra la criminalidad y fortalecer la seguridad pública. De lo que se trata es de que la acción estatal sea integral, racional y eficaz en forma tal que los estados de derecho y los organismos internacionales no lleven el estigma de actuar arbitrariamente o sin garantías ante los responsables de la comisión de delitos, por más graves que estos sean¹⁷.

Ante la complejidad, sin duda, la investigación disciplinar no es suficiente, es necesario observar estos fenómenos con lentes diversos que presuponen, por lo menos, visiones multidisciplinares y, sobre todo, transdisciplinares¹⁸.

En este sentido, es imprescindible contar con diagnósticos confiables sobre la criminalidad que permitan plantear alternativas de política criminal, entre las que resultan sustanciales los mecanismos de inteligencia y cooperación internacional. Con instancias de investigación como la INTERPOL y las agencias de colaboración e intercambio de información¹⁹. Porque el mundo global es uno sólo, el reto seguirá siendo establecer reglas claras que garanticen la igualdad y el respeto a los derechos humanos y no convertir estas investigaciones criminales en “guerras” que dejan sin defensa a los involucrados, como el caso de terroristas o narcotraficantes que son declarados, sin juicio ni garantías, como “enemigos” de la civilización occidental²⁰.

En este escenario, es indispensable repensar a la política criminal como la expresión de un plan estratégico que articule alternativas en contra de la criminalidad, que incluya visiones y opiniones diversas, que permitan elaborar y reelaborar los enfoques y programas de prevención y lucha contra el crimen organizado. De ahí la importancia de una obra como

¹⁶ Fernando Tenorio Tagle, “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal” en *Globalización e internacionalización del Derecho penal (implicaciones político-criminales y dogmáticas)*, Cepolcrim, México, p. 35.

¹⁷ Respecto al concepto de política criminal existe amplias discusiones por un lado estaría la posición oficial, por otro una visión moderadamente crítica que sobre las instituciones establecidas trata de explicar sus finalidades (Cfr. Moisés Moreno Hernández, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, *ius poenale*, México, 1999) y, por otro, la perspectiva abiertamente crítica que pone de manifiesto el ocultamiento de los abusos del poder a través de las instituciones estatales (Cfr. Tenorio Tagle, ob cit y la corriente latinoamericana en Augusto Sánchez Sandoval (coord), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas trascnacionales de seguridad*, memoria del segundo congreso internacional de Política criminal, octubre 2003, UNAM, posgrado Derecho, México, 319 p.)

¹⁸ Dado un objeto de estudio: la criminalidad. La visión disciplinar se vale de una sola disciplina para explicarlo. La multidisciplina acude a diversas visiones científicas pero cada una va estableciendo sus propias explicaciones que, en ocasiones, llegan a ser contradictorias. En tanto que, la transdisciplina con la participación de disciplinas diversas busca reelaborar un solo objeto de conocimiento en el que se involucren esas diferentes perspectivas, con métodos propios, que conjugan las experiencias metodológicas de esas varias disciplinas.

¹⁹ Al solicitar información estadística sobre crimen organizado a la INTERPOL se nos informó que las estadísticas se habían retirado de la página web en virtud de que algunos medios de comunicación realizaban comparaciones entre países que no eran confiables, ya que no tomaban en consideración los distintos métodos en la recolección de la información (20 noviembre 2005).

²⁰ En donde es pertinente el análisis del Derecho penal del ‘enemigo’, del cual me ocupé en el número 8 de Letras Jurídicas.

la que coordina Pedro José Peñaloza (2005) titulada *Seguridad Pública*, en donde se da cabida a innumerables opiniones, de sectores diversos, que tienen mucho que decir sobre estos temas pero que no es más que un acercamiento al problema²¹.

Otro enfoque, por demás interesante, es el que se genera en América Latina a raíz de la conformación de la Red internacional de política criminal alternativa que con un enfoque eminentemente crítico toma de referencia estudios sociales para reconocer los problemas de seguridad que aquejan a las sociedades latinoamericanas²².

3. Los retos de nuestro tiempo

Recordemos que el derecho presenta dimensiones diferentes, no es sólo un conjunto de leyes formalmente establecidas es, sobre todo, cultura, ideología, consenso, respeto. En este sentido, teóricos del Derecho como Faria, aluden a sus diferentes dimensiones señalando que se trata de un “sistema diferenciado de normas, instituciones y valores” que juegan un papel privilegiado como instrumento de organización social. Este sistema lo enfoca en tres dimensiones: “una *estructural* (a la que pertenecen las instituciones legislativas y judiciales), otra de carácter *sustantivo material* (a la que corresponden los códigos y leyes en vigor) y una tercera de naturaleza *cultural* (que traduce las actitudes, hábitos, orientaciones, valores y opiniones que hacen del ordenamiento jurídico una unidad y determinan el lugar de sus normas y de sus aparatos burocráticos en la sociedad)”²³.

Los retos del derecho ante la globalización son extraordinarios pero lo son aún más los de la política criminal, ya que la disminución del poder estatal y del ejercicio de la soberanía nos presenta estados débiles que difícilmente pueden enfrentar la criminalidad organizada política y económicamente poderosa. Ya que, la globalización conlleva “la erosión progresiva de la capacidad estatal del ejercicio de la fuerza, la cualidad fundamental que definía el contenido de la soberanía de la acción política estatal, lo que transforma la visión moderna de la política, la violencia y los métodos de resolución de los conflictos”²⁴. El riesgo latente es el que estamos viviendo, la delegación de la obligación estatal de lograr la seguridad de los ciudadanos en organismos privados, en ocasiones extranjeros que no participan de los controles constitucionales de respeto a las garantías y los derechos humanos.

Ante este escenario, Ulrich Beck opina que “Ningún camino puede saltarse la redefinición de la política estatal”. Pero para ello, es necesario que los “Estados consiguen igualar la movilidad del capital y redefinir y reorganizar sus posiciones de poder y sus jugadas (con lo que) podrá frenarse internacionalmente el desmoronamiento del poder y la autoridad del Estado e incluso darle la vuelta”²⁵. Y ello si es que aceptamos que el Estado-nación sigue siendo indispensable.

²¹ Pedro José Peñaloza (coord), *Seguridad Pública (voices diversas en un enfoque multidisciplinario)*, Porrúa, México, 2005, 842 p.

²² Sánchez Sandoval, ob cit, 319 p.

²³ José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, tr. Carlos Lema, editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 45.

²⁴ J.P. Córdoba Elías, “Reflexiones sobre la globalización y el estado-nación contemporáneo”, p.p. 17 a 30. En Díaz Müller, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México, 2003, p. 27.

²⁵ Ulrich Beck, *Poder y Contrapoder en la Era Global (la nueva economía política mundial)*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 32 y 34.

En el mundo global las coordenadas espacio-temporales se reordenan y las reglas del juego cambian de una forma inequitativa, con poder y dominación, ello implica que la legitimidad de los estados, en su versión moderna, se cuestiona permanentemente, tanto en escenarios nacionales como internacionales.

Existe aquí otro reto fundamental para la política criminal. La percepción de seguridad es más simbólica que real, ya que la misma no está ligada a la objetividad de los peligros. Más bien se trata de símbolos globales que se instalan en la mente y el corazón de la gente. Surgen así las *guerras preventivas*, la *guerra contra el terrorismo* o el programa *cero tolerancia*, que vulneran los más elementales principios de la dignidad humana, pese a lo cual cuentan con una gran aceptación pública.

Aparecen así cuestionamientos como los que señala Ana María Salazar, al referirse a la amenaza sentida después del 11 de septiembre cuando se proclama esa guerra contra el terrorismo, que incluso justifica como una postura necesaria del gobierno de Estados Unidos, pero se pregunta “en México y América Latina, ¿cuáles son las verdaderas amenazas que enfrenta el Estado? Y ¿cómo deben enfrentar los países democráticos este problema?”²⁶.

En materia penal aparece la necesidad de la prevención, con la tutela anticipada de bienes jurídicos que lleva a la tipificación de los delitos de peligro, cuya problemática no es tema de estas reflexiones pero de los que, en otro momento, valdría la pena ocuparse. El reto es resolver el sentimiento de inseguridad con medidas coherentes a la protección de la dignidad humana y el respeto a las garantías establecidas constitucionalmente, en este sentido la participación ciudadana informada y razonada, es sustancial.

El tercer reto, de un sinnúmero de ellos, es al que Susan George alude como la cuestión ética que hay que abordar relativa a qué obligaciones tienen aquellos a los que beneficia la globalización frente a los millones que se han quedado atrás. La pregunta sobre ¿qué les debemos a los demás? Sigue siendo vigente, porque no es caridad lo que se necesita, ya que “es justo decir que la caridad para con los perdedores del sistema jamás logrará que se les incluya en el sistema social y económico mismo. No es cuestión de practicar la caridad con los excluidos, sino de defender y crear una sociedad incluyente, donde las personas tengan derechos, incluido el de pertenecer a ella...”²⁷, como señala el artículo 25 de la declaración universal de los derechos humanos.

El sistema penal, y la política criminal instituida, son selectivos, ello implica que sus destinatarios son los marginales, los excluidos esto es aún más complejo cuando enfrentamos a la criminalidad organizada que se vale de esos marginales para realizar sus operaciones pero que en la cúpula tienen dirigentes poderosos, tanto en el plano político como económico. Por un lado, debemos evitar la corrupción e impunidad de los jefes y de sus protectores pero, por otro, debemos reconocer que la miseria y el desempleo son, entre otros, factores determinantes para la participación de los *peones*, *de los obreros* de la gran criminalidad que hoy aqueja a las sociedades contemporáneas.

En suma, la globalización con la criminalidad organizada y transnacional que le es inherente, plantea entre otros, los siguientes retos fundamentales para la política criminal:

²⁶ SALAZAR, Ana María. *Seguridad Nacional Hoy (el reto de las democracias)*, Nuevo siglo Aguilar, México, 2002, p. 183.

²⁷ George, ob cit, p. 31.

- Definir claramente los paradigmas que rigen la configuración y operación de las políticas públicas en materia de seguridad.
- Lograr la seguridad pública y enfrentar la criminalidad sin menoscabo de los derechos humanos y las garantías constitucionales a que todo individuo es acreedor.
- Lograr la legitimación de las opciones adoptadas en temas de seguridad, a partir de la información y la discusión razonada con los ciudadanos. Aquí está presente la necesidad de la rendición de cuentas.
- Es urgente abordar la cuestión ética del papel del Estado (y de los organismos y empresas transnacionales) en el nuevo orden mundial reconociendo las posibles alternativas al modelo económico neoliberal, pero rescatando asimismo el compromiso ético de solidaridad que debería ser inherente a todo ser humano.

Bibliografía

- BECK, Ulrich. *Poder y Contrapoder en la Era Global (la nueva economía política mundial)*, tr. R.S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth. *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la corte penal internacional)*, Universidad de Xalapa, Xalapa, México, 2004, 302 p.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth. ¿Existe un derecho penal del enemigo? *Letras Jurídicas*, Revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, año 4, número 8, julio-diciembre 2003, p.p. 167 a 181.
- CÓRDOBA ELÍAS, J.P., “Reflexiones sobre la globalización y el estado-nación contemporáneo”, en Díaz Müller, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México, 2003.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T. “Globalización y derechos humanos: el orden del caos”, en Díaz Müller, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México, 2003.
- FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, tr. Carlos Lema, editorial Trotta, Madrid, 2001.
- GEORGE, Susan. ¿*Globalización de los derechos?* En *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004.
- GIBNEY, Matthew J. “Introducción” en *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004.
- GIDDENS, Anthony. *La Tercera Vía La Renovación de la Socialdemocracia*, Editorial Taurus México, 2000, 198 p.
- GIRARDI, Giulio. *¿Otro mundo es posible?* Editorial popular, Madrid, 2004, 190 p.
- IANNI Octavio. *La Sociedad Global*, Editorial Argentina, Buenos Aires, 1998, 131 p.
- IANNI Octavio. *Teorías de la Globalización*, tr. Isabel Vericat, Editorial siglo XXI, 6^a edición, México, 2004, 184 p.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, México, 1999.

PEÑALOZA, Pedro José. *Seguridad Pública (voces diversas en un enfoque multidisciplinario)*, Porrúa, México, 2005, 842 p.

RAWLS, John. *Sobre las libertades*, introducción Victoria Camps, tr. Jorge Vigil, Paidós, Barcelona, 1990.

SALAZAR, Ana María. *Seguridad Nacional Hoy (el reto de las democracias)*, prólogo César Gaviria, Nuevo siglo Aguilar, México, 2002.

SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto. *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de Seguridad*, UNAM posgrado Derecho, México, 2003, 319 p.

TENORIO TAGLE, Fernando. “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal” en *Globalización e internacionalización del Derecho penal (implicaciones político-criminales y dogmáticas)*, Cepolcrim, México, 2003.

WITKER, Velásquez, Jorge, *Introducción Al Derecho Económico*, 5^a Edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 2002, 548 p.

Algunas reglas sobre la investigación de la delincuencia organizada

Miriam Elsa Contreras López *

RESUMEN: En el texto de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se incluyen disposiciones relativas a la investigación de la delincuencia organizada, tales como la infiltración de agentes, el arraigo, la reserva de la averiguación previa, la intervención de las comunicaciones privadas y la recompensa, entre otros. Sin embargo, aunque encubiertas en un marco de legalidad, estas medidas implican, muchas de las veces, vulneración de garantías y sanciones previas a una condena, ya que basta con indicios que hagan presumir que una persona es miembro de la delincuencia organizada, para solicitar y autorizar estos actos que afectan los derechos del individuo. Por más que esta reglamentación y la actuación, muchas veces arbitraria de la autoridad, pretendan responder a la gravedad de la delincuencia organizada y a la incapacidad para hacerle frente, la respuesta no debe buscarse en estos mecanismos autoritarios, sino en medidas preventivas y de concientización.

Palabras claves: Infiltración de agentes. Arraigo. Reserva de la averiguación previa. Intervención de las comunicaciones privadas. Recompensa.

ABSTRACT: In the Federal Law against the Organized Delinquency, dispositions relative to investigation of the organized delinquency are include, such as the infiltration of agents, the root, the reserve of the previous inquiry, the intervention of the private communications and it compensates it, among others. Nevertheless, although concealed in a legality frame, these measures they imply, many of the times, previous wounding of guarantees and sanctions to a sentence, since it is enough with indications that make be conceited that a person is member of the organized delinquency, to ask for and to authorize these acts that affect the rights of the individual. Such as more that this regulation and the performance, often arbitrary of the authority, try to respond to the gravity of the organized delinquency and to the incapacity to do to it in front, the answer doesn't have to look for in these authoritarian mechanisms, but in preventive measures and of consciousness.

Key words: Infiltration of agents. Root. Reserve of the previous inquiry. Intervention of the private communications. Compensates.

* Doctora en Derecho Público. Académica de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Investigadora Nacional en el Sistema Nacional de Investigadores.

SUMARIO: Introducción. 1. Algunas medidas para la investigación de la delincuencia organizada. 2. Vulneración de garantías ¿justificada? Reflexión final. Bibliografía.

Introducción

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Noviembre de 1996, contiene reglas importantes pero delicadas en cuanto a la investigación y a la esfera de garantías de los gobernados. Son ya nueve años de vigencia de esta ley y sin embargo, no se advierten adecuaciones importantes en temas como la infiltración de agentes, el arraigo, la reserva de la averiguación previa, la intervención de las comunicaciones privadas o la recompensa, por mencionar algunos de los aspectos que involucran al Poder Judicial Federal, a la Procuraduría General de la República y la correspondiente Subprocuraduría de Investigación Especializada en Delincuencia Organizada y las Unidades Especializadas dependientes de la misma.

La intención de estas líneas es señalar brevemente la reglamentación respecto a estas figuras y reflexionar en qué forma afecta o puede afectar el respeto a las garantías constitucionales que todo gobernado debe esperar en un régimen de derecho.

1. Algunas medidas para la investigación de la delincuencia organizada

La LFDO contiene disposiciones relativas a medidas para la investigación de la delincuencia organizada que por estar contenidas dentro de la ley, cumplen con el requisito de la legalidad; sin embargo, son discutibles en cuanto a su apego a las normas constitucionales porque se advierten, algunas de ellas, como verdaderas sanciones cuando en realidad, sólo son mecanismos de investigación.

En cuanto a la infiltración de agentes, el artículo 11 de la LFDO señala que “en las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la *infiltración de agentes*”. Sin embargo, esta disposición parece expresa a la ligera, ya que no establece los requisitos, concepto y funciones que deben realizar dichos *agentes*. Y aún más, el mismo numeral menciona que “se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos”. Además, no se indica la forma en la cual se considerará la conducta de dichos agentes, ya que es lógico que si se infiltran en una organización criminal, cometan igualmente delitos y participan en las actividades de estas agrupaciones, aunque sea con el propósito de investigar; por ello, aunque puedan aplicarse las reglas generales sobre las causas de justificación, inclusive para mejor protección de dichos agentes, deberían precisarse estos aspectos, al igual que los límites para éstos, pues no se justificaría que un agente infiltrado cause mayores perjuicios que los beneficios que con su labor de investigación pueda lograr. Por otra parte, como señala Marta Gómez,

Si bien es cierto, que la obtención de información de relevancia punible viene motivada por el establecimiento de una falsa relación de confianza, posibilitada por la circunstancia de ocultar la verdadera condición y utilizar una ficticia identidad, no lo es menos, que la sola adopción de la

medida del agente encubierto, debido al engaño facilitado por el aparato estatal, resulta lesiva de derechos fundamentales, a saber, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad en sentido amplio y, en su caso, el derecho a la intimidad en sentido estricto.¹

Por su parte, el artículo 12 de la LFDO que se refiere a la detención y retención de indiciados, implica privación de libertad sin resolución, pues indica que el juez, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, puede dictar *el arraigo del inculpado* en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus Auxiliares y que podrá prolongarse por el *tiempo estrictamente indispensable* para integrar la averiguación, sin que pueda ser mayor a noventa días. Esta disposición implica una privación de libertad no sustentada en una resolución, a pesar de que en este mismo precepto se establezca como objeto de la misma que “el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo del arraigo”. Sin embargo, no se especifica la forma en que el *afectado* participará en la aclaración de los hechos, máxime cuando se encuentra privado de su libertad.

Respecto al arraigo, el artículo 133-bis del Código Federal de Procedimientos Penales² se refiere a que la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público puede decretar el arraigo *domiciliario* o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona contra la cual se prepara el ejercicio de la acción penal, pero debe existir el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia ; que es el Ministerio Público quien vigilará el cumplimiento del mandato judicial; que el arraigo no puede exceder de treinta días naturales y de sesenta días la prohibición a que alude este numeral. En cuanto a esta medida, afirma Díaz de León que el arraigo es

una medida precautoria de carácter personal que tiene como fin, según su naturaleza procesal, ubicar al indiciado-de intervenir en un delito-en su domicilio, normalmente en la casa o sitio donde vive, con objeto sólo de tenerlo localizable en este lugar a disposición del Ministerio Público respecto de la averiguación previa correspondiente, y no para incomunicarlo, esconderlo o privarlo de su libertad, en otro lugar distinto al domicilio...³

No obstante lo anterior y si bien es cierto que la LFDO no señala que el arraigo deba ser *domiciliario*, es indudable que aún mayor afectación resiente el inculpado cuando dicha medida se ejecuta en cualquier lugar que el Ministerio Público de la Federación solicite, tal es el caso de las *casas de seguridad* o de los hoteles que se utilizan para estos casos y a pesar de las contradictorias tesis de jurisprudencia que disienten sobre si el arraigo afecta la libertad personal o sólo la libertad de tránsito, e inclusive la reciente noticia en cuanto a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró inconstitucional la figura del arraigo, aunque en realidad esta situación no es tajante, sino que se refiere al contexto de las

¹ Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*, Ed. COLEX, Madrid, 2004, p.134.

² Este precepto no se aplica para el caso de la delincuencia organizada porque la LFDO contiene una regla específica al respecto; sin embargo, se cita como referente para comentar algunos aspectos importantes como la precisión o no del lugar donde debe ejecutarse esa medida.

³ Marco Antonio Díaz de León, *Código Federal de Procedimientos Penales (Comentado)*, 7^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2003, p. 194

reformas al artículo 122 bis del Código Penal de Chihuahua, relativas a la aplicación de esta medida precautoria durante treinta días⁴. En mi opinión, es una clara vulneración a la libertad personal del individuo, ya que es similar a estar en prisión, sólo que es una prisión *individual*, por así decirlo y donde por este mismo motivo, el sujeto se encuentra aún más indefenso que en una institución carcelaria, lo cual no se justifica porque ni siquiera se ha ejercitado acción penal en su contra o se le ha detenido en flagrancia, sino que se le priva de su libertad (arraiga) mientras se integra la averiguación previa. No sustenta esta afectación el hecho de que el artículo 194 II considere como grave el delito señalado en el artículo 2 de la LFDO, pues como quiera que sea, se trata de una medida para la investigación y no una sanción. Ocurren casos como el del arquitecto Joaquín Romero Aparicio que comenta Raúl Carrancá y Rivas⁵, quien dice que este caso “es una vergüenza para el Estado de Derecho en México y para la procuración de Justicia, tan maltrecha de un tiempo a esta parte. Lo increíble, lo aberrante, es que por parecerse al llamado líder del cartel de Ciudad Juárez fuera sometido a una inicua detención de tres días, ABSOLUTAMENTE INCONSTITUCIONAL...” y que aparte de esos tres días se le impuso un arraigo de cinco días, por lo que estuvo ocho días privado de su libertad. Efectivamente, por más que la ley, en este caso la LFDO ponga a disposición de la autoridad mecanismos como el arraigo, la solución nunca será a través del remedio o la represión, sino de la prevención y en este caso, cuestiones como el combate a la corrupción, la efectiva colaboración entre las autoridades y entre los países afectados por la delincuencia, etcétera, son elementos que pueden propiciar mejores resultados que la rígida aplicación de la ley a casos particulares e inclusive la vulneración de los derechos subjetivos públicos de los gobernados.

Los artículos 13 y 14 de la LFDO aluden a la reserva de las actuaciones en la averiguación previa, en el sentido de que a dichas actuaciones sólo deben tener acceso el indiciado y su defensor, *únicamente con relación a los hechos imputados en su contra* y que por ello, el Ministerio Público y sus auxiliares deben guardar reserva de las actuaciones y dice este precepto que esto es “sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas” (art. 13). Esta disposición indudablemente limita el derecho de defensa, puesto que se restringe la información que integra la averiguación previa y la defensa sólo puede conocer hechos imputados, pero no el sustento de los mismos; lo anterior, sin perjuicio de que el último párrafo señala que “No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al Ministerio Público de la Federación, se le haya negado”; sin embargo, cabe anotar que si el indiciado desconoce esas actuaciones, cómo va a hacer valer su derecho o a solicitarlas, lo cual hace nugatoria la garantía contenida en la fracción VII del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que indica como garantía del inculpado en todo proceso de orden penal que “Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso”; además de la señalada en la fracción II del mismo numeral cuando establece “Queda prohibida y será sancionada por la ley

⁴ <http://www.imagen.com.mx/nota.php?id=9060>. Consulta 1 de enero de 2006

⁵ Raúl Carrancá y Rivas, “El agua del molino. Para la PGR ¿es delito que uno se parezca a otro?, *Diario de Xalapa, Xalapa*, Veracruz, Jueves 14 de Julio de 2005, Sección Opinión, p. 5/B

penal, toda incomunicación, intimidación o tortura". Si pudiera discutirse si el arraigo cumple con todas estas características, que me parece que sí lo hace, nadie puede dudar que, al menos, es un medio de intimidación contra quien lo padece.

Del artículo 15 al 27, la LFDO se refiere a las órdenes de cateo y de intervención de comunicaciones privadas y en relación a esta última, puede ser solicitada por el Procurador General de la República o el titular de la Unidad Especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, cuando lo consideren necesario y dicha solicitud la dirigirán al Juez de Distrito, a quien señalarán el objeto y la necesidad de la intervención, los indicios por los cuales se presume la participación de un miembro de la delincuencia organizada en los delitos que se investiguen, así como aquello que se pretenda probar, es decir: hechos, circunstancias, datos y elementos; asimismo, indicarán la persona o personas que serán investigadas, el lugar donde se realizará, la comunicación que será intervenida y el procedimiento y equipo para hacerlo, así como su duración; indica el tipo de comunicaciones que pueden ser intervenidas y que son todas aquellas que permitan la comunicación entre uno o más emisores y receptores; El Juez debe resolver dicha solicitud dentro de las 12 horas siguientes a que la reciba. Se advierte que esta intromisión en las comunicaciones privadas se basa sólo en indicios, sin dar ninguna posibilidad de defensa a los afectados (arts. 16 y 17 LFDO).

De esta disposición se excluyen algunas materias como la electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativa, y las comunicaciones del detenido con su defensor. Además, el artículo 18 de la LFDO establece la obligación del juez de distrito de constatar la existencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que la persona investigada es miembro de la delincuencia organizada para así conceder o negar la solicitud de intervención de comunicaciones privadas; además, el juez determinará las características, modalidades y límites de la intervención, la cual sólo puede llevar a cabo el Ministerio Público de la Federación, con base en los lineamientos específicos de lugar, duración y forma de efectuarla, sin que pueda exceder de seis meses; asimismo, el juez de distrito está facultado para verificar el cumplimiento de la autorización que haya expedido; y por su parte, el Ministerio Público debe informar al juez, a través de un acta, el desarrollo y resultados de las intervenciones, las que no tendrán ningún valor si no son previamente autorizadas.

Resulta indudable que la intervención de comunicaciones privadas puede proporcionar importantes elementos a la investigación de los delitos; sin embargo, también es verdad que intervenir un medio de comunicación puede no sólo afectar al investigado, sino también a otras personas, como pueden ser sus familiares, clientes, amistades o cualquier persona que utilice ese medio de comunicación y que no sea el sujeto en contra de quien se autorizó la intervención, lo que afecta sus garantías individuales. Además, en México, existe la duda de ¿con cuánta independencia actúan las autoridades ministeriales y judiciales para imponer estas medidas?

La obligación del juez de distrito de constatar la existencia de indicios suficientes para presumir que la persona forma parte de la delincuencia organizada, implica que dichos indicios deben referirse a la acción nuclear del tipo de delincuencia organizada y que según la Tesis aislada denominada *DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD*.

*DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS*⁶, consiste en “el simple hecho de organizarse o, en su caso, acordar hacerlo, es decir, la conducta consciente y voluntaria (dolosa) de pertenencia al grupo de tres o más personas que participen del fin de cometer determinada clase de delitos (entendidos en abstracto y con independencia de que se llegaren a manifestar o no)...” Si de por sí el tipo penal implica elementos subjetivos, los indicios que al respecto pueda tener a la vista el juez de distrito, para presumir lo que se indica, difícilmente garantizan la esfera de derechos del gobernado para sufrir, obviamente sin notificación previa, la afectación a sus comunicaciones privadas, máxime que debe tomarse en cuenta que lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada “no sanciona el hecho o acto de pensar, sino el acto a través del cual se materializa ese pensamiento que se traduce en el acuerdo de tres o más personas para organizarse o la organización en sí para cometer los delitos que el propio artículo 2º refiere, en forma permanente o reiterada”.⁷ Sin embargo, exigiendo sólo indicios para presumir aspectos subjetivos, se cae en el riesgo de sancionar, pues de hecho la intervención de comunicaciones privadas resulta una sanción, antes de juzgar.

Del artículo 19 al 23 de la LFDO, se contienen reglas para la realización de las intervenciones, entre ellas los plazos y prórrogas que pueden ser solicitadas; la posibilidad de que el Ministerio Público, en caso de omisión del juez de distrito, acuda al Tribunal Unitario para que resuelva su petición y en caso de negativa, la procedencia de la apelación. Asimismo, la facultad del Ministerio Público para ordenar la transcripción de las grabaciones que considere importantes para la investigación, cotejándolas en presencia de personal de la unidad especializada; o la impresión de imágenes que deriven de los videos que sean filmados (artículo 20 LFDO). Por otra parte, si de la intervención resulten datos que impliquen la comisión de delitos diversos, se deben hacer constar en el acta que al efecto sea levantada, salvo que se refiera a materias excluidas de intervención; si es necesario ampliar la intervención a otros sujetos y lugares, debe hacerse la solicitud relativa y, si resultan hechos y datos distintos de los que se pretende probar, podrán utilizarse como prueba si se refieren al sujeto que se investiga y a alguno de los delitos previstos por la ley que se comenta; ya que si corresponden a persona distinta sólo pueden utilizarse en el procedimiento donde se autorizó la intervención o, en su caso, el Ministerio Público lo hará del conocimiento de las autoridades competentes (artículo 21 LFDO).

En relación a lo preceptuado, debe advertirse que se establece la posibilidad de que datos distintos a los que se investigan, sean utilizados en contra de las personas a quienes esa información involucre, aunque no se trate del sujeto investigado, e incluso, que se inicien nuevas averiguaciones previas con base en esos datos, en contra de terceras personas que, en realidad, sin autorización, fueron afectadas con la intervención y en este caso, debería

⁶ DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS. Tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, 9ª. Época, Materia Penal, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Octubre 2003, p. 989.

⁷ DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 2º., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis aislada, Pleno de la Corte, 9ª. Época, Materia Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Junio 2002, p. 6.

aplicarse la regla de que no deben utilizarse datos obtenidos de las intervenciones no autorizadas conforme a las disposiciones legales.

El artículo 22 de la LFDO impone la obligación al Ministerio Público, de levantar acta circunstanciada donde se hagan constar todos los datos de identificación, desarrollo y resultados de la intervención, a la que deberá adjuntar el material que se haya obtenido en esta forma, el cual será resguardado por el Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad. El material respectivo debe entregarse al juez de distrito al iniciarse el proceso y esta autoridad las podrá a disposición del inculpado para analizarlas en un período de diez días, bajo la supervisión de la autoridad judicial federal; transcurrido ese término, el inculpado o su defensor formularán sus observaciones y pueden solicitar la destrucción del material no relevante para la investigación, o la transcripción de grabaciones e impresión de imágenes que considere importantes para la defensa; también procede la destrucción cuando el material provenga de intervenciones no autorizadas o que hayan incumplido los términos de la autorización; la resolución que autorice dicha destrucción, es apelable con efecto suspensivo (artículo 23 LFDO). Inclusive, se prevé que la destrucción del material se realice en el caso de no ejercicio de la acción penal que no haya sido impugnado, o por reserva de la averiguación previa cuando el plazo para la prescripción de la acción penal haya transcurrido (artículo 24 LFDO).

Cuando el Ministerio Público de la Federación haya ordenado la detención de una persona, puede solicitar la intervención de comunicaciones privadas (artículo 25 LFDO). Por su parte, los titulares de los medios o sistemas que pueden ser intervenidos, deben colaborar con las autoridades para que se pueda llevar a cabo la intervención, siempre que esté previamente autorizada (artículo 26 LFDO).

La LFDO establece la *recompensa* (artículo 37 LFDO), la cual puede ser ofrecida por *la autoridad*, sin decir a qué autoridad se refiere y que en todo caso debería ser el Ministerio Público de la Federación, en los términos y condiciones que determine el Procurador General de la República, a quienes auxilien eficientemente para la localización y aprehensión de un miembro de la delincuencia organizada. En este precepto se reconoce, aunque sea indirectamente, la incapacidad de la autoridad para ejecutar las órdenes de aprehensión en algunos casos; además, obviamente que se afecta el presupuesto para otorgar una recompensa monetaria a una persona por cumplir una obligación, ya que es de explorado derecho que toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito persegurable de oficio, debe ponerlo en conocimiento de la autoridad, pues en caso contrario puede incurrir en una conducta de encubrimiento. Sin embargo, ahora resulta que se puede ofrecer recompensa y además, aunque se supone que las órdenes de aprehensión deben mantenerse en reserva, es decir, no dar información al respecto, para ofrecer una recompensa indudablemente que se publicita la orden de captura y se pone sobre aviso, a quien se pretende detener, de que está siendo perseguido, no sólo por la autoridad sino inclusive por quienes pretendan obtener ese beneficio económico. Además, desde la perspectiva del *perseguido*, es indudable que se le estigmatiza, se le señala como integrante de la delincuencia organizada antes de ser, ya no sólo sentenciado, sino incluso procesado y se le pone en estado de indefensión frente a los particulares que buscando un beneficio económico, pueden afectar la intimidad, la tranquilidad, las comunicaciones privadas, las posesiones, la salud e incluso la vida de estas personas. Esto no significa que no se deba

propiciar la participación ciudadana, aunque aquí nuevamente, no son estos los mejores mecanismos para lograrlo.

2. Vulneración de garantías ¿justificada?

Las anteriores son sólo algunas de las medidas que afectan las garantías de los gobernados que se presume que forman parte de la delincuencia organizada y que parece que ante el temor generalizado de la población ante las gravísimas conductas criminales, todos o casi todos justifican que se aplique todo el peso, ya no sólo de la ley, sino de la fuerza, en contra de individuos que pueden o no estar involucrados en estos actos. Tal es el caso de la opinión vertida por el visitador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos Mauricio Farah Gebara, en entrevista con *La Jornada*⁸ señaló, entre otras cosas que

En situaciones como las que hoy se viven, de *ejecuciones* y ajusticiamientos en la vía pública por el crimen organizado y de incremento de la violencia, se justifica la participación del Ejército en tareas de seguridad, pero de manera temporal. Los militares no pueden ni deben perpetuarse en esas actividades” y que “El hecho de que los militares hayan sido llamados a apoyar las tareas de seguridad pública es un botón de muestra de que en algunas ciudades del país es tal la descomposición y la corrupción de las corporaciones policíacas que los gobernantes han solicitado que se les apoye con el Ejército, al verse rebasados por el crimen organizado.

Esto, a pesar de que sustenta esa intervención en el hecho de que sea previamente solicitada por el gobierno de los estados y que los militares estarán bajo la dirección de autoridades civiles y sólo actuarán en auxilio de dichas autoridades; implica que el sentimiento de inseguridad e impotencia de las autoridades frente al crimen organizado, e inclusive la corrupción y participación de las autoridades en esas agrupaciones, hace que se pase por alto el respeto a las garantías de los gobernados como principio rector del estado de derecho, pues si aún al peor criminal se le deben respetar sus derechos, más aún a quien ni siquiera ha sido juzgado, por mucho que con indicios se presuma que forma parte de la delincuencia organizada.

Parece que resulta certero el comentario de Eduardo Martínez Bastida⁹ cuando dice que

El paradigma punitivo actual considera al delincuente ya no como una víctima social, sino como un ente racional, con capacidad de entender el carácter antijurídico de sus acciones y de querer el resultado típico, por lo que debe ser castigado de forma draconiana, así en vez de mejorar las condiciones económicas y sociales del delincuente, se consideró que para reducir el delito es menester que existan más policías, penas superlativamente severas y cruentas, así como prisiones de máxima seguridad; la delincuencia, por tanto, es entendida como un negocio y debe ser eliminada como tal: reduciendo los beneficios e incrementando los costos. A partir de este momento las penas aumentan y las garantías y derechos fundamentales de los probables responsables disminuyen.

En tal sentido, por más que se trate de justificar la reducción de la esfera de garantías del gobernado aduciendo la gravedad de la delincuencia organizada, esto representa un

⁸ Víctor Salinas, “Visitador de la CNDH justifica empleo de fuerza militar. Debe ser temporal el uso del Ejército contra *narcos*”, *La Jornada*, México, D.F., Lunes 20 de Junio de 2005, Sección Política, p. 13.

⁹ Eduardo Martínez Bastida, *La Deslegitimación del Derecho Penal*, Ángel Editor, México, 2004, p. 19.

retroceso en el ámbito de la seguridad jurídica que como gobernados esperamos, sobre todo para quienes tienen la mala fortuna de ser señalados como miembros de estas agrupaciones criminales, sin serlo; e incluso, después de ocho días o de ocho años, si ese fuera el caso, resulten *inocentes*, ya que habrán sido sancionados injusta e impunemente por quienes deben garantizar la libertad, seguridad y tranquilidad de los gobernados. Tal parece que se está aplicando la etiqueta de *enemigo* a quien se presume integrante de estos grupos criminales; sin embargo, “La pregunta es si al convertirse en enemigos dejan de ser personas, porque en el fondo el problema no es si tienen un estatuto diferente, sino más bien ¿hasta dónde un derecho penal auténtico puede permitir que a un sujeto activo, cualquiera que éste sea, se le puedan quitar o siquiera disminuir sus derechos fundamentales?”¹⁰ Todas estas medidas para la *investigación* afectan la esfera de derechos del individuo, sea en su libertad personal, en su intimidad, en su derecho a la información, en sus posesiones, en su dignidad, etcétera y a pesar de que en el ámbito fáctico pudiera discutirse su necesidad, en el contexto jurídico son indudablemente refutables, pues nada justifica la vulneración de las garantías cuya conquista representa un altísimo costo histórico y humano. Por el momento, mientras no se presenta la creación o adecuación del marco jurídico, queda esperar que las autoridades actúen con ética y responsabilidad en la aplicación de estos mecanismos que la ley les otorga para facilitar su labor y combatir la delincuencia organizada, no para abusar y corromper la función que tienen encomendada.

Reflexión final

La apremiante necesidad de combatir el crimen organizado, tomando en cuenta el riesgo social que representa, ha orillado al establecimiento de disposiciones que proporcionen a las autoridades mecanismos que se presumen eficaces para actuar en contra de estas agrupaciones, tales como la infiltración de agentes, el arraigo, la reserva de la averiguación previa, la intervención de las comunicaciones privadas o la recompensa, que brevemente se han comentado. Sin embargo, en las reglas que sustentan estos actos de autoridad se advierten algunas incoherencias y, sobre todo, la posibilidad latente de afectar las garantías constitucionales de personas inocentes; por ello, es imprescindible una revisión concienzuda de estas disposiciones, pero sin perder de vista que la disminución de derechos y garantías, no es la solución a este problema; no debe olvidarse que quienes están sujetos a investigación o sometidos a un proceso, son una mínima parte del gran número de personas que directa o indirectamente participan en el crimen organizado.

¹⁰ Rebeca Elizabeth Contreras López, *La Justicia Penal Supranacional (el establecimiento de la Corte Penal Internacional)*, Universidad de Xalapa, A.C., Xalapa, Veracruz, 2004, p. 209.

Bibliografía

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, “El agua del molino. Para la PGR ¿es delito que uno se parezca a otro?”, *Diario de Xalapa*, Xalapa, Veracruz, Jueves 14 de Julio de 2005, Sección Opinión.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *La Justicia Penal Supranacional (el establecimiento de la Corte Penal Internacional)*, Universidad de Xalapa, A.C., Xalapa, Veracruz, 2004, 302 p.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales (Comentado)*, 7^a. ed., Ed. Porrúa, México, 2003, 1134 p.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación*, Ed. COLEX, Madrid, 2004, 379 p.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

MARTÍNEZ BASTIDA, Eduardo. *La Deslegitimación del Derecho Penal*, Ángel Editor, México, 2004, 186 p.

SALINAS, Víctor, “Visitador de la CNDH justifica empleo de fuerza militar. Debe ser temporal el uso del Ejército contra narcos”, *La Jornada*, México, D.F., Lunes 20 de Junio de 2005, Sección Política, p. 13

Tesis consultadas

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA COMISIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD. DIFERENCIA ENTRE ESTOS DELITOS. Tesis aislada, Tribunales Colegiados de Circuito, 9^a. Época, Materia Penal, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, Octubre 2003, p. 989

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 2°., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 6° DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis aislada, Pleno de la Corte, 9^a. Época, Materia Constitucional, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Junio 2002, p. 6

Fuente electrónica

<http://www.imagen.com.mx/nota.php?id=9060>

Reproducción de la violencia

Ana Gamboa de Trejo *

Resumen: Al considerar la violencia intrafamiliar como una práctica inadecuada para ejercer el orden y la disciplina, al interior del hogar, miles de mujeres han sido víctimas de agresiones que van desde la amenaza y lesiones hasta la pérdida de la vida. La violencia intrafamiliar, ha contribuido en la actualidad a ser un factor de expulsión de sus miembros significándose como reproductores de la misma.

Palabras claves: violencia intrafamiliar, mujeres.

Abstract: When considering intrarelative violence like an inadequate practice to exert order and discipline, towards the interior of the home, thousands of women have been victims of aggressions that go from threats and injuries to the loss of their lives. Intrarelative violence has contributed in the present time to be a factor of expulsion of its members meaning itself as reproducers of the same one.

Key words: Intrarelative violence, women.

SUMARIO: Introducción. 1. Las cifras de la violencia. 2. La violencia intrafamiliar y el derecho. 3. Sociología de la violencia. 4. A manera de conclusión. Bibliografía.

Introducción.

Habrá que decir, que hoy en día, se hace evidente la pérdida de rumbo que el estado ha experimentado dentro de dos instituciones que representan los medios de control social que tiene. Tanto la familia como la escuela, se han visto vulneradas por la violencia; y consecuentemente se han convertido en reproductores de inseguridad. Es por ello que hoy cobra importancia hablar de los temas que permiten revertir este problema. Sin duda es preocupación del gobernante y del ciudadano común, sentirse seguros. Seguros en sus propiedades, en transitar, en su integridad personal; vivir y convivir sin temor alguno. Pero la inseguridad sabemos que hoy está presente en la calle, en el hogar y en la escuela.

De tal manera, que resulta indispensable abordar las causas por las que hoy en día se ha visto diluida la seguridad. Creemos que esto obedece a que en la mayoría de los hogares se ha experimentado un cambio substancial producto del individualismo que practican quienes los conforman. Esta actitud unipersonal generalmente se ve

* Doctora en Derecho. Investigadora y Docente de la Universidad Veracruzana.

acompañada de actos violentos que impiden la comunicación entre sus miembros y la sana convivencia.

1. Las cifras de la violencia.

La violencia en el hogar se reproduce en la escuela y en la calle. Tal es la magnitud del problema, que los estudios realizados para obtener las cifras exactas, no se han hecho esperar. Por ejemplo, en el año de 1999 el Instituto de Estadística Geografía e Informática INEGI, llevó a cabo una encuesta en el Área Metropolitana de la ciudad de México, la cual está conformada por las 16 delegaciones del Distrito Federal y 34 Municipios Conurbanos del Estado de México. En ese gran espacio de la República mexicana, en donde habitan más de veinte millones de ciudadanos, se visitaron 1311841 hogares, en donde la violencia se hizo presente, como forma de vida cotidiana en un 99.2 %. Las variables que se abordaron fueron las siguientes: levantar la voz, insultar, humillar verbalmente, enojar fuertemente, impedir jugar o salir, impedir el uso de la TV, radio, teléfono, negar dinero, dejar de hablar y negar comida. En los hogares con intimidación se sumaron a este rubro: 214561. En ellos se observaron las siguientes actitudes: empujar, jalonear, aventar objetos, amenaza verbal, tratar de pegar con el puño, tratar de pegar con un objeto, amenazar de muerte, amenazar con arma, romper cosas, maltratar mascotas. Los hogares con abuso físico sumaron 145591. Se abofetearon a 58718 personas, se patearon a 30406, se mordieron a 2277, les pegaron con el puño a 61579, golpearon con un objeto a 33434, trataron de estrangular a 1687, hirieron con arma a 1619 y pellizcaron a 25838. Este tipo de violencia representa para la muestra un 11.2%. El abuso sexual se hizo presente en muchos hogares, 14434 fueron víctima de esta agresión; que se manifestó de la siguiente manera: presión verbal para tener relaciones sexuales arrojó un número de 12117 personas, 7734 fueron obligadas a tener relaciones a la fuerza, 869 tuvieron relaciones cuando otros ven, y 869 cuando otros oyen. La encuesta rebeló que la violencia en los hogares es provocada principalmente entre cónyuges seguida por el jefe de familia.¹

La encuesta no sólo muestra la frialdad de la cifras, sino que al mismo tiempo se hacen una serie de recomendaciones al final del texto, en donde “se incluye el tema sobre la ayuda que las víctimas buscaron para atender las situaciones de violencia intrafamiliar, así como a qué instancia se acudió y el resultado de la ayuda solicitada”².

2. La violencia intrafamiliar y el derecho.

La violencia intrafamiliar se explica jurídicamente como la agresión que sufre una persona de manos de otra ya sea en su integridad física, psíquica o en ambas y que por la acción dolosa que la define remite al enjuiciamiento penal, “el elemento material está constituido por la conducta que se manifiesta en el agresor para atentar contra la integridad de algún familiar, con la finalidad de tener o incrementar su influencia en la pareja o en la familia.”³ En un principio se observó que dentro de la legislación penal la violencia intrafamiliar estaba comprendida pero no como un delito específico sino por las consecuencias que arroja al producirse. De tal manera, que se castigaba el efecto de esta violencia no así la carga intencional que ésta reviste. Es decir, se castigaba la lesión ocasionada por el victimario no así el perjuicio que la acción de éste produce al interior

¹ Cfr. *Violencia Intrafamiliar*. Encuesta 1999, INEGI,

² Idem.

³ Mnuel F. Chavez Asencio, y Julio A. Hernández Barros, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*. Editorial Porrúa, México 2000, p. 29

del seno familiar. Después de la reforma en Veracruz de agosto de 2005 la violencia intrafamiliar tal y como lo señala el artículo 233 del Código Penal, se persigue de oficio.

Pero muchas de las lesiones y agresiones verbales no son denunciadas, algunas son ocultadas y maquilladas por el grado de intimidación que el victimario provoca en la víctima, de tal forma, que la conducta agresiva, la inestabilidad emocional, el cuidado de la familia y de sus miembros el derecho no lo exige, mucho menos lo sanciona.

Actualmente, resulta difícil encontrar hogares en donde el respeto mutuo, la ayuda, la convivencia, el diálogo, la compresión a las necesidades de sus miembros; se de como algo natural y que cada uno de los cónyuges aporte al matrimonio o a la unión un clima de respeto y armonía. Existe un número considerable de parejas que antes de contraer matrimonio asumen actitudes irrespetuosas y hasta denigrantes. Conductas, que al paso del tiempo han escapado a la mirada del legislador, dando por sentado que las parejas traen consigo todo un bagaje de buena educación, y de conocimiento de los valores que deben preservar al interior de la familia que van a formar. El deterioro social y el desprecio por el ser humano han ocasionado que dentro y fuera de las familias se den grandes batallas por alcanzar la estafeta del poder. Poder, que a costa de humillaciones, golpes y amenazas provoca la ubicación deseada por alguno de sus miembros.⁴

Aun cuando el artículo 4º., constitucional proclama que “protegerá la organización y desarrollo de la familia...”⁵ y que de esta disposición jurídica deben emanar acciones en donde no sólo se piense en castigar sino en prevenir, con la finalidad de lograr la estabilidad familiar; el mandato jurídico ha quedado un tanto relegado. Porque si bien es cierto, existen leyes⁶ tanto a nivel federal como estatal, que definen una política a seguir, aún así, son pocos los programas que se vienen ocupando de este problema, que bien podemos dimensionar como de grandes proporciones; ya que es precisamente de la familia de donde sus miembros proyectan hacia el exterior las conductas que son sufridas o aprendidas y que provocan dentro de la sociedad inseguridad, inestabilidad y deterioro social.

3. Sociología de la violencia.

Los hechos sociales son referente obligado para el derecho. Hoy en día las acciones violentas ocupan las primeras planas de los diarios y las notas relevantes de los noticieros. Lo que sucede en el mundo nos convulsiona, nos conmueve y nos hace sentir impotentes. Las mujeres ocupan un protagonismo no deseado. Muchas de ellas han sido víctimas de agresiones en el hogar, en el trabajo y en la calle. Están en un lugar preponderante dentro del grupo de los vulnerables. Así vemos que este fenómeno avanza, se extiende por pueblos, naciones y continentes. Resulta difícil cuantificar el número de mujeres que han o están siendo agredidas. Habrá que decir que la violencia en contra de las mujeres no respeta condición social. Mujeres que no saben leer y escribir se equiparan dentro de estas circunstancias a otras que han alcanzado grados académicos. Es por ello que resulta difícil encontrar la respuesta a este fenómeno de deterioro social. Sin embargo, la búsqueda incessante para resolver este flagelo une juicios en donde los diferentes saberes aportan lo mejor de sí para encontrar soluciones.

⁴ 25 millones de mujeres sufren de violencia en México. UNICEF

⁵ Véase la *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, Artículo 4º.

⁶ Por ejemplo, la Ley número 104 de Asistencia y prevención de la violencia familiar en el Estado de Veracruz.

Una de esas repuestas ha sido fomentar entre las agredidas la cultura de la denuncia: “cada hora Inmujeres recibe, en promedio, 15 llamadas de auxilio, que no siempre culmina en castigo para el atacante”⁷, otro dato que resulta preocupante es el siguiente:

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) informa que por ejemplo en Chiapas, siete mujeres son violadas o agredidas sexualmente cada semana, mientras el Instituto Nacional de las Mujeres (Indujeres) afirma que en el país casi 25 millones padecen la violencia en alguna de sus facetas: 38.4 por ciento emocional, 29.3 económica, 9.3 física y 7.8 sexual, entre otras.⁸

Los números que muchas veces son fríos cuando rebelan los índices de criminalidad a los que se enfrenta el género femenino, resultan dolorosos cuando los conocemos. Porque no podemos imaginar como será el entorno social en donde se desenvolverán los hijos de nuestros hijos, si los delitos en contra de madres, hijas y hermanas van en aumento. “Datos de la Secretaría de Desarrollo Social de 2004 arrojan que en el país ocurren, cada año 5 mil 200 muertes de mujeres de entre 15 y 49 años por causas violentas. Es decir, 14 fallecen diariamente, y dos de cada tres perecieron al interior de sus hogares. Pero lamentablemente en 97 por ciento de los casos no hay castigo. De cada 100 delitos reportados, 50 se investigan, ocho terminan en arresto y juicio y sólo tres en prisión”.⁹

El por qué de la violencia es explicado por Grosman, Mesterman y Adamo como un fenómeno sobre el cual tenemos intensas vivencias. Forma parte de nuestras experiencias cotidianas y la mayoría de las veces es una ‘presencia invisible’ que acompaña gran parte de nuestras interacciones diarias. Sin que nos demos cuenta, casi ‘naturalmente’ la violencia circula en torno nuestro.

Nos enfrentamos a hechos violentos en las más disímiles circunstancias. De pronto nos sacude una noticia periodística referida a un atentado político, la información sobre los desmanes en un lugar público o una feroz violación y homicidio. También nos sorprende en nuestra distracción un empujón innecesario en el micro, un insulto cuando conducimos un auto, o el maltrato de algún funcionario cuando recurrimos a un trámite. En nuestro limitado mundo privado, las relaciones con nuestros cónyuges, hijos u otros familiares, así como también en el ámbito del trabajo y amistad, requieren un especial cuidado y atención para evitar, en muchos casos que el maltrato circule y nos dañe.¹⁰

Indiscutiblemente, los actos violentos resultarán inaceptables para todo aquél que se precie de formar parte de un conglomerado social. Que conozca y reconozca que

⁷ Alma E. Muñoz y Matilde Pérez U., “Víctima de abusos, una de cada 4 mujeres en el mundo”, *La Jornada*, viernes 25 de noviembre de 2005, Sección: Justicia y Sociedad, p. 53

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ Cecilia P. Grosman, Silvia Mesterman y María T. Adamo, *Violencia en la familia*, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires 1992, p. 24

es ahí en donde se producen las relaciones grupales de los seres humanos. Y que resulta incomprendible que este tejido social se vea deshecho por factores que sólo tienen una explicación: actualmente los problemas que a diario se observan al interior de los hogares son el detonante para que los miembros que viven en un estado de violencia reproduzcan los modelos que se repiten una y otra vez, y que logran distorsionar lo que bien podríamos reconocer como el hecho de vivir en sociedad. Si el núcleo social por excelencia es la familia, ésta se ha transformado a medida que la modernidad ha logrado entrever que “la desaparición de la familia extensa, el aislamiento del individuo durante su crecimiento; la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, con sus afectaciones en las tradicionales asignaciones según su sexo; la multiplicación de los fenómenos de ruptura de los vínculos conyugales y la multiplicación de los modelos de convivencia familiar,¹¹ inexplicablemente ha distorsionado el valor familiar.

Hoy nos encontramos con un modelo de familia no previsto o tal vez no aceptado. No podemos hablar de familia cuando vemos que ésta como institución, se está extinguendo porque ya no representa el centro de atracción de sus miembros, y por consecuencia tiende a desintegrarse, formándose en torno a ella una serie de factores adversos, que paulatinamente la harán desaparecer del contexto social. Aun cuando sabemos que el desencadenante de ese rompimiento original de la estructura familiar es la violencia, la cual ya ha sido estudiada como la causa principal, ésta ha contribuido al aniquilamiento y a una actitud aprendida y proyectada hacia el exterior por quienes conforman el núcleo familiar. Se ha dicho y así lo asegura Jesús Alejo Whaley Sánchez que:

Las fases de la violencia intrafamiliar, es un proceso cíclico que incluye tres fases, que son: la de acumulación de tensión, la explosión de violencia física y el arrepentimiento y la ternura.

a) Fase de acumulación de tensión. En general, la acumulación de la tensión que confiere al golpeador cíclico su personalidad, no es percibida por los demás. Sus amigos y colegas no suelen advertir las señales. A lo sumo se interpreta como ‘tenso’, a estos sutiles indicios se les denomina filtraciones.

La mayoría de los victimarios cíclicos pasan por un proceso donde el temor y el sentimiento de indefensión se intensifican tras la fachada del malhumor y preocupación...

b) Fase de explosión con la violencia física. La intensidad de la ira, no guarda relación con lo que la provocó; el victimario actúa como si su vida estuviera amenazada. Es el tipo de ira que experimenta una persona cuando siente que su identidad es menoscabada.

El agresor case en estado alterado, disociativo, en el que su mente parece estar separada de su cuerpo. Los hombres lo describen diciendo que ‘ven todo rojo’...

c) Fase de arrepentimiento y ternura. La fase de arrepentimiento comienza después que ha estallado la violencia y se ha disipado la tensión. Esta etapa incluye una variedad de conductas desde la negación de lo ocurrido hasta la tentativa de expiación y la promesa de cambiar.

¹¹ Ricardo de la Peña y Rosario Toledo Laguardia, *Cómo acercarse a la Sociología*, Editorial Limusa, México 1996, p. 18

En ocasiones el agresor reconstruye mentalmente el acto con el fin de hacer recaer la culpa sobre la víctima, a quien acusa de haber provocado la agresión.

A menudo el agresor procura que otras personas (incluidos sus hijos) intercedan por él.¹²

4. A manera de conclusión.

No intentamos hacer una radiografía de la violencia en este breve trabajo. Nuestra intención es sólo mostrar cuál es la causa del deterioro familiar. Porque estamos conscientes de que este problema está avanzando de forma alarmante, más rápido de lo inimaginable, es válido alertar a quienes de manera impensada creen formar una familia y procrear hijos a edad temprana, y a quienes aún cuando han permanecido con su pareja durante largos años, y no han logrado propiciar al interior de su hogar un clima favorable; bien valdría la pena recordar que la reproducción de los modelos aprendidos en el seno familiar, son proyectados hacia el exterior con sujetos desconocidos o con compañeros de trabajo o con futuras parejas que desencadenan otras figuras atendidas por el derecho como es la criminalidad. De este modo, estamos ante una multiplicación del fenómeno. Es cierto que el derecho ha hecho su tarea al crear leyes, pero la sociedad aún no las asume. Hoy, son las asociaciones civiles las que día a día pugnan por deshacer este nudo gordiano y evitar a través de sus campañas, concientiar a la sociedad, porque sabemos que “la violencia contra las mujeres es también la nítida expresión de la pedagogía de la confrontación y del desprecio a la solución negociada de los conflictos entre las parejas. Es una conducta aprendida y asimilada por los códigos de comportamiento de los individuos y de las comunidades, que han transitado por la intolerancia y la negación al diálogo.”¹³ Lo sabemos. Pero nos negamos a aceptarlo.

¹² Jesús Alfredo Whaley Sánchez, *Violencia intrafamiliar*, Plaza y Valdés Editores, México 2001, p 46-48

¹³ Pedro Peñaloza, “El infierno de las mujeres”, *Diario de Xalapa*, jueves 24 de noviembre de 2005, p.5/B.

Bilbiografia

DE LA PEÑA Ricardo y Rosario Toledo Laguardia, *Cómo acercarse a la Sociología*, Editorial Limusa, México 1996.

CHAVEZ Asencio, Manuel F. y Julio A. Hernández, Barros, *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, Editorial Porrúa, México 2000.

GROSMAN, Cecilia P., Silvia Mesterman y María T. Adamo., *Violencia en la familia*, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.

WHALEY Sánchez, Jesús Alfredo, *Violencia intrafamiliar*, Plaza y Valdés Editores, México 2001.

Hemerografía

MUÑOZ Alma y Matilde Pérez U., “Víctima de abusos una de 4 mil mujeres en el mundo”, *La Jornada*, viernes 25 de noviembre de 2005, Sección Justicia y Sociedad p. 53

PEÑALOZA, Pedro, “El infierno de las mujeres”, *Diario de Xalapa*, jueves 24 de noviembre de 2005.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley 104 de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar en el Estado de Veracruz.

El municipio y la participación ciudadana (Segunda parte)

Luz del Carmen Martí de Gidi*

RESUMEN: En el presente trabajo se sostiene que las reformas al artículo 115 Constitucional de 1999, constituyeron un gran avance, al reconocer formalmente al municipio como un ámbito de gobierno, pero en la realidad no han sido acompañadas del suficiente apoyo financiero, ni de la asesoría técnica necesarias para avanzar en el proceso de descentralización. Por otra parte, los estados no han cumplido cabalmente con el reto de adecuar los marcos legales locales, a fin de que se traduzcan en una mayor autonomía de los ayuntamientos.

A partir de un análisis del contenido de la legislación municipal de los estados, derivada de la reforma de 1999 al II párrafo del artículo 115 Constitucional, se estudian las aportaciones planteadas para facilitar la participación ciudadana en la solución de problemas de planeación, urbanismo y ecología de los municipios.

El propósito es el de sostener que una efectiva participación ciudadana en la toma de decisiones importantes en el ámbito municipal, propiciada por un marco legal favorable que incluya mecanismos de democracia directa, como el plebiscito y el referéndum, es la clave para transformar el espacio de lo municipal en un espacio integrador de las políticas públicas locales, y contribuir a crear las condiciones para consolidar una gobernabilidad democrática.

Palabras claves: participación ciudadana, y municipio.

ABSTRACT: In the present paper, it is sustained that the reforms made on 1999's to the constitutional article 115, constituted a great advancement, by recognizing the municipality formally as an ambit of the government, but they haven't really been accompanied by enough financial support, or the necessary technical advisory to advance in the de-centralization process. On the other hand, the states haven't cabally accomplished the challenge of adjusting the local legal frames, so they can translate into a major autonomy of municipalities.

From an analysis of the content of the municipal legislation of the states, derived from the 1999 reform to paragraph II of constitutional article 115, the contributions proposed to ease the citizen participation in the solution of planning, urbanism and ecology problems in the municipalities.

The purpose is to sustain that an effective citizen participation in the important decision making in the municipal ambit, caused by a favorable legal frame that includes mechanisms of direct democracy, as the plebiscite and referendum, is the key to transform the municipal space in an integrating space of public local politics, and contributing to create the conditions to consolidate a democratic government.

Key Words: Citizen participation, municipality.

* Doctora en Derecho Pùblico. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana

V. La participación ciudadana y vecinal prevista en el artículo 115 Constitucional y su desenvolvimiento a nivel municipal

Es indiscutible que a partir de las reformas constitucionales de 1983 y 1999 el radio de acción de los ayuntamientos se ha visto sensiblemente ampliado, al ser aumentada su competencia para la elaboración de políticas públicas requeridas para hacer frente a una gama cada vez mas extensa de problemas que afectan a los centros urbanos de un gran número de municipios del país.

También lo es que, aun cuando no en la misma medida, la tendencia normativa ha sido la de asegurar a los ayuntamientos mayores recursos fiscales y un grado mayor de autonomía para manejarlos, a partir de los cuales cuentan con mejores elementos para atender una problemática social y urbana sin duda compleja y diversificada.

Sin embargo, es también evidente que la tendencia a permitir o propiciar la efectiva participación ciudadana y vecinal en la determinación de la problemática de los centros urbanos y de las medidas mas eficaces para enfrentarla, ha quedado rezagada en el mejor de los casos, o simplemente no asumida en un número importante de las entidades federativas del país.

Debe precisarse que la reforma al artículo 115 constitucional que pretende impulsar la participación ciudadana, se encuentra vigente desde el día primero de abril del año 2000, y que en su artículo 1º transitorio ordenó que los estados deberían adecuar sus constituciones locales y leyes secundarias relativas al nuevo texto constitucional, a mas tardar en el plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de dicha reforma, lo cual, para el efecto que me ocupa, significaba que para el mes de abril de 2001, debía encontrarse asegurada normativamente la participación ciudadana y vecinal en aquellas cuestiones a que alude el párrafo segundo de la fracción II del artículo en cuestión.

Veamos cuál fue el comportamiento de los estados, para lo cual se pueden agrupar en tres:

- I. Aquellas entidades federativas, en que con la oportunidad requerida, fueron reformadas las constituciones locales, adecuadas las leyes secundarias relativas a la materia municipal, o expedidas otras orientadas expresamente a regular algunas formas de participación ciudadana, tanto en materia estatal como municipal;
- II. Aquellas en las que no ha tenido lugar la actividad legislativa requerida, de modo tal que la participación ciudadana o bien no se contempla en las leyes locales, o sigue reducida a las disposiciones que norman la elaboración de los planes estatales y municipales de desarrollo, que en gran medida se limita a que los órganos encargados de la planeación la manejen de manera formal, y ciertamente no la hacen descender a los ámbitos vecinales, limitándose en el mejor de los casos, a recabar los puntos de vista de organismos y corporaciones sin abrir una interlocución efectiva con la sociedad civil.
- III. Por último, otras entidades federativas conservan ciertas formas de participación preexistentes a la reforma constitucional, sin alcanzar su aseguramiento como lo reclama ahora el texto del artículo 115.

Aunque no es el propósito el hacer una revisión exhaustiva de la legislación vigente en las entidades federativas acerca de la manera en que es tratada la participación ciudadana y vecinal, sí es pertinente estudiar selectivamente algunas leyes estatales que me permitirán corroborar que aún constituye una asignatura pendiente el que se regule adecuadamente el tema en el ámbito municipal, lo cual comprende establecer con claridad el alcance que deba dársele, el cual en todo caso deberá ir más allá de ser una expresión formal, atribuyéndole, bajo ciertas circunstancias, efectos constitutivos en la integración de las políticas públicas de los municipios.¹

Esta participación en la legislación municipal adopta diferentes denominaciones, que van desde consulta vecinal, consejos de colaboración municipal, concejos, juntas, asociaciones u organizaciones de ciudadanos y vecinos, consejos consultivos, comités, entre otras.

Como antecedente de la reforma constitucional que se estudia, se debe mencionar la *Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal*,² la cual regula una diversidad de instrumentos de participación, entre los que destacan, además del plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular, la Consulta Vecinal y la Audiencia Pública. Para los efectos de este trabajo, hago alusión al plebiscito que contempla la posibilidad de que los electores del Distrito Federal sean consultados para el efecto de que rechacen o aprueben actos o decisiones del Jefe de Gobierno que sean trascendentales para la vida pública del D.F. El plebiscito puede ser propuesto por el propio Jefe de Gobierno o por el 1% de los ciudadanos que integran el Padrón Electoral, y tiene efectos vinculatorios.

Es sin duda un instrumento importante de participación; sin embargo opera más como un mecanismo de legitimación o rechazo de decisiones muy especiales en función de su magnitud, que como un medio ordinario que permita participar realmente a los ciudadanos en la operación de la Administración.

De menor alcance territorial, pero quizás de mayor acercamiento entre gobernantes y gobernados, son la Consulta Vecinal y la Audiencia Pública. La primera, siempre a iniciativa de la autoridad lo cual no necesariamente coincide con el interés ciudadano, y la segunda a propuesta de los vecinos. En ambos casos sus resultados constituyen elementos de juicio para la autoridad que no son vinculantes en la toma de decisiones.

Después de la reforma constitucional del año de 1999, expidieron leyes específicas de participación ciudadana los estados de Colima,³ Baja California Sur,⁴ Chihuahua,⁵ Morelos.⁶

¹ Sobre el tema de las políticas públicas ver José Enrique Rivera Rodríguez, “El estado actual de los estudios sobre políticas públicas”, en *Municipio*, Rodolfo A. Vega Hernández y José A. Rodríguez Obregón, coordinadores, Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, Asociación Mexicana de egresados del INAP de España, A.C., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, A.C., Querétaro, 1997, pp. 265-274.

² Publicada el 21 de diciembre de 1998 en la *Gaceta Oficial del Gobierno* de la Ciudad de México.

³ Ley de Participación Ciudadana del Estado de Colima, de enero del 2000.

⁴ Vigente a partir de junio del 2000.

⁵ Código Municipal de Estado de Chihuahua, vigente a partir de noviembre de 1995, incluye en su artículo 6º la iniciativa popular y el plebiscito y el referéndum para permitir la participación de los ciudadanos en el quehacer municipal.

⁶ Vigente desde el mes de diciembre del 2000.

Cabe también mencionar las leyes de participación ciudadana de los estados de Aguascalientes,⁷ Baja California Norte⁸ y Veracruz,⁹ las cuales reglamentan la figura del plebiscito en el ámbito municipal, que, salvo particularidades que cada ley incorpora en su reglamentación, coincide en que en los tres últimos casos tiene efectos vinculatorios, y su carácter excepcional para la aceptación o rechazo de medidas administrativas específicas. Al momento, en ninguno de estos tres estados se ha sometido cuestión alguna a la consideración de los ciudadanos de los municipios que los integran.

En el Estado de Veracruz, fue expedida la ley número 531, que establece las *Bases Generales para la expedición de los Bandos de Policía y Gobierno, Reglamentos, Circulares y disposiciones administrativas de observancia general*,¹⁰ y aunque en su artículo 1º reitera que la ley tiene por objeto, entre otros, asegurar la participación ciudadana y vecinal en los asuntos municipales, en ninguno de los 12 artículos que la integran vuelve a hacer alusión de ninguna especie a dicha participación, dejando a los ayuntamientos del Estado sin bases generales para expedir reglamentos sobre la materia, y en el peor de los casos constituye un “cheque en blanco” no compatible con el sentido que debe tener una facultad reglamentaria.

Los estados de Yucatán, Nuevo León¹¹, Morelos¹², el Estado de México, Guerrero¹³, Campeche,¹⁴ Jalisco¹⁵ y Chiapas, son ejemplo de entidades federativas que no han modificado sus leyes para adecuarlas a la reforma del artículo 115 constitucional que se comenta, aunque en sus leyes orgánicas relativas al municipio se alude ya, de alguna forma, a la participación de los vecinos en los asuntos municipales. A continuación comentaré algunas de ellas.

En la *Ley Orgánica Municipal* del Estado de Chiapas del mes de diciembre de 1988, se reglamentan los Consejos de Participación y de Colaboración Vecinal, que se pueden organizar desde una Unidad Habitacional, hasta el Municipio, pasando por la colonia o barrio, la ranchería y la ciudad. Su función es auxiliar al Ayuntamiento en la consecución del bien común, la tranquilidad y seguridad públicas, pero en modo alguno se les otorga la posibilidad de participar en la construcción de las acciones o programas municipales que les afecten.

La *Ley Orgánica Municipal* del Estado de México, del mes de abril de 1993, creó los Consejos de Participación Ciudadana, que ha diferencia de Chiapas y más en la misma idea que el Distrito Federal, pueden proponer al Ayuntamiento acciones tendientes a

⁷ Vigente desde el mes de noviembre del 2001.

⁸ Vigente desde el mes de febrero del 2001.

⁹ Ley de referendo, plebiscito e iniciativa popular, vigente desde el mes de octubre del 2000.

¹⁰ Publicada en la *Gaceta Oficial del Estado* de 23 de enero de 2003.

¹¹ Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León, vigente a partir del 28 de enero de 1991.

¹² Ley Orgánica Municipal, publicada en el *Periódico Oficial* el 4 de noviembre de 1992.

¹³ Ley Orgánica del Municipio Libre del Estado de Guerrero, publicada en el *Periódico Oficial* el 5 de enero de 1990.

¹⁴ Ley Orgánica de los Municipios del Estado de Campeche, vigente desde 1994.

¹⁵ La Ley de Participación Ciudadana para el Estado de Jalisco, vigente desde el 8 de marzo de 1998, incluye las figuras del plebiscito y el referéndum a nivel municipal. Después de la reforma al artículo 115, el ayuntamiento de Guadalajara expidió el *Reglamento de los Consejos Consultivos del Municipio de Guadalajara*, vigente a partir de diciembre del 2000.

integrar o modificar los planes y programas municipales; sin embargo operan más como órganos de supervisión municipal (limitados a cinco vecinos electos por la comunidad, sin derecho a reelección en un siguiente período de gobierno) que como un mecanismo abierto de captación de las inquietudes de los ciudadanos de manera general.

La *Ley Orgánica de los Municipios* del Estado de Yucatán, de octubre de 1998 regula en su artículo 63 los Consejos de Colaboración Municipal o de Participación Ciudadana, que son establecidos por los ayuntamientos y que tienen las facultades y obligaciones que éstos les señalen dentro de la función genérica (artículo 64) de asesoría y opinión, pero en ningún caso sus conclusiones serán obligatorias para las autoridades municipales.

En el Estado de Sinaloa, cuya *Ley Orgánica Municipal* data del mes de octubre del año de 1977, no se hace referencia alguna a mecanismos de participación ciudadana, lo mismo que la *Ley Orgánica de los Municipios* del Estado de Tabasco de febrero de 1984; la *Ley Orgánica Municipal* del Estado de Oaxaca, de 20 de noviembre de 1993, y la *Ley Orgánica de la Administración Municipal* del Estado de Sonora, de febrero de 1984; todas ellas, evidentemente, se encuentran fuera del plazo para ajustarlas a la reforma constitucional que nos ocupa.

Los estados de Guanajuato, Durango¹⁶, Jalisco¹⁷, Hidalgo, San Luis Potosí,¹⁸ Puebla¹⁹ y Coahuila²⁰, son ejemplo de entidades que han reformado o expedido nuevas leyes orgánicas municipales, después de la reforma a la Constitución, y sólo la del estado de Coahuila que no hace referencia a la participación ciudadana y vecinal, en las restantes se prevé la integración de consejos, juntas, asociaciones u organizaciones de ciudadanos y vecinos en el caso de colonias, barrios o comunidades que tienen como objetivo principal colaborar con el ayuntamiento en la ejecución de los programas municipales.

Mención especial requieren las leyes orgánicas de Guanajuato²¹ e Hidalgo²². En el Estado de Guanajuato fue reformada la ley que organiza los municipios estableciendo de manera expresa la posibilidad de realizar consultas populares "...cuando se requiera tomar decisiones que por su naturaleza afecten el interés de la comunidad", sin llegar al formalismo del plebiscito. En el Estado de Hidalgo, es en la propia *Ley Orgánica* que para el ámbito municipal se regulan las figuras de democracia participativa del plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular, los cuales se encuentran en proceso de ser reglamentadas.

De lo hasta aquí reseñado, cabe concluir que aunque la participación ciudadana y vecinal, ha sido reglamentada en algunos casos por los gobiernos locales, inclusive con esquemas de democracia directa, en la práctica no lo ha sido con la profundidad necesaria

¹⁶ Ley Orgánica del Municipio Libre del Estado de Durango, publicada en el *Periódico Oficial* el 30 de mayo de 1999.

¹⁷ Ley de Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, vigente a partir del 22 de mayo de 2001.

¹⁸ Ley Orgánica del Municipio Libre del Estado de San Luis Potosí, de 8 de julio de 2000.

¹⁹ Ley Orgánica Municipal, publicada el 22 de marzo de 2001.

²⁰ Código Municipal para el Estado de Coahuila de Zaragoza, de 1º de octubre de 1999.

²¹ Ley Orgánica Municipal para el Estado de Guanajuato, publicada en el *Periódico Oficial* el 25 de julio de 1997.

²² Ley Orgánica Municipal del Estado de Hidalgo, de abril de 2001.

para que implique una participación efectiva en la toma de las decisiones en las cuestiones fundamentales que interesan a los ciudadanos.

La figura del cabildo abierto,²³ puede ser una opción de participación ciudadana institucionalizada, mediante la cual, en las sesiones de cabildo del ayuntamiento en que se traten problemas que afectan a su barrio, colonia o comunidad, puedan las agrupaciones de ciudadanos intervenir con voz y voto en las sesiones, para el planteamiento de la problemática que les afecta, y la búsqueda de soluciones participando en las resoluciones del pleno.

Conclusiones

De acuerdo con lo aquí tratado, es posible formular las siguientes conclusiones:

Primera. La transición democrática de finales del siglo XX y la actual etapa de consolidación democrática en México, ha roto la dinámica centralista que prevalecía en nuestro país, lo cual hoy se refleja en la pluralidad política tanto a nivel de la federación como de los estados y los municipios. Las relaciones intergubernamentales adquieren otra perspectiva y se aprecia poco a poco, un nuevo equilibrio de poderes.

Segunda. Se habla de un *Auténtico Federalismo*. México se encuentra en un proceso de descentralización que busca una redistribución de funciones, facultades y recursos en los ámbitos político, fiscal y administrativo hacia los gobiernos locales y los municipios.²⁴

Tercera. El municipio, de una larga tradición en nuestro país, es el nivel de gobierno más próximo a los ciudadanos, y por lo tanto es un instrumento indispensable para satisfacer las necesidades de la sociedad y su entorno.

A partir de las atribuciones concedidas al municipio en materia de desarrollo urbano, planeación y ecología, y la problemática por ello planteada, se requiere tanto la concurrencia de los tres niveles de gobierno, como de la participación ciudadana.

Cuarta. Los ciudadanos deben participar activa y ampliamente en los diferentes programas de gobierno que afectan sus vidas, en su planificación y ejecución, y en la toma de decisiones en las cuestiones fundamentales que les afectan. También deben participar en la vigilancia de los funcionarios designados o electos, para poder exigirles responsabilidad o aprobar su desempeño.

Considero que es posible incrementar la participación ciudadana mediante la generación de marcos legales favorables a nivel municipal. La inclusión de mecanismos de democracia directa, como son el plebiscito, referéndum, la iniciativa popular, en muchos de

²³ Apud José Guillermo Vallarta Plata, “El municipio en México”, en *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, José María Serna de la Garza, coordinador, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 568-569.

²⁴ “La descentralización no es un asunto de orden estrictamente técnico o teórico, mas bien se trata de un elemento articulador que permite el desarrollo y el fortalecimiento de la democracia, el incremento de la participación ciudadana en la planeación, implementación y evaluación de políticas públicas potenciando las oportunidades para el desarrollo local, del manejo y avance de las nuevas tecnologías, de las nuevas reglas de la economía global y las reformas del Estado.” Jordi Borja, *Descentralización y participación ciudadana*, Centro de Servicios Municipales “Heriberto Jara”, México, 2000, p. 83, cit pos Carlos H. Gadsden, *op. cit.*, p. 166.

estos ordenamientos, constituye un primer paso, pero en la práctica han carecido de eficacia.

Quinta. Existen una multiplicidad de mecanismos de participación ciudadana para ser previstos en las leyes municipales, el derecho comparado nos puede resultar útil en las experiencias europeas y latinoamericanas; lo que resulta esencial es que estos mecanismos rebasen la fase de su previsión formal y se conviertan en un instrumento efectivo de inclusión de los ciudadanos en la toma de decisiones.

La figura del cabildo abierto puede ser una opción a la participación ciudadana institucionalizada, en la medida en que en las leyes municipales se prevea que puedan las agrupaciones de ciudadanos intervenir con voz y voto en las sesiones de los ayuntamientos, en el planteamiento de la problemática y en la búsqueda de soluciones que les afectan, y participar en las resoluciones del pleno cuando se trate de asuntos de su colonia, o ciudad.

Sexta. No hay una solución uniforme en la doctrina para garantizar una participación ciudadana efectiva, por lo que la fórmula legislativa adoptada dependerá de la creatividad, las características y problemática a que se enfrentan los diversos tipos de municipios que existen en nuestro país.

Bibliografía

- ÁBALOS, María Gabriela, “El régimen municipal argentino, después de la reforma nacional de 1994”, en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 8, México, enero-junio 2003.
- ANAYA CADENA, Vicente, “Marco teórico del gobierno y la gestión municipal”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, El gobierno y la gestión municipal en México*, primera parte, INAP, número 64, México, 2002.
- _____, “La planeación, control y evaluación del desarrollo municipal”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, El gobierno y la gestión municipal en México*, segunda parte, INAP, número 65, México, 2002.
- _____, “El ordenamiento del medio ambiente y el desarrollo sustentable municipal”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, El gobierno y la gestión municipal en México*, segunda parte, INAP, número 65, México, 2002.
- BOLOS JACOB, Silvia, “Los dilemas de la participación en gobiernos locales”, en el II Congreso *Gobiernos locales, democracia y Reformas del Estado*, abril, 2001, <http://www.iglom.iteso.mx>
- _____, “Las organizaciones sociales de la Ciudad de México: entre la participación social y la participación ciudadana”, en *Ciudadanía, poder político y gobierno*, Elsa Patiño Tovar y Jaime Castillo Palma, compiladores, 2º Congreso RNIU: Investigación Urbana y Regional, UAP, editorial de la red nacional de investigación urbana, Puebla, 2000.
- BORJA, Jordi, “Gobierno de la ciudad y políticas públicas en la era de la globalización”, *Conferencia mundial de Política Social Urbana*, Valencia, junio de 2000.
- _____, *Descentralización y participación ciudadana*, Centro de Servicios Municipales “Heriberto Jara, México, 2000.
- _____, “Los desafíos del territorio y los derechos de la ciudadanía” <http://www.confedelca.com>
- _____, y Manuel CASTELLS, *Local y global, La gestión de las ciudades en la era de la información*, segunda edición, Taurus, Madrid, 1998.
- CABRERO MENDOZA, Enrique, *La nueva gestión municipal en México, Análisis de experiencias innovadoras en gobiernos locales*, primera reimpresión, Miguel Ángel Porrúa, CIDE, México, 1996.
- _____, y Rodolfo GARCÍA DEL CASTILLO, *Relaciones intergubernamentales en México. Los nuevos escenarios y la nueva agenda de estudios*, <http://www.iglom.iteso.mx>
- _____, y Gabriela NAVA CAMPOS, *Herencia Pública municipal, Conceptos básicos y estudios de caso*, editorial Porrúa, México, 1999.

CUNILL, Nuria, *Participación ciudadana: Dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados latinoamericanos*, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, 1991.

FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, tercera edición, Porrúa, México, 2003.

GADSDEN CARRASCO, Carlos H., “Hacia una coherente arquitectura de gobierno en México”, en *Federalismo y regionalismo*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, José María Serna de la Garza, coordinador, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

GARCÍA DEL CASTILLO, Rodolfo, “Administración del desarrollo urbano y servicios públicos municipales”, en *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal, El gobierno y la gestión municipal en México*, segunda parte, INAP, número 65, México, 2002.

GARROCHO, Carlos y Jaime SOBRINO, *Desarrollo municipal, retos y posibilidades*, El Colegio Mexiquense, Toluca, 1998.

GARZA VILLARREAL, Gustavo, compilador, Cincuenta años de investigación urbana y regional en México, 1940-1991, primera reimpresión, El Colegio de México, México, 1999.

_____, *La gestión municipal en el área metropolitana de Monterrey, 1989-1994*, Miguel Ángel Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, México, 1998.

GUILLÉN LÓPEZ, Tonatiuh, “La reforma municipal en los estados. Escenarios para un balance”, mimeo.

LEFF SIMMERMAN, Enrique, *Saber ambiental. Sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*, tercera edición, Siglo XXI, PNUMA, Centro de Investigaciones interdisciplinarias en ciencias y humanidades, México, 2002.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ María Francisca y Arturo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre la política de desarrollo local”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3^a época, número 3, Granada, 2000.

MEJÍA LIRA, José, “Consideraciones sobre el desarrollo urbano a nivel municipal”, en *Problemática y desarrollo municipal*, José Mejía Lira, compilador, Universidad Iberoamericana, Plaza y Valdés, México, 1994.

MERINO, Mauricio, coordinador, *En busca de la democracia municipal. La participación ciudadana en el gobierno local mexicano*, México, El Colegio de México, 1995.

_____, *Gobierno Local, poder nacional, La contienda por la formación del Estado mexicano*, el Colegio de México, México, 1998.

MEYER, Lorenzo, “El municipio mexicano al final del siglo XX. Historia, obstáculos y posibilidades”, en Mauricio MERINO, coordinador, *En busca de la democracia municipal. La participación ciudadana en el gobierno local mexicano*, El Colegio de México, México, 1995.

MIRANDA, Freddy, *Reformas económicas, medio ambiente y urbanismo*, PNUMA, CEPAL, sede subregional en México, México, 2003.

OCHOA CAMPOS, Moisés, *La reforma municipal*, Porrúa, México, 1968.

PRATS Joan, “Gobernabilidad y desarrollo humano; la dimensión local. Un vistazo a América Latina”, en *Reforma político-electoral y democracia en los gobiernos locales*, Rodolfo Vega Hernández, Arturo Rodríguez Obregón, Eduardo Fernández Sánchez y Antonio Rivera Casas, (coordinadores), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, A. C., Instituto Electoral de Querétaro, Querétaro, 2001.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F., *Derecho Municipal*, Porrúa, México, 2002.

RENDÓN HUERTA BARRERA, Teresita, *Derecho Municipal*, Porrúa, México, 1985.

RIVERA RODRÍGUEZ, José Enrique “El estado actual de los estudios sobre políticas públicas”, en *Municipio*, Rodolfo A. Vega Hernández y José A. Rodríguez Obregón, coordinadores, Instituto de Administración Pública del Estado de Querétaro, Asociación Mexicana de egresados del INAP de España, A.C., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, A.C., Querétaro, 1997.

ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo, *El municipio*, quinta edición, Porrúa, México, 2002.

SALAZAR, Roxana, et al, *Manual para la participación ciudadana*, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMA), San José de Costa Rica, 1999.

SCHTEINGART, Martha y Emilio DUHAU, coordinadores, *Transición política y democracia municipal en México y Colombia*, Miguel Ángel Porrúa, Global Urban Research Initiative, México, 2001.

URQUIDI, Víctor L. “Economía y medio ambiente” en *La diplomacia ambiental, México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, Alberto Glender y Víctor Lichtinger (compiladores), Secretaría de Relaciones Exteriores, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

- VALENCIA CARMONA, Salvador, “La reforma constitucional de 1999 al municipio”, en *Cuestiones Constitucionales*, no. 4, México, enero-junio 2001.
- _____, “Derecho Municipal”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo XI, México, 2002.
- _____, “Hacia un nuevo sistema político y constitucional”, en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, México, enero-junio, 2003.
- _____, *Derecho Municipal*, editorial Porrúa, UNAM, México, 2003.
- VALLARTA PLATA, José Guillermo, “El municipio en México”, en *Federalismo y regionalismo, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, José María Serna de la Garza, coordinador, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- ZICCARDI, Alicia, *Los actores de la participación ciudadana*, <http://www/iglom.iteso.mx>
- “La tarea de gobernar: las ciudades y la gobernabilidad”, en *La tarea de gobernar: gobiernos locales y demandas ciudadanas*, Alicia Ziccardi, coordinadora, Miguel Ángel Porrúa, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 1995.
- “El papel de los gobiernos municipales en las políticas sociales. El caso de México”, en *Federalismo*, Congreso Nacional de Ciencia Política, Jacqueline Martínez Uriarte y Alberto Díaz Cayeros (coordinadores), UAM, Instituto Federal Electoral, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, México, 1996.
- “Gobernabilidad y participación ciudadana en el Distrito Federal”, en *Ciudadanía, poder político y gobierno*, Elsa Patiño Tovar y Jaime Castillo Palma, compiladores, 2º Congreso RNIU: Investigación Urbana y Regional, UAP, editorial de la red nacional de investigación urbana, Puebla, 2000.
- “Municipio y región”, *Agenda de la reforma municipal en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.
- ZIMMERMAN, Joseph F., *Democracia participativa. El resurgimiento del populismo*, Limusa, México, 1992.

Génesis y transformaciones del contrato en el Derecho Romano

***Socorro Moncayo Rodríguez.**

Resumen: En este trabajo se pretende determinar el origen del contrato en el derecho romano, vinculándose éste a la génesis de la primitiva obligación y precisar las transformaciones de esta institución a través de los diferentes períodos del desarrollo socio-político-económico del mundo romano, tratando de establecer la noción clásica del contrato.

Palabras clave: Contrato, Convenio, Fuente de Obligación.

Abstract: In this paper it's pretended to determine the origin of contract in roman law, linking it to the genesis of the primitive obligation and precising the transformations of this institution through the different periods of socio-political-economical development of the roman World, trying to establish the classic notion of contract.

Key words: Contract, Agreement, Source of Obligation.

Sumario: Premisa. 1. Origen de las obligaciones contractuales. 2. Los contratos en la época antigua. 3. Desarrollo en la República. 4. Noción de contrato en la jurisprudencia clásica. 5. Derecho Justiniano. Conclusiones.

1. Origen de las obligaciones contractuales

La doctrina romanista ha discutido ampliamente la problemática relativa a establecer la prioridad histórica de las obligaciones *ex delicto*¹ o de las obligaciones *ex contractu*.²

Al respecto Bonfante³ sostiene que la obligación romana surge en el campo de los delitos. Originariamente el culpable de una lesión habría quedado sometido, de acuerdo con las formas de *mancipium* o *nexus*⁴, a la persona lesionada, pero el reo habría tenido la posibilidad de liberarse sufriendo la pena del Talión o bien pagando una composición - *poena*.

Es evidente que el autor vincula el origen de la obligación a la introducción de la composición pecuniaria, pero es necesario señalar que la introducción de las composiciones en dinero no se remonta tanto en el tiempo y que el estado de sujeción, de prisión, de sometimiento, no tiene su fundamento en el delito, sino que en cuanto garantiza el pago de la composición, se funda en el acuerdo de voluntades entre el ofendido y el culpable.

La obligación primitiva tiene una estructura compleja y no puede ser considerada simplemente como la sanción a un ilícito, la obligación se presenta como un "vínculo resoluble", como una "prisión redimible", como un vínculo de garantía, es decir, la realización de un determinado evento para quien tiene bajo su poder al obligado⁵.

El delito privado en un primer momento, producía solamente el efecto de exponer al culpable a la represalia del ofendido; sin embargo, tal exposición a la represalia no puede ser considerada como una *obligatio*, dado que el ofendido no tenía otro derecho distinto que la venganza.

En un segundo momento, la venganza podía evitarse a través de la *pactio* entre culpable y ofendido, lo cual garantizaba a éste último una satisfacción diversa, el precio por el rescate del culpable. Si el culpable o bien un tercero se entregaban en calidad de rehenes al ofendido, surgía una obligación, puesto que su situación era precisamente de obligados, generándose un vínculo, una *obligatio* que venía a garantizar a quién sufrió la ofensa el pago de la compensación⁶. Por tanto, de la *pactio* surge una obligación a cargo del culpable y a favor del ofendido, pero esta obligación tiene su causa no en el delito, sino en

*Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

BONFANTE, P., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1987, p. 304; LUZZATO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obligazioni romane* Giuffré, Milano, 1934, p. 23 y ss.; LOUZAN DE SOLIMANO, N. D., *Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1979, p. 241 y ss.

² Cfr. BETTI, E., *La struttura dell' obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Giuffré, Milano, 1955, p. 109 y ss.; ARANGIO-RUIZ, V., *op. cit.*, p. ; MONCAYO RODRIGUEZ, S., "Origen de la obligación romana", en *Boletín Informativo*, No. 20, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1987, p. 117 y ss.

³ BONFANTE, P., *Storia del diritto romano*, Vol. II, Giuffré, Milano, 1959, p. 208 y ss.

⁴ Sobre el origen y caracteres del *nexus* véase BAUDÓN, H. R., *Evolución del espíritu de las obligaciones en Roma*, Librería jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1912, p. 78 y ss.

⁵ BETTI, E., *La struttura dell' obbligazione romana cit.*, p. 82, 84, 85, 109.

⁶ BETTI, E., *op. cit.*, p. 109 y ss. BRASIELLO, "Obbligazione (diritto romano)" en *Novissimo digesto italiano*, XI, UTET, Torino, 1965, p. 558.

el acto mismo del obligado, encaminado a constituirla, en tales circunstancias, el delito privado no puede ser considerado la fuente de la obligación, no era lo que la originaba, era solamente el motivo, la ocasión para contraer la obligación.

Del delito privado como fuente de obligaciones puede hablarse sólo cuando la composición es impuesta directamente por la ley, es decir, cuando el régimen de las llamadas composiciones legales substituye a la práctica de ofrecerse como rehén para garantizar el pago de la composición contraída libremente. Ahora es la ley la que vincula la obligación al ilícito cometido por el particular⁷.

En base a esta construcción rudimentaria de contrato se fueron perfilando poco a poco, otros actos que tenían por objeto prestaciones económicas como por ejemplo el mutuo.

2. Los contratos en la época arcaica

Resulta difícil debido a la escasez de fuentes, la tarea de individualizar los negocios de que disponían los ciudadanos romanos para la regulación de sus intereses particulares en este periodo.

De la clasificación de las obligaciones *ex contractu* que Gayo señala en la Institutas (3. 89.), son de excluirse del derecho de la XII tablas las obligaciones *consensu contractae* y las obligaciones *litteris contractae*.

De las obligaciones *verbis contractae* en el derecho decemviral seguramente era conocida la *sponsio* y algunos actos a través de los cuales una persona tomaba el lugar de *praes* de *vas*, o de *vindex*, éstos últimos casos se remontan, inclusive, a la etapa predecemviral.⁸

De las obligaciones *re contractae*, en este derecho debieron ser regulados el mutuo informal⁹ y el *nexus*.

A continuación se revisan estos casos:

a) *praedes*, *vades* y *vindex*. Se trataba de garantías personales, en donde, el garante substituye a la parte deudora, quedando como único deudor en la relación jurídica.

Los *praedes* son garantes de una cosa litigiosa en el procedimiento de las *legis actiones*, asumían mediante una pregunta y respuesta, la garantía para el pago de deudas de particulares; en este tipo de procedimiento, el pretor asignaba la posesión interina de la cosa reivindicada a una de las partes y ordenaba de proporcionar al adversario los *praedes*

⁷ ARANGIO-RUIZ, V, *op cit.*, p. 287.

⁸ BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, 2000, pp.411-12

⁹ Cfr. TALAMANCA, M., "Contrato e patto del diritto romano". En *Digesto, delle discipline privatistiche*, IV, UTET, Torino, 1995, p.62.

litis et vindicarum, para garantizar la restitución al vencedor, después de que se defina la *lite*, o bien garantizar el pago de la suma de la apuesta, *praedes sacramenti*, suma que se entregaba al Estado.

También se habla de *praedes* en relación a los contratos de emprendedores de obras públicas, o bien en las cauciones de los magistrados municipales. En el proceso formalizar los *praedes* desaparecen y ésta garantía es sustituida por la promesa del poseedor interino con la *cautio pro praede litis et vindicarum*.

Los *vades*, eran los fiadores que garantizaban la comparecencia del demandado, en el período de la *legis actiones*, para el caso de que las actuaciones no concluyeran el mismo día en el que las partes fueron citadas.¹⁰

El *vindex*, era un fiador que en la *in ius vocatio*, en la *manus injectio*, o durante el procedimiento de las *legis actiones*, garantizaba la comparecencia del demandado.

b) La *sponsio/stipulatio*. La *sponsio* en origen era un juramento, un acto solemne de carácter promisorio, que se integraba por una pregunta (*interrogatio*) y una respuesta (*responsio*). De acuerdo con la Doctrina dominante¹¹ la *sponsio* primitiva tenía carácter de caución y estaba reservada solamente a los ciudadanos romanos. El *sponsor* no era el deudor, sino el garante, lo que suponía la existencia de una deuda principal en caso de incumplimiento, éste asumía los efectos que dicho incumplimiento producía y la responsabilidad no se transmitía a sus herederos.

De acuerdo con ésta opinión, de ésta originaria función de garantía, la forma *verbis* se utilizó posteriormente “como un modo general de vinculación contractual del deudor”.¹²

Probablemente cuando la *sponsio* era un juramento, el deudor repetía la forma verbal pronunciada, más que por el acreedor, por el *pontifex*, tiempo después, cuando la *sponsio* dejó de tener un carácter religioso, el acreedor substituye al *pontifex*.¹³

c) Mutuo informal. El mutuo es un contrato unilateral en virtud del cual una persona (mutuante) transfiere la propiedad de una suma de dinero o de una cantidad de cosas fungible a otra persona (mutuario), quien se obliga a restituir otra cantidad de cosas del mismo género o de la misma calidad.

Se piensa que en época remota el mutuo primitivo, habría consistido en la simple *datio* de la cosa, que más que una suma de dinero, el mutuo habría tenido por objeto semilla o productos agrícolas, no requiriéndose un acto formal o material para la generación de la responsabilidad, como en los casos anteriores; la no restitución, era considerado un acto de particular gravedad, pues se le hacía entrar en la categoría del *furtum*, carácter penal que desaparece en la época de las XII Tablas.

¹⁰ Se llamaba *vadimonium* al acto de garantía que realizaba el *vas*.

¹¹ KASER, M., *Derecho romano privado*, trad. José Santa Cruz Teijero, Reus, Madrid, 1982, p.251.

¹² GARCIA GARRIDO, M. *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1990, p.331.

¹³ TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*, Giuffré, Milano, 1990, p. 560.

d) *Nexum*. Es una institución del Derecho arcaico de la que se tienen pocas noticias¹⁴ surgió como un *gestum per aes et libram*, y servía para constituir un vínculo que garantizaba la restitución de una cantidad de cosas recibidas en préstamo y que se pesaban en la balanza, se pesaba la moneda no acuñada, las semillas que servirían para la siembra o los cereales utilizados para la propia subsistencia, hasta la próxima cosecha.

El sujeto pasivo del *nexum*, era aquel que debía una cantidad de dinero o de cosas fungibles; el acreedor (*mancipio accipiens*) mediante el *nexum* adquiría un derecho sobre la persona del deudor, poder que se traducía en un auténtico estado de prisión por parte del obligado, el cual era entregado al acreedor, quien estaba facultado a servirse de la fuerza laborativa del deudor para obtener la satisfacción del crédito, sin necesidad de acudir a la *manus injectio* para la ejecución, éste derecho se extinguía solamente con la *solutio per aes et libram*.

El *nexum* desapareció a fines del siglo IV, con la votación de la *Lex Poetelia Papiria del 326 a. C.*. Que introduce una responsabilidad de carácter patrimonial, suprimiéndose la sujeción material del deudor al acreedor.

De lo que se ha expuesto, parecería que el *nexum*, y el mutuo informal no son las figuras más antiguas que habrían generado obligaciones, dado que -como señala Talamanca¹⁵- el primero requiere de la existencia de una economía monetaria y el segundo se sustentaría en una noción de propiedad que se hubiese alejado de la primitiva concepción de propiedad colectiva de los medios de producción, si es verdad como se mencionó arriba, que el mutuo habría tenido por objeto más que una cantidad de dinero, la semilla o productos agrícolas necesarios para la propia subsistencia.

En este orden de ideas, las figuras que se remontan a épocas precedentes son las del *sponsor*, *de los vades y praedes*, que asumen la función de garantes y que responden a la estructura primitiva de la obligación en la que el obligado quedaba vinculado, en calidad de rehén, garantizando el pago.

3. Los contratos en el periodo Republicano

No hay muchas noticias sobre el desarrollo de los contratos durante los tres primeros siglos de la República, época en la que se gestaron aspectos fundamentales para el desarrollo de los contratos, de acuerdo a cuanto resulta en el periodo clásico.

Las figuras de *vades*, *praedes*, *nexi*, pierden relevancia y tienden a desaparecer en este periodo, surgiendo otros tipos de contratos como por ejemplo la *dotis dictio*, que era una declaración solemne por parte de quien constituye la *dote*, que podía ser el padre, el abuelo paterno o la mujer, si era *sui iuris* y el *ius iurandum liberti* o promesa que

¹⁴ VOLTERRA,E. *Istituzioni di diritto privato romano*, La Sapienza editrice, Roma, 1993, p. 474-475.

¹⁵

realizaba el liberto antes de la *manumissio* y que renovaba después de dicho acto en relación a los servicios que debía prestar al patrón.

Durante este periodo se inician una serie de transformaciones socio- económicas que impactan necesariamente en el desarrollo del sistema contractual, apareciendo nuevas figuras.

Siguiendo la construcción de Gayo, haremos primero referencia a las obligaciones *litteris contractae* y posteriormente a los *consensu contractae*

Los contratos literales. La práctica de usar la escritura en los negocios jurídicos fue extraña al mundo Romano, su inclusión se debe a la influencia de modelos greco-helenísticos¹⁶ en donde su uso era bastante común. Su aparición se remonta a inicios del siglo II a.C., pues están vinculados a los libros contables del *paterfamilias* y a la difusión del uso de la escritura¹⁷. Consistía en el registro que el *paterfamilias* hacia en el libro mayor (*codex accepti et expensi*) de la suma de dinero (o cantidad de cosas fungibles) que el deudor le debía, el negocio era llamado *transcriptio*, y *nomen transcripticium* era la deuda consignada en el registro. Este tipo de contrato cayó en desuso durante la fase clásica

El desarrollo de la actividad económico-agrícola paralela a la expansión geográfica de Roma, da lugar a un intercambio de productos entre los territorios conquistados, las relaciones económico-sociales se desarrollaron intensamente en los dos últimos siglos de la República¹⁸, proceso de transformación que se acentúa más, después de la segunda guerra pacífica y con las grandes conquistas que ésta trajo aparejadas, las condiciones generales de la economía tuvieron un gran desarrollo¹⁹. Las conquistas y la sucesiva explotación de las provincias hacen llegar a Roma gran parte de riquezas del mundo: inmensas sumas de dinero, objetos de oro y plata²⁰, riquezas de las que era titular el estado y la clase senatorial y junto a esta una clase numerosa e influyente de ciudadanos romanos, que a través de especulaciones de las provisiones de los ejércitos, préstamos de dinero, y negocios relativos a los impuestos provinciales se convirtieron en detentores de grandes fortunas y propietarios de vastísimas extensiones de tierra.²¹

La inversión más frecuente de estos capitales era la adquisición de tierras, pero hubo también inversiones en empresas de tipo industrial²² aún cuando fueran de pequeñas dimensiones, se incrementó la producción, resultando el mercado interno y externo

¹⁶ KASER, M., *op cit*; p 46.

¹⁷ TALAMANCA, *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 577.

¹⁸ Cfr. DE MARTINO.F, *Storia economica di Roma Antica*, Vol I, Firenze, 1979, pp.126 y 185; ROSTOVZEV, M., *Storia económica e sociale dell' Imperio Romano*, Firenze, 1973, pp 17-18; TOUTAIN, J., *L'economia antica*, Milano, 1968, pp. 251-252.

¹⁹ Cfr. CARDINALI, G., "Vita economica e sviluppo demografico di Roma", en *Enciclopedia Italiana*, Vol. XXIX, Roma, 1949, p. 658.

²⁰ ROSTOVZEV, *Loc. cit.*

²¹ Cfr. VOLTERRA, "La base economica della elaborazione sistematica del diritto Romano"; en *Revista Italiana per le scienze giuridiche*, Vol, XI, Milano, 1967, p 246, ROSTOVZEV ,*op cit*, p.14.

²² CARDINALI, G., *op. cit.*, p. 659.

considerablemente ampliado. Italia asumió una gran relevancia comercial y representó el centro de la vida económica de esa época.

Los factores: desarrollo económico e intensificación de las relaciones comerciales entre las provincias conquistadas, impactan necesaria y profundamente el funcionamiento de los tradicionales contratos, abriendo paso a nuevas formas contractuales.

La innovación más importante en la esfera contractual se da en los dos últimos siglos de la República con la introducción de los contratos consensuales es decir, aquellos que se perfeccionaban por el simple acuerdo o *consensus*.

Se dice²³ que estos contratos tienen su origen en las convenciones de comercio internacional que realizaban comerciantes romanos y extranjeros y que eran tutelados en principio por el *praetor peregrinus* y posteriormente son incorporados al derecho civil romano y podían practicarse también entre ciudadanos romanos, de ahí el carácter de buena fe que las acciones que los protegen, tuvieron siempre.

Son consensuales la compraventa, la *locatio conductio*, la sociedad y el mandato, sin embargo quizás no sea posible considerar que el origen y desarrollo de estos contratos pueda reconstruirse de manera simultanea y unitaria.²⁴

4. La noción de contrato en el Derecho Clásico

El desarrollo del sistema contractual a fines de la república conduce al planteamiento de cual era la noción que del contrato tenían los juristas clásicos romanos. Para la elaboración de dicha concepción, un aspecto relevante que se debe tomar como punto de partida es el relativo a la terminología utilizada en las fuentes

Contractus deriva de *contrahere*, término que es usado en las fuentes jurídicas y literarias con significados diversos, se utiliza como sinónimo de *commitere* (cometer) cuando se habla de *contrahere crimen*, o de *constituere* (constituir) cuando se emplea en la expresión *contrahere amicitiam*, de igual modo se aplica al hecho de contraer matrimonio, *contrahere nuptias, matrimonium*, a la constitución de derechos reales, *res contrahenda*, etc.²⁵

²³ Cfr. ARANGIO RUIZ, V, *Instituzioni di diritto Romano*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p 374-375.

²⁴ Cfr. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, op. cit., p. 64.

²⁵ DI PIETRO A. Y LAPIEZA ELLI, A., *Manual de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires, p. 281.

El término *contractus* de aparición relativamente mas reciente, no es utilizado por los autores clásicos como Tito Livio, Cicerón, Tacito, Suetonio o Julio Cesar²⁶ tampoco aparece en los antiguos textos jurídicos como las XII Tablas o el Edicto Perpetuo, su introducción se remonta a fines de la República por Aulo Gelio, Not. At. 4. 4. *Is contractus stipulationum sponsio numane dicebatur sponsalia*, (esta declaración o *sponsiones* fueron denominadas, *sponsalia*) y es utilizado por Pomponio y Gayo en la fase Clásica.

Contractus, si bien es vinculado en los fragmentos de los juristas romanos a la creación de un vínculo obligatorio, no es concebido de manera uniforme. Así tenemos que Gayo le atribuye un significado muy amplio al señalar:

Gai. 3. 88.

Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Gai. 3. 88.

Toda obligación nace del contrato o nace del delito.

En este fragmento al contraponer el contrato al delito como generadores de obligaciones, Gayo termina por comprender con el término *contractus* toda fuente de obligación diferente al delito, es decir todo acto lícito

Por otro lado, se atribuye a *contractus* un significado restringido y específico por el jurista Labeón, citado por Ulpiano (D. 50.16. 19.)

D. 50. 16. 19.

Labeo libro primo Praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur, ut, in stipulatione, vel numeratione; contractum autem ultro citro, que obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant, veluti amptionem, venditionem, locationem, conductionem, societatem; gestum rem significare sine verbis factam.

D. 50. 16. 19

Labeón define en el libro primero del pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra acto es general, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y de otra parte lo que los griegos llaman *synallagma* como la compra, venta, locación, conducción y sociedad gestionado significa cosa hecha con palabras.

El jurista pretende explicar el significado de los verbos *agere, contrahere* y *gerere* y sus respectivos participios *actum, contractum, gestum*, en su opinión *agere* y *actum* tenían un significado general, mientras que *contrahere* y *contractum*, tenían un significado mas específico comprendiendo solamente los contratos consensuales como la

²⁶ Señala SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Trad. De José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 446, que el primer texto no jurídico es introducido por Varrón, *De rustica*, 1. 68. a propósito de la conservación y el prensado de las uvas (...*mutato et contractu acinorum...*)

compraventa, sociedad y locación, señalando otro aspecto, el de la bilateralidad, poniendo el contrato como generador de obligaciones para ambas partes.

En el *actum*, en cambio comprende obligaciones *verbis* o *re contractae*, como ejemplo la *stipulatio* o la *numeratio* (mutuo), quedando éstas implícitamente excluidas de la categoría del contrato.

Es de destacar que este fragmento admite la posibilidad de concluir un negocio a través del sólo consentimiento, aún cuando identifica en este caso únicamente a los contratos consensuales.

Otro fragmento relevante que pone el acento sobre el elemento del acuerdo en el contrato, también del jurista Ulpiano, en el que se refiere al pensamiento de Sesto Pedio, jurista de finales del siglo I, es el siguiente:

D. 2. 14. 1. 3.

Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dictat Pedius nullum, esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis (sive litteris) fiat.

D. 2. 14. 1. 3.

Mas de tal modo es genérica la palabra convención que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en si no contenga una convención, ya se haga de cosa, y de palabra o que se haga de escritura.

El jurista Pedio quería indicar en el texto que independientemente del acto de carácter formal o real debería existir siempre una *conventio*, es decir el acuerdo de las partes en relación a los intereses que con ese acto pretendía regular. Lo que no significa necesariamente que la *conventio* fuera entendida como único elemento del contrato del cual derivasen sus efectos jurídicos, al respecto es necesario recordar lo manifestado por Ulpiano²⁷ en D. 2. 14. 7. 4. en donde afirma que el acuerdo de las partes o *conventio* no es suficiente para constituir obligaciones, siendo que junto a la *conventio* exista la causa, es decir, que la congruente voluntad de las partes se dirija a alguno de los fines que el propio *ius civile* haya considerado digno de tutela y que las partes deban adecuar sus manifestaciones de voluntad a particulares formas de celebración, establecidos taxativamente por el *ius civile*, en caso contrario no se generaba una obligación civil protegida por acciones, sujetándose únicamente a la tutela del derecho honorario mediante excepciones. La causa civil estaba constituida por las formas especiales de celebración que daban prioridad a las solemnidades prescritas por la ley, antes que la manifestación de voluntades de los contrayentes; causa civil que en los contratos verbales se traducía en la solemnidad verbal, en los literales el uso de la escritura, en los reales la entrega o dación de la cosa, en los consensuales al solicitarse el simple *consensus*, la *causa civilis* debían buscarse en la correspondencia de los intereses patrimoniales de las partes.

²⁷ D. 2. 14. 7. 4. Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido entonces que por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción.

Finalmente Gayo (3. 89.) después de haber señalado que las obligaciones nacen del contrato o del delito, clasifica en cuatro *genera* las que nacen de los contratos:

*Aut enim re contrahitur obligatio aut
verbis aut litteris aut consensu*

Ya que una obligación es contraída por la cosa, por palabras, por escrito o por el consentimiento.

Posteriormente expone el contenido y estructura de cada uno de los contratos.

De la exposición de Gayo resulta que esta clasificación lejos de crear una teoría del contrato, se vincula limitadamente a las fuentes de las obligaciones, determinando cuáles actos deben celebrar las partes para hacer nacer obligaciones, la trasmisión de una cosa para las obligaciones *re contractae* el pronunciamiento de palabras solemnes para las obligaciones *verbis contractae*, la escritura de determinadas formulas para las obligaciones *litteris contractae* y el simple acuerdo para las obligaciones *consensu contractae*. Sin embargo en todas las figuras de contratos aparece como una constante relevante un elemento común: la bilateralidad de la manifestación de la voluntad de las partes que se articula en torno a un mismo fin: el acuerdo, por supuesto basándose en una causa taxativamente determinada por el derecho civil. De manera que la noción de contrato en Gayo es coincidente con la de negocio bilateral productor de obligaciones.

En el derecho clásico podemos decir que los juristas llegaron a afirmar que en cada contrato, debe estar presente una *conventio*, pero no definieron el contrato identificándolo con la *conventio* o simple acuerdo.

5. Derecho Justiniano

En este derecho, el “sistema contractual” no presenta grandes transformaciones que nos lleven a pensar en una nueva construcción teórica del contrato diversa a la del derecho clásico.

En el sistema Justiniano la clasificación de los contratos continua vinculándose a las fuentes de las obligaciones y se mantiene la cuatripartición *re, verbis, litteris, consensu*.

Continua distinguiéndose entre *contractus* y *pacta*. El derecho Justiniano aún reconociendo el *consensus* o *conventio* como elemento común a todos los contratos no llega a construir una teoría unitaria del contrato que lo identifique con la *conventio* o acuerdo.

Es hasta el derecho bizantino, que Teófilo en la Paráfrasis de las Instituciones (3.13.2.) define finalmente el contrato como un acuerdo; lo que constituye el más preciso antecedente de la moderna concepción del contrato.²⁸

6. Conclusión

Si bien, es cierto que, los juristas romanos no elaboraron una teoría del contrato y en particular no identificaron el *contractus* con la *conventio*, no deben soslayarse los múltiples esfuerzos encaminados a identificar en el *consensus* un elemento esencial de todo contrato.

La concepción limitada a los contratos consensuales de Labeón; la visión teórica de Sexto Pedio afirmando la necesidad que en todo contrato (*re, verbis o litteris*) estuviera presente la *conventio* o acuerdo; la clasificación de Gayo en *re, verbis litteris* y *consensu*, reconociendo en todo contrato la bilateralidad, constituyen sin duda una constante tendencia a reconocer mayor relevancia jurídica a la voluntad individual y autónoma de las partes²⁹ e identificar en el acuerdo el elemento esencial de los contratos, que sirva de base segura para la elaboración de la moderna concepción del contrato.

²⁸ Cfr. Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré, Milano, 1990, p. 537; Volterra, E., *op. cit.*, p. 455.

²⁹ Astuti, G., "Contratto (dir. Interm.) en *Enciclopedia del diritto*, vi., Giuffré, Milano, 1960, p. 760.

FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Josefa Montalvo Romero*

RESUMEN: En las últimas décadas, el Derecho del Trabajo ha sufrido transformaciones importantes en el contexto de la globalización. Una de las instituciones que ha resentido este embate es el contrato de trabajo. La flexibilización como elemento característico de las nuevas relaciones laborales, esta provocando la transformación del concepto de relación o contrato de trabajo así como la modificación de sus elementos. De manera especial se analiza a la subordinación como un elemento que aunque indispensable en el contexto legal para hablar de relación de trabajo, en la práctica vemos que cada vez es más difícil identificarla como componente de la relación laboral.

Palabras claves: Contrato de Trabajo o Relación Laboral y La subordinación.

ABSTRACT: In the last decades, Labor Law has suffered important transformations in the context of globalization. One of the institutions that has resented this attack is the labor contract. Flexibility as a characteristic element of new work relations is provoking the transformation of the concept of work relation or contract as well as the modification of its elements. Subordination is analyzed in a special way as an element although needful in the legal context to talk about work relation, in practice we see that every time it is more difficult to identify it as a component of work relationship.

Key words: Labor Contract or Relation and subordination.

SUMARIO: 1. Contexto flexibilizador. 2. La subordinación. 3. Contrato vs Estatuto. 4. Reflexión final.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana e Investigadora Nacional Nivel 1.

1. Contexto flexibilizador.

La presencia de la flexibilidad en la contratación laboral representa la desaparición de la rigidez de los contratos que contempla nuestra legislación. Los planteamientos flexibilizadores, en su mayor parte, cuestionan la viabilidad actual del modelo jurídico que constituyen los contratos de trabajo típicos, donde la relación de trabajo cumple con todos sus elementos (prestación de un trabajo personal en relación directa con el patrón, mediante el pago de un salario, dentro de una empresa determinada, etc.) reforzando principios como la estabilidad¹ en el empleo, considerados pilares del derecho laboral.

Frente a esta contratación surge la “atípica o precaria” donde los elementos tradicionales para definir la relación de trabajo comienzan a dividirse, y la variación en horarios y tiempo de trabajo es inevitable.

Aunado a lo anterior, se presenta la descentralización productiva como una forma de organización de la actividad empresarial en virtud de la cual una empresa decide que determinadas actividades, necesarias para el cumplimiento de su fin productivo, sean realizadas por otras empresas distintas, estableciendo para tal efecto los contratos civiles o mercantiles necesarios para la ejecución y cumplimiento del encargo.

2. La subordinación.

En esta nueva cara de la contratación laboral, la subordinación como elemento definitorio de la relación de trabajo juega un papel determinante.

En todas las legislaciones donde se ha desarrollado el Derecho del Trabajo, siempre la relación laboral ha tenido la forma de una persona que sirve a otra configurándose la sumisión de la voluntad.

La Suprema Corte de la Nación ha señalado que la sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón

¹ La principal amenaza del principio de estabilidad laboral, lo representa el auge que está teniendo la contratación por obra o tiempo determinado.

o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado con la tensión entre la idea de contrato, que postula la autonomía de las partes, y la idea de subordinación, que excluye esa autonomía.

Alain Supiot establece que esta tensión ha llevado a construir sobre el terreno colectivo la autonomía que no podía edificarse en el terreno individual, y a hacer así jurídicamente compatibles la subordinación y la libertad. La subordinación individual y la libertad colectiva constituyen, pues, las dos caras de una misma moneda; los cambios que afectan a una, como la debilitación de lo colectivo, o la alteración de la subordinación, no pueden dejar de incidir en la otra.²

Sería importante preguntarse: ¿Cuándo existe vínculo de dependencia o subordinación?. La relación de trabajo debe ubicarse como una relación de jerarquía y no propiamente de desigualdad entre las partes. Mientras la desigualdad designa, de manera general, el producto de una comparación objetiva entre situaciones de hecho eventualmente independientes una de otra, la jerarquía designa siempre un vínculo de derecho.

En este contexto si hablamos de una desigualdad entre trabajador y patrón, se trataría de una relación de desigualdad que crea el derecho y no una situación que ignora o combate.

Esto explica el principio jurídico de desigualdad en que se funda la subordinación de la relación laboral. Sin embargo, esta desigualdad no afecta la validez del sistema jurídico que reconoce su igualdad formal, su igualdad frente al derecho.

Lo cierto es que la relación o contrato de trabajo crea una jerarquía entre iguales. La clave de esta construcción jurídica es la autonomía de la voluntad de los que se ubican en este supuesto de subordinación de manera libre.

La dependencia o subordinación se presenta a través de diversas manifestaciones, por ejemplo:

- a) Que se exija al trabajador la asistencia al trabajo,
- b) El cumplimiento de un horario,
- c) Que exista la obligación de seguir las instrucciones impartidas por el patrón,
- d) Que el desempeño de las funciones se realice bajo vigilancia del patrón.

Así puede entenderse la subordinación como el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido en sus prestaciones, por razón de su contrato; y

² Alain Supiot, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Trad. José Luis Gil y Gil, Ministerio del Trabajo, España, 1997, p.134.

que proviene de la potestad del patrón o empresario para dirigir la actividad de la otra parte.³

Este poder de dirección se ve claramente limitado por la cualificación profesional (competencia profesional), pues el patrón no puede desconocerla ya que determina el tipo de trabajo que se puede desempeñar por el trabajador; sin olvidar que el puesto de trabajo al que se encuentra realmente adscrito el trabajador juega también un papel determinante.

El objeto de la subordinación se traduce en una renuncia –por parte del trabajador asalariado– a su voluntad autónoma, pues la somete a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones que debe cumplir durante la relación de trabajo. Mientras mayor sea la indeterminación de las funciones y obligaciones del trabajador, mayor será el poder de dirección que el patrón tenga sobre el mismo.

Por otra parte, el principio de subordinación, conjugado con el de libre rescindibilidad del contrato de trabajo por cualquiera de sus partes, impone que el trabajador acate las órdenes y decisiones en materia disciplinaria como de servicio; a menos que considerando que existe un incumplimiento contractual por exceso, funde en ello una acción declarativa de rescisión y reclame la indemnización por despido.

Siguiendo a Alain Supiot,⁴ es preciso aclarar que en materia civil la voluntad se compromete, en el derecho del trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador se analice en la empresa como sujeto y como objeto del contrato o relación.

3. Contrato vs Estatuto.

Las discusiones respecto de este binomio las podemos fundamentar en dos culturas de mucha tradición: la romanista y la germánica.

En términos generales, la cultura romanista analiza la relación de trabajo como una operación de intercambio entre sujetos formalmente iguales, es decir, sitúa esta relación en la órbita del derecho de obligaciones. “Esta caracterización jurídica de la relación de trabajo correspondía perfectamente al pensamiento económico liberal, tal y como se edificó a partir del siglo XVIII; pensamiento que construyó la idea de mercado, apoyada en el principio del libre cambio entre individuos formalmente iguales”.⁵

Dentro de los contratos consensuales contemplados por el derecho romano existe la *locatio-conductio* (arrendamiento) por el que a cambio de una merced o remuneración, un sujeto se obliga a procurar a otro el uso o disfrute de una cosa –*locatio conductio rei*–, o a

³ Cabanellas. Voz. Contrato de trabajo, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 239.

⁴ *Ibidem.*, p.147.

⁵ *Ibidem.*, p.32.

prestarle determinados servicios –*locatio conductio operarum*–, o a realizar una obra –*locatio conductio operis*–.⁶

Los romanos consideraban las *operae* (actividad laboral) de un individuo como una cosa corporal –como consecuencia de la distinción entre libres y esclavos– y que traía del trabajo servil la principal fuente de energía para la producción industrial y agrícola.

El *paterfamilias* disponía de las actividades de sus hijos y esclavos tanto para utilizarlas él mismo, como para ponerlas a disposición de terceros arrendando sus servicios. Caso contrario era el del hombre libre *sui iuris* que se obligaba voluntariamente a poner su propia actividad de trabajo a disposición de otros.⁷

Por su parte, la cultura jurídica germánica concibe, en su versión más radical, un repudio total al contrato en el análisis jurídico de la relación de trabajo.

Para el derecho germánico, esta última se define como una relación comunitaria, producto de la integración del trabajador en la comunidad de trabajo. La pertenencia de hecho a la empresa es la verdadera fuente de la relación jurídica de trabajo, donde el trabajador asalariado se encuentra en una posición estatutaria, y no contractual, que le confiere derechos y obligaciones de acuerdo a su función en el seno de la comunidad. Es así que se concibe a la relación laboral como una situación de pertenencia personal a una comunidad, ubicándola en la órbita del estatuto de las personas, y donde se restituye a la relación entre personas, el puesto primero que él correspondía en el análisis jurídico preindustrial de la relación de trabajo.

En el Derecho del Trabajo se ha venido realizando la sustitución de contratos de trabajo por contratos civiles, donde aparece una amplia gama de actividades profesionales que teniendo la característica de la subordinación en la práctica adquieren un régimen de autonomía, como los colaboradores, los agentes de comercio, etc., que pueden ubicarse dentro del contrato de trabajo o al margen de éste, según el régimen jurídico adoptado por las partes.

Aquí lo importante es deslindar el ámbito de las relaciones que por su naturaleza pueden regirse por la autonomía de la voluntad de las partes, inherente al Derecho Civil, de aquellas que corresponden al Derecho del Trabajo y que se rigen por el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Cabe señalar que el contrato ha servido de marco a la definición jurídica de la relación de trabajo, pero que el mantenimiento del marco contractual no ha sido posible sino mediante la absorción, por parte del contrato, de un estatuto del trabajador asalariado, estatuto que se halla definido por la ley, la jurisprudencia, el contrato colectivo o los usos.

Aunado a lo anterior nos encontramos que entre los trabajadores realmente subordinados y los empresarios realmente independientes, está apareciendo una tercera categoría: la de los trabajadores que son jurídicamente independientes o autónomos, pero

⁶ Iglesias, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11^a ed., Ariel, Barcelona, p. 1993.

⁷ Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995, p. 464.

económicamente dependientes.⁸ Bajo esta perspectiva, la idea fundamental sería la de ampliar las fronteras del Derecho Laboral en la contratación del trabajo de los independientes o autónomos.

Frente a esta contratación tradicional, se opone hoy la llamada contratación “atípica o precaria” en la que los horarios y la duración del trabajo son diferentes a los regulares; pueden existir varios patrones, contratos en los que no se protege al trabajador contra el despido, el trabajo puede prestarse fuera de la empresa, etc.

4. Reflexión final.

No debemos perder de vista que hemos dejado atrás la concepción de las relaciones de trabajo de modelo fordista donde el trabajo típico de duración indefinida era la piedra angular, que garantizaba al trabajador una vida asegurada a cambio de su situación de dependencia. Hoy podemos observar que han surgido otros modelos de organización del trabajo debido, principalmente, a tres causas:

- Influencia de la elevación del nivel de calificación profesional (y de la autonomía profesional consiguiente, que aumenta al margen de la subordinación contractual).
- Influencia de la presión creciente de la competencia en unos mercados más abiertos.
- Influencia de la aceleración de los progresos técnicos (sobre todo en materia de información y de comunicación).

Estos nuevos modelos de la organización del trabajo son muy variados y se caracterizan por una pluralidad de modos de producción, los cuales inciden en las diversas variantes de la realización del trabajo; donde podemos ubicar el trabajo por cuenta propia, la subcontratación o la utilización de mano de obra del exterior, que pueden ser formas de eludir la responsabilidad patronal frente al trabajador.

En Europa esta idea se concretiza con la propuesta de formar un derecho común del trabajo, sin perjuicio de que algunas de sus ramas se adapten a las diversas situaciones (trabajo subordinado tradicional, trabajo quasi-subordinado, es decir, económicamente dependiente, etc.).

⁸ Un ejemplo claro lo constituye el teletrabajo, definido como aquel que se realiza apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción y el trabajador no mantiene contacto personal con sus colegas, pero está en condiciones de comunicarse con ellos por medio de las nuevas tecnologías.

De esto puede desprenderse que ese derecho del trabajo sin fronteras abarcaría en forma enunciativa y no limitativa:

- El trabajo subordinado tradicional.
- El trabajo eventual o por tiempo determinado.
- El trabajo quasi-subordinado, esto es, jurídicamente independiente, pero económico dependiente.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Voz. Contrato de trabajo, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 11^a ed., Ariel, Barcelona.

SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*, Trad. José Luis Gil y Gil, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, España, 1997.

TORRENT, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza, 1995.

***Globalización y Derecho en el Curso-Taller Experiencia
Recepclonal del modelo educativo de la Universidad Veracruzana***
Sara Luz Quiroz Ruiz*

Resumen: Ante la complejidad representada en el pluralismo jurídico emergente del proceso de globalización, es de suma importancia formar al estudiante en la investigación e interesarlo en su práctica, a través del curso-taller denominado experiencia recepcional.

Palabras claves: globalización, aprendizaje del Derecho, investigación jurídica.

Sumario: Introducción. 1. Proceso de Globalización y el Derecho. 2. De la Enseñanza al Aprendizaje de los saberes jurídicos 3. El Curso-taller Experiencia Recepclonal en el Aprendizaje de los Saberes Jurídicos. Reflexión Final. Bibliografía.

Introducción.

La pertinencia social en el aprendizaje de los saberes jurídicos, ha interesado a por lo menos, tres generaciones de juristas a las cuales pertenecen: Héctor Fix Zamudio, Jorge Witker Velásquez, Rafael Sánchez Vázquez y Miguel Carbonell, legado iniciado en los años sesenta del siglo pasado, conteniendo entre lo más reciente las obras: *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana* de Rafael Sánchez Vázquez y *La Enseñanza del Derecho* de Miguel Carbonell, estudiosos del Derecho en cuyo pensamiento y acción expresan, la prospectiva de la docencia jurídica versus la enseñanza tradicional del Derecho.

Interés que comarto dado que; por una parte, el impacto del proceso de globalización al Derecho es parte de la práctica docente y por otra, ante la necesidad de

* Candidata a Doctora en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docente en la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana (UVER), Campus Xalapa.

innovar el plan de estudios de la Decana¹ Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, cuya vigencia inició hace veinticinco años, pues si bien el actual en los diez semestres comprende la práctica de la investigación jurídica, su diseño curricular se encuentra desarticulado con el actual desarrollo exógeno de México.

En consecuencia, para innovar el plan de estudios mencionado, ha sido propuesto a la Junta Académica de la Facultad de Derecho, un diseño curricular según la estrategia denominada Nuevo Modelo Educativo Integral y flexible (MEIF),² el cual abarca tres áreas de formación: la básica que se bifurca en la iniciación general, cuya información vinculará al estudiante con el ambiente y la relativa a la iniciación a la disciplina, seguida del área de formación disciplinar, la correspondiente a la formación terminal y la formación libre, propuesta que elimina de cada módulo el curso ahora semestral de Seminario y propone en el área de formación terminal dos curso-taller denominado: Experiencia Receptacional.

Dicha política educativa es congruente con aquella que inicia al estudiante en la investigación desde el nivel básico; pero tal dinámica en los estudios superiores debe tomar en consideración el desarrollo cognoscitivo del sujeto, porque entonces trabajará con operaciones hipotético-deductivas, por lo tanto en la construcción del conocimiento, el estudiante potencializará lo conocido al interactuar con el ambiente y en consecuencia aportará proyectos de desarrollo.

Tal esquema en el proceso de aprendizaje de los saberes jurídicos, implica enfrentar su flexibilidad y extraterritorialidad, notas donde se construye el concepto en que se sustenta el pluralismo jurídico regulador de la interacción de los sujetos en el proceso de globalización, cuya complejidad amerita ser comprendida por el estudiante, a través de esquemas de acción, como lo es el preseminario, práctica por la cual alcanzará la maduración necesaria para generar futuras investigaciones, comenzando por la relativa a su trabajo receptacional, dentro de la experiencia educativa denominada Experiencia Receptacional.

Debido a la tendencia constructivista en que se sustenta el MEIF, es preciso abandonar esquemas estáticos y transitar a los activos; por ello esta reflexión de inicio enfoca, la visión del Derecho ante el proceso de globalización, para enseguida tratar el

¹ Cfr. ESPINOSA TORRES María Del Pilar y Marta Moreno Luce, *Los Planes de Estudio de la Escuela y Facultad de Derecho de la Universidad veracruzana*, Facultad de Derecho, Universidad veracruzana, Xalapa, Enríquez, Veracruz, 2001; ESPINOSA TORRES María Del Pilar, *Reseña Histórica de la Abogacía en el Estado de Veracruz*, Estudios Jurídicos, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad veracruzana, No, 6, Xalapa, Ver., 1977. Estas obras y la investigación para mi tesis de maestría en Derecho titulada Una Visión transdisciplinaria para innovar el plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la UVER, confirman el decanato de esta institución, frente a los treinta y ocho centros escolares particulares ubicados en el territorio veracruzano, donde son ofertados estudios de licenciatura en Derecho.

² El Modelo Educativo Integral y Flexible (MEIF) fue aprobado de manera general por el Consejo Universitario General en su sesión realizada el 30 de julio de 1999, con el propósito de incorporar paulatinamente los planes de estudios de las licenciaturas ofertadas en esa Casa de Estudios.

cambio paradigmático entre la enseñanza tradicional y el proceso centrado en el estudiante, cuyo dinamismo coincide con el subyacente en la globalización; dedicando la atención conseguida hacia una propuesta en torno al curso-taller Experiencia Receptacional.

1. El Proceso de Globalización y el Derecho.

Respecto del proceso de globalización Joseph E. Stiglitz Premio Nóbel en Economía 2002 ha expresado, que es el proceso donde surge fundamentalmente “la integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de las fronteras”.

Tal visión concede más peso a su perspectiva inicial, el sistema económico mundial, sin embargo, al intensificarse el uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), es una realidad que también se refleja en lo político, lo social y cultural, incluso en la protección al ambiente, lo cual significa que es un proceso orientado a la persona y a su personalidad, cuya interacción trasciende a la realidad planetaria.³

Es ahí, llámesela sociedad global,⁴ aldea global⁵, sociedad abierta,⁶ o sea en un espacio desterritorializado, donde se originan la mutaciones del Estado-nación, colocando al Derecho en constante deconstrucción y reconstrucción, reorientaciones o bifurcaciones que le aportan una intensa flexibilidad y extraterritorialidad, con la cual se garantiza la estrecha vinculación entre el sistema de Derecho con la sociedad, trascendida por los flujos de información aprovechando las TIC.⁷

Escenario donde confluyen la dogmática jurídica con los contenidos de juridicidad, por los cuales son expresados los intereses manifestados por las personas según su personalidad, pudiéndose tratar de necesidades o de preferencias, apareciendo así la coexistencia de diversos órdenes jurídicos en un mismo Estado, o sea la yuxtaposición de

³ En torno a las teorías sobre la globalización, pueden consultarse las obras siguientes de IANNI, Octavio, *Teorías de la globalización*, 3^a ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en ciencias y humanidades de la UNAM, Siglo XXI, México, 1998; *La sociedad global*, tr. Leonardo Herrera González, Ed. Siglo XXI, Colec. Sociología y Política México, 1998; *La era del globalismo*, 2^a ed., Ed. Siglo XXI, Colec. Sociología y Política, 2001.

⁴ Octavio Ianni denomina sociedad global, a la que se va construyendo, no de manera autónoma, tampoco es una suma o composición geométrica de las sociedades nacionales, se distingue de esas, porque se revela como una totalidad superior, incluyente, compleja y contradictoria que subsume localidades, nacionalidades, naciones y regiones; que abarca islas, archipiélagos continentes, mares y océanos; que constituye territorialidades y temporalidades desconocidas.

⁵ A la que se refiere Marshall McLuhan entre otros, para identificar las transformaciones de la vida a partir de la ruptura de tiempo y espacio a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

⁶ Es una sociedad abierta, porque sus actores –ciudadanos, agentes económicos, autoridades- determinan y jerarquizan sus intereses sin que se encuentren predeterminados, asumiendo sus responsabilidades con la pretensión de mejorar y posicionar su Estado-nación. Escenario donde el Estado abandona su rol unilateral y comparte responsabilidades con sus gobernados, a partir de sus propios requerimientos y su interés de volverse competitivos, para ello prevalece el ponderar la función más que la estructura, lo que se califica como un sistema autorreferente.

⁷ Cfr. CARBONELL, Miguel, Héctor Fix –Fierro y Rodolfo Vázquez, Comp. *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004; CARBONELL, Miguel, *La enseñanza del Derecho*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <México, 2004; CARBONELL, Miguel y Rodolfo Vázquez, Comp., *Estado constitutivo y globalización*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001; FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Tr. Carlos Lema Añón, Ed. Trotta, Colec. Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2001; LÓPEZ AYLLÓN, Sergio *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. Una encrucijada entre tradición y modernidad*, galardonada con el Premio Ignacio Manuel Altamirano en 1995.

sistemas jurídicos, que se rebelan a la pretensión exclusivista del Estado, o bien puede decirse, conforman un régimen basado en la sistematización de corresponsabilidades; “...Se construye la concepción de la concomitancia de órdenes jurídicos en el mismo espacio-tiempo y, a partir de ahí, se niega la pretensión de “omnipresencia del Estado.⁸, propinando consecuentemente, las bifurcaciones o cambios en el sistema jurídico.

Tales reorientaciones a su vez aportan diversos significados que el Derecho asume, en su propósito de aportar el equilibrio entre los intereses surgidos y los que surjan, debido a la interacción de los sujetos de manera local-regional-global y a la inversa, o sea, en la globalización, pero sin que ello represente el fin del Estado-nación, sino que ahora se muestra como corresponsable a través de su función reguladora, lo que también frecuentemente se expresa, como la presencia indirecta del Estado, para alcanzar el bienestar público.

De tal manera que esos contenidos de juridicidad surgidos de la crisis y de la globalización para el consenso, sustituyen el espacio temporal y espacial, por ámbitos desterritorializados, que hacen converger tanto sistemas jurídicos, como normativas de derecho interno y de derecho externo⁹. O sea, estamos en presencia del pluralismo jurídico; tendencia que lleva a visualizar el sistema jurídico, como sistema autopoético, en donde son entrelazados los componentes estructurales y funcionales, es decir, norma jurídica (estructura) procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento) y dogmática jurídica (identidad).¹⁰

El pluralismo jurídico, conformado al reconocer la presencia del Estado regulador y al mismo tiempo la normativa surgida del consenso de los particulares sobre los intereses manifiestos, reclama de una cultura jurídica, para comprender la transición en que se encuentra desde hace algunos años el sistema jurídico mexicano.¹¹

Esa visión tan compleja, ha desencadenado diversas opiniones, como aquella que cuestiona si la educación se encuentra al servicio del mercado, si realmente aporta una formación integral, si el Derecho es más pragmático que humanista; puntos de vista que si bien no son únicos por el momento bastan para afirmar, que el proceso de aprendizaje del

⁸ NEVES, Mauricio, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social*, En: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker Comp., Universidad Nacional Autónoma de México, Colec., Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, núm. 1., México, 1995. p159.

⁹ Esta orientación, por ejemplo, es asumida en materia mercantil denominándola el nuevo derecho mercantil por Miguel Acosta Romero, Julieta Areli Lara Luna, Raúl Aníbal Echeverri, Scout Kozolchyk, Gutiérrez Falla, entre otros.

¹⁰ LUHMANN, Niklas, “*El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*”, En: *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)* Universidad Iberoamericana, Colec. Teoría Social, México, 1998. pp. 135-154

¹¹ Cfr. FIX-FIERRO, Héctor y Sergio López-Ayllón, *Legitimidad contra legalidad, dilemas de la transición jurídica y el Estado de Derecho en México*, En: *Estado de Derecho. Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Coord. Por Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo Veintiuno, México, 2002.

Derecho, se sustenta en las acciones tanto del docente-investigador como del estudiante, constitutivas de la reequilibración cognitiva propiciada por el ambiente globalizado en que vivimos.

2. De la Enseñanza al Aprendizaje de los saberes jurídicos.

La enseñanza tradicional según Francisco Larroyo es “transmitir, por parte del maestro, conocimientos, y el aprender, paralelamente, la recepción, por parte del alumno, de estos conocimientos”.¹²

Roberto José Vernengo al describirla analizarla y criticar la exposición oral, refiere que: “la clase magistral o exposición oral como institución de la enseñanza universitaria, pero también como técnica corriente de aprendizaje en los niveles terciarios, ofrece características paradójicas”. De alguna manera, la clase magistral es vista como sucedáneo verbal del libro, en donde, el profesor debe aparentar o contar con conocimientos más amplios de los que expone. Además, el profesor debe dominar cierto estilo retórico propio del lenguaje técnico de la disciplina. Acompañado de cierta mimética tradicional en la que se refleja la autoridad magistral. También, se exige de él un control severo de la emotividad. Es así, como el profesor recita trozos selectos de su texto ante el auditorio, que ha venido a oír de boca del maestro lo que podría leer, en su casa. Es decir, los alumnos reciben pasivamente la comunicación, limitándose su papel al de simples receptores de informaciones.¹³

Los roles de los alumnos, en dicha perspectiva tradicional, son rígidos y formales, impiden despertar la capacidad crítica del estudiante e inhiben el cambio, siendo la pauta esencial del rito magistral, el mantener las distancias, guardar la lejanía: el conocimiento está lejos y arriba, en una esfera inalcanzable, prohibiciones que en conjunto de profesor y estudiante, se traducen en la consolidación de una estructura académica burocrática, cuyas normas están destinadas a mantener fundamentalmente la rigidez de los roles recíprocos, lo cual supone una disciplina internalizada, cuya alteración significa para el profesor menguar su autoridad.¹⁴

Su origen, según N. Abbagnano y A. Visalberghi, es en el ambiente de la escolástica estrechamente ligada a la actividad didáctica de los maestros medievales, cuyo desarrollo era de dos maneras: la Lectio que consistía en el comentario de un texto, y la Disputatio que consistía en el examen de un problema mediante el debate de todos los argumentos que pudieran aducir en pro o en contra.¹⁵

¹² LARROYO, Francisco, *Didáctica General Contemporánea*, 6^a ed., Ed. Porrúa, México, 1979. p. 69

¹³ VERNENGO, Roberto José, “Estructura y función de la clase magistral”; México, Cuadernos de Cultura Político Universitaria, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, No. 87, marzo, 1977. En *Antología sobre Didáctica Jurídica T. II*, Rafael Sánchez Vázquez, Comp., Puebla, Pue., s.f.

¹⁴ Idem.

¹⁵ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, Rafael. *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, ob. cit p. 514.

El sistema cultural en que se despliega la clase magistral, típica de la enseñanza tradicional, implica la transmisión de la herencia cultural y que las orientaciones predominantes sean universalistas, porque están destinadas a transmitir a los alumnos una intensa aculturación, la cual les aportará conocimientos y criterios evaluativos. En el caso del Derecho, era una condición sine qua non, que fuera la exposición de una formulación analítica de un sistema jurídico positivo, expresado en términos de principios universales.

Tal es la concepción educativa que Paulo Freire describe en su obra *Pedagogía del oprimido*, caracterizada por una técnica de enseñanza autoritaria, que se centra en el profesor relegando al alumno a un papel pasivo y receptivo, cuyos rasgos distintivos Jorge Witker los enuncia así:

- “Verticalismo, al favorecer relaciones en el salón de clases, de tipo jerárquicas, de subordinación, competitivas. Un superior (maestro) y subordinado (alumno).
- “Autoritarismo, al dar la voz a uno solo de los actores: el docente.
- “Verbalismo, al desarrollar las clases preferentemente a través de las exposiciones magistrales que sustituyen a la realidad y a las fuentes del conocimiento mismo.
- “Intelectualismo, al dar más importancia al desarrollo cognoscitivo del alumno (repetición memorística), dejando de lado las áreas afectivas y de los valores, separando el aula de toda relación con la realidad social circundante.”¹⁶

Puntualizaciones que evidencian la ausencia en el estudiante, desde la perspectiva psicológica, de la reequilibración, pues de inicio inhibe la acción, por lo tanto hay ausencia de dudas y menos la construcción de hipótesis, se carece de la formulación de pensamiento individual y menos grupal, no hay el cambio de espíritu al que se refiere Gadamer, cuando afirma que la formación es cuestión del ser en cuanto devenido, caracterizándolo –siguiendo a Hegel- por mantenerse abierto hacia lo otro, hacia puntos de vista distintos y más generales.

Desde la perspectiva pedagógica, el paradigma centrado en la enseñanza, omite la ponderación del perfil profesional pretendido con el desarrollo del currículum, pues se desatiende la articulación de los contenidos disciplinares con los puntos de vista generales que el entorno puede generar en el educando, esto es, resulta imposible ampliar su contacto con otras fuentes más allá de las determinadas por el profesor; irremediablemente hay ausencia de construcción y sólo repetición de esquemas alejados de la dinámica social.

¹⁶ WITKER, V., Jorge, *Docencia crítica y formación jurídica*, En: *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, Jorge Witker, Comp. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, No. 1, México, 1995. p. 222.

Sin ninguna duda ahora el proceso comunicativo que es el educar, impulsa la clase activa, cuyo proceso formativo siempre es una acción comunicativa, posiblemente transfronteriza¹⁷, desarrollada por el binomio docente-investigador y el estudiante, quienes conjuntamente se irán adentrando en la búsqueda y el hallazgo, de manera individual o colectivamente, en la realimentación entre el significado y los contenidos cursativos, para así lograr que el estudiante se desarrolle de manera integral.

Tal interacción propicia que el estudiante centre su atención en el ambiente circundante, perciba las necesidades y las estudie a través de los contenidos teóricos de los cursos curriculares; apropiación de conocimientos que le ayudará a interpretar las mutaciones observables ante el devenir de los acontecimientos de la vida misma, alcanzando la pertinencia social a través de un currículum flexible, que posibilite abordar interdisciplinariamente las mutaciones ocurridas en el Estado-nación, para descubrir los significados del Derecho, esquema de acción que dará contenido de manera inmediata al preseminario y posteriormente al curso taller: Experiencia Receptacional.

3. El Curso-taller Experiencia Receptacional en el Aprendizaje de los Saberes Jurídicos.

La experiencia educativa denominada Experiencia Receptacional, es considerada un espacio formativo donde el estudiante tendrá la oportunidad integrar y procesar la información recopilada al mismo tiempo que la relaciona con el entorno¹⁸; de ahí la importancia del preseminario para aprender a investigar, en ejercicio de las libertades académicas y a través del pensamiento crítico, o sea privilegiando un pensar comprensivo, interpretativo, creador, poseedor de un carácter dinámico e histórico, propio del aprendizaje significativo.

A través de dicha práctica educativa, puede abordarse el pluralismo jurídico emanado del proceso de globalización, guiando al estudiante en cómo y donde indagar, analizar, valorar y elegir, de tal manera que comprenda las significaciones del Derecho; al identificar las necesidades circundantes y así construir el problema y visualizar su solución, a través de un proyecto de desarrollo.

En la Conferencia Mundial sobre Educación para todos, realizada en Jomtiem, Tailandia en 1990, se asumió el compromiso de mejorar el nivel de vida de la población y de las acciones concretas para lograrlo, estableciendo como punto de partida, el reconocimiento de las necesidades fundamentales de aprendizaje que se deben satisfacer.¹⁹ Esa satisfacción dará respuesta en dos planos, “el primero se ubica en lo inmediato e

¹⁷ Si se trata de Universidad Virtual o Cursos a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación

¹⁸ Nuevo modelo educativo para la Universidad Veracruzana, 3^aed., Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 2000. pp. 84-85.

¹⁹ BARRÓN TIRADO, Concepción, *La educación basada en competencias*, En: *Formación en competencias y certificación profesional*, María de los Ángeles Valle Flores, Coord., Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de estudios sobre la Universidad, Colec. Pensamiento Universitario, No. 91, México, 2000.p.30.

implica atender necesidades de sobrevivencia, el segundo responde a las necesidades propias del ser humano y del desarrollo de sus potencialidades”²⁰

Por ello la primera tarea educativa, es que el estudiante sienta, asuma esa necesidad, pues de esa apropiación subjetiva dependerá que el sujeto construya la competencia, la cual implica: información, conocimiento (en cuanto apropiación y aplicación de esa información), o sea el desarrollo cognitivo, habilidad y actitud o valor.²¹

Señala Concepción Barrón Tirado entre las necesidades básicas que se requiere atender pueden identificarse: las de sobrevivencia: como salud personal y ambiental, agua, alimentación, vivienda y trabajo; además de las que trascienden como: libertad, seguridad, protección legal, participación educación, afecto, sentido de pertenencia, interrelación social, autoestima, recreación y creatividad.

De tal manera que la iniciación en la investigación a través del preseminario, será potencializada la apropiación de conocimientos, que actualmente implica hasta la importación de conceptos provenientes de otros ámbitos disciplinarios, lo cual dada la complejidad del sistema o subsistema o subsistemas jurídicos de que se trate, amerita ponderarse a través de un trabajo colaborativo, intra y extra muros, entre el profesor y estudiante, para comprender el caso a estudio.

Suma de experiencias que le aportarán al estudiante la **asimilación significativa**,²² de tal manera que al llegar a cursar en el área de formación terminal Experiencia Receptacional, su interés cognitivo será enfocado a la consolidación de los proyectos de desarrollo visualizados a través de la práctica realizada en el preseminario, de ahí que sea incluido el proceso de titulación, a través de las alternativas aprobadas en cada entidad académica y la eliminación de la categoría de pasante.²³

Miguel Carbonell ha expresado sobre la actualización de un plan de estudios de la licenciatura en Derecho, que “Urge revisar casi todo: desde los libros con los que se enseña hasta los diseños curriculares, el perfil de los profesores, las cargas docentes y de

²⁰ BARRÓN TIRADO, Concepción, *La educación basada en competencias*, Ob Cit.

²¹ Schmelkes, Silvia, “Necesidades básicas de aprendizaje de los adultos en América Latina”, En: *La educación basada en competencias*, por Concepción Barrón Tirado, ob. cit., p. 31.

²² Por asimilación comprensiva se entiende, el proceso a través del cual el sujeto atribuye nuevos significados, resultando un conocimiento producto de acciones transformadoras, que pueden ser reversibles y de coordinarse en estructuras de conjunto; estructuras que consisten en organizar lo real, en acto o pensamiento y no simplemente en copiarlo; *El aprendizaje significativo*, Curso Taller organizado por la Dirección General de Desarrollo Académico de la Universidad Veracruzana, febrero, Xalapa, Ver., 2005.

²³ *Nuevo modelo educativo para la Universidad Veracruzana*, 3^aed., Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 2000. pp. 84-85.

investigación, las necesidades del mercado profesional, la vinculación de las universidades con la sociedad, la selección del alumnado, etcétera.”²⁴

Sobre una perspectiva vanguardista, Ana Dulce Aguilar Garcya y Basilio Rodrigo Núñez Durán, integrantes de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Desarrollo Económico (CIDE), refieren que desde 1999 comenzó a construirse lo que dos años después sería la Licenciatura de Derecho, la cual está empeñada en desarrollar innovaciones pedagógicas considerando que en la realidad latinoamericana debe impulsarse el estudio interdisciplinario del Derecho, su aprendizaje basado en problemas y aplicando el análisis de caso, Programa de Reforma a la Enseñanza del Derecho (PRENDE) premiado en 2003, por The Center for Public Resources (CPR's) Institute for Dispute Resolution, institución estaounidense no lucrativa que promueve la investigación, el desarrollo y la innovación en la educación superior.²⁵

En tal sentido la Universidad Veracruzana se pronuncia en la sesión del Consejo Universitario celebrado en noviembre de 1988, acordando que todas las licenciaturas deben hacer cambios curriculares, para elevar la calidad de los servicios educativos ofertados, cuya revisión deberá efectuarse cada tres años, promoviendo un modelo curricular que no alcanzó a consolidarse; además entre 1993 y 1996, el perfeccionamiento disciplinar a través de estudios de posgrado recibió un impulso sin precedente, pues se incrementó la oferta de 17 a 70, políticas que ahora aportan los recursos humanos requeridos por el MEIF.

Por ello el Programa del curso Experiencia Receptacional, donde aflorará plenamente la transversalidad, deberá tener como referentes, la elaboración de los siguientes Apoyos Educativos:

- Diseñar y aprobar, por Academia disciplinar conjuntamente con el Consejo Técnico de la Facultad de Derecho, una guía que contendrá la descripción de los requisitos técnicos que el trabajo receptacional deberá cumplir, así como la bibliografía para consulta del estudiante.
- Tanto Academia disciplinar y Consejo Técnico, diseñarán las líneas de investigación hacia las cuales podrán orientarse los temas de investigación
- Conjuntamente Academia disciplinar y Consejo Técnico, diseñarán la lista de tutores para la realización del trabajo receptacional.
- Con dicho referente, la Academia diseñará y aprobará el Programa de Experiencia Receptacional, cuyas primeras sesiones serán orientadas a la homologación de técnicas y metodología de investigación jurídica, considerar el reforzamiento del estudiante a través de la tutorías, así como el reporte de desempeño a través de los reportes de lectura organizados en fichero de trabajo y comentados en sesiones de

²⁴ CARBONELL, Miguel, *La Enseñanza del Derecho*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004. pp.72-73

²⁵ AGUILAR GARCYA, Ana Dulce y Basilio Rodrigo Núñez Durán, *A la vanguardia mundial en la enseñanza del Derecho. Programa de Reforma a la Enseñanza del Derecho (PRENDE),el mundo del Abogado*, octubre, México, 2004. pp.30-34

trabajo colectivas dentro del propio curso-taller, cuya entrega antes de concluir el curso será necesaria para la acreditación del curso.

Reflexión final.

Actualmente el conocimiento no es más una repetición de esquemas, sino una construcción propia del ser humano, producto de su interacción con el ambiente, de ahí que la Universidad en su autonomía y como sede de la libertad de cátedra e investigación, sea forjadora de líderes encargados de promover el desarrollo de su entorno a través del conocimiento, contenido social que representa para los saberes jurídicos, enfrentar sus replanteamientos e innovaciones, a través del pensamiento crítico y creativo, para comprender el pluralismo jurídico prevaleciente en la consecución del interés general, lo cual se posibilita al cursar: Experiencia Receptacional, curso-taller del Modelo Educativo Integral y Flexible. hacia donde paulatinamente orienta sus estudios de licenciatura la Universidad Veracruzana.

Bibliografía

- BARRÓN TIRADO, Concepción, *La educación basada en competencias*, En: *Formación en competencias y certificación profesional*, María de los Ángeles Valle Flores, Coord., Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de estudios sobre la Universidad, Colec. Pensamiento Universitario, No. 91, México, 2000.
- CARBONELL, Miguel, *La Enseñanza del Derecho*, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
- FIX-FIERRERO, Héctor y Sergio López-Ayllón, *Legitimidad contra legalidad, dilemas de la transición jurídica y el Estado de Derecho en México*, En: *Estado de Derecho. Concepto, Fundamentos y Democratización en América Latina*, Coord. Por Miguel Carbonell, Wistano Orozco, Rodolfo Vázquez, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo Veintiuno, México, 2002.
- LARROYO, Francisco, *Didáctica General Contemporánea*, 6^a ed., Ed. Porrúa, México, 1979.
- LUHMANN, Niklas, “*El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*”, En: *Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)* Universidad Iberoamericana, Colec. Teoría Social, México, 1998.
- NEVES, Mauricio, *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social*, En: *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Jorge Witker Comp., Universidad Nacional Autónoma de México, Colec., Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, núm. 1., México, 1995.
- Nuevo modelo educativo para la Universidad Veracruzana*, 3^aed., Ed. Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver., 2000.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Génesis y desarrollo de la cultura jurídica mexicana*, Ed. Porrúa, México, 2001.
- VERNENGO, Roberto José, “*Estructura y función de la clase magistral*”; México, Cuadernos de Cultura Política Universitaria, Centro de Estudios sobre la Universidad, UNAM, No. 87, marzo, 1977. En *Antología sobre Didáctica Jurídica T. II*, Rafael Sánchez Vázquez, Comp., Puebla, Pue., s.f.

WITKER, V., Jorge, *Docencia crítica y formación jurídica*, En: *Antología de estudios sobre la enseñanza del derecho*, Jorge Witker, Comp. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie J: Enseñanza del Derecho y Material Didáctico, No. 1, México, 1995

Reseñas

ESPINOSA TORRES, María del Pilar, *Guía para la elaboración y revisión de trabajos de investigación jurídica*. Xalapa, Veracruz, México, 2005, 99 p.

Maestra Judith Aguirre Moreno*

Uno de los eventos académicos más importantes de la vida universitaria, es la publicación de un libro, que es en este caso, el resultado de la dedicación al estudio, la docencia y la investigación, por parte de la Maestra María del Pilar Espinosa, quien, en este libro, profundiza en un tema tan importante como la investigación jurídica para compartirlo con la comunidad universitaria. Y ese es el objetivo del mismo, dar a conocer el fruto de las investigaciones y experiencias de la maestra, pues de nada servirían ni la investigación ni la publicación si los destinatarios de una obra, no se enteran de su existencia.

La *Guía para la elaboración y revisión de trabajos de investigación jurídica*, se encuentra estructurada en ocho partes: Presentación, un Ensayo preliminar, Sugerencias y recomendaciones, Preguntas frecuentes de los alumnos, Modelos de protocolos y planes de trabajo, una Antología y la Bibliografía básica y complementaria.

En la Presentación que la Maestra Pilar hace de su libro, nos dice que su intención es que éste sirva para orientar y motivar a los estudiantes de Licenciatura y Posgrado, a catedráticos e Investigadores, para realizar un buen trabajo de investigación jurídica, lo cual, sin duda logra, ya que basándose en su experiencia de mas de 20 años impartiendo seminarios de investigación, y como Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, nos guía y motiva para llevar a buen término una investigación jurídica, para lo cual en primer término nos aclara las diferencias de criterio que existen en relación a la presentación de un trabajo de investigación, profundiza en otros temas como qué método es el adecuado para cada tema, los pasos que el investigador debe seguir, los errores y las dudas más frecuentes entre sus alumnos. Nos da además algunas sugerencias y recomendaciones, así como varios modelos de Protocolos y Planes de Trabajo, una Antología de términos y conceptos más usuales y por último una amplia bibliografía.

En el Ensayo preliminar se plantea la pregunta ¿Qué es la investigación jurídica? y ¿cuál es su objeto de estudio?, ya que de ese objeto de estudio, dependerán el método y la técnica que deberemos emplear para llevar a cabo nuestra investigación y para comprobar nuestra hipótesis. A la primera pregunta responde, apoyada en la opinión de Manuel Atienza, que “La investigación eminentemente jurídica o dogmática es aquella que pretende ordenar un sector del ordenamiento jurídico y proponer soluciones a problemas concernientes a la producción, interpretación y aplicación de las normas”. Por lo que, de

* Técnico Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

acuerdo con la autora, para el investigador jurídico su objeto de estudio serán las leyes, del pasado o vigentes, de su país o de cualquier otro lugar del mundo. Por lo cual el método estrictamente jurídico será el dogmático y la técnica será la documental, ya que las leyes se encuentran contenidas precisamente en documentos.

Sin embargo, lejos de quedar resuelto el problema de cómo desarrollar una investigación en el campo del Derecho, la maestra María del Pilar aclara que, la mayoría de los temas de investigación que elegimos están íntimamente relacionados con otras ciencias y disciplinas, lo que necesariamente nos obliga a utilizar los métodos y técnicas que cada una de ellas requiere, por ejemplo si nos apoyamos en la Sociología o en la Criminología, tendremos que recurrir a instrumentos de la Estadística como la encuesta o la entrevista. Para lo que nos recomienda buscar la asesoría de especialistas en esas áreas.

En cuanto a las Fases del Proceso de investigación, nos señala cinco: 1) La selección de la materia y del tema, para lo cual nos aconseja revisar el Plan de Estudios de nuestra Facultad, la lista de materias para el examen del CENEVAL y en la propia Antología que el libro presenta, nos ofrece una serie de temas de interés. 2) En la segunda etapa de la investigación, la aporética, que consiste en encontrar, como su nombre lo indica, un problema, nos señala que éste debe ser relevante, digno de que nosotros pongamos nuestro mayor esfuerzo en buscar su solución. Ya que, de acuerdo con la maestra, si no hay problema no habrá tesis ni hipótesis. Y una vez que tengamos planteado nuestro problema podremos elaborar una hipótesis y seleccionaremos el método y la técnica necesarios para probarla. 3) La tercera fase, llamada Heurística consiste en la búsqueda de fuentes, de las cuales nos aconseja acudir a las primarias, ya que de ellas dependerá en parte la originalidad de nuestro trabajo. 4) La Hermenéutica es la cuarta etapa de una investigación, y consiste en la interpretación de la información, y destaca que analizar una ley consiste en buscar su significado, y cada autor que consultamos da su interpretación particular. Esta información debemos sintetizarla, clasificarla y ordenarla para facilitar su manejo. 5) Y la última fase es la redacción del Escrito Final, para lo cual debemos estar atentos al empleo correcto de los signos de puntuación, al buen uso de la ortografía, las reglas gramaticales y los tiempos verbales, entre otros. Esta importantísima fase de la investigación es posteriormente ampliada por la autora en otra sección.

Continúa la maestra Espinosa Torres con un apartado que dedica a explicarnos en qué consisten las diferentes modalidades de trabajos de investigación, nos da sus características principales, y las reglas específicas para su elaboración y presentación formal. Entre ellos destaca la monografía, la tesis, la tesina, la reseña y la ponencia.

Los dos apartados siguientes los dedica al Protocolo o proyecto de investigación, el cual es un documento escrito, en el que se plasman las decisiones para desarrollar la investigación, los Protocolos deben incluir los siguientes aspectos: relevancia del problema y su delimitación, marco teórico, conceptual y referencial, hipótesis, métodos y técnicas, fuentes, cronograma y presupuesto. A continuación la autora se ocupa de las Reseñas, y nos muestra modelos y recomendaciones sobre sus encabezamientos de acuerdo a si se trata de reseñas de libros o de hemerográficas.

El presente libro nos enriquece también, ofreciéndonos distintos modelos y reglas específicas para la elaboración de Protocolos de investigación, planes de trabajo y fichas bibliográficas que posteriormente serán indispensables para elaborar la bibliografía final. Nos proporciona una guía para la evaluación de productos de investigación y para la elaboración de anteproyectos de investigación jurídica. Nos da sugerencias y recomendaciones para encontrar la materia, el tema y un problema relevantes para elaborar un trabajo de tesis o monografía. Detalla una serie de recomendaciones específicas para el candidato a obtener la licenciatura y contesta una serie de preguntas frecuentes entre los alumnos.

Por último, la Maestra Pilar hace una serie de consideraciones finales entre las que destaca la importancia de dominar un tema para elaborar un trabajo de investigación y por otra parte de unificar criterios para la presentación de esos trabajos en la Universidad Veracruzana

Considero que es un libro muy útil para los estudiantes y egresados de la carrera de derecho, de posgrado e interesados en el tema o en obtener su grado de licenciatura.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2005, 772 pp.

Maestra María del Pilar Espinosa Torres*

En el año de 1977 el doctor Zaffaroni publicó un *Manual de derecho penal. Parte General*, que se convirtió en un texto indispensable para estar al día en el campo del derecho penal en ese tiempo. El autor era conocido en Veracruz por haber permanecido durante los años 1968 y 1969 como maestro en la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Ahora ve la luz otro *Manual* que como señala el doctor “no es el mismo ni en edición ni en versión renovada sino una obra totalmente nueva que responde a las exigencias de la complicada discusión jurídica contemporánea”, pero qué, nos aclara, sigue la línea del primero por cuanto a la tendencia hacia el derecho penal de garantías.

En 2000 el doctor Zaffaroni, en unión con los maestros Alagia y Slokar publicaron el *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, mismo que vio la luz también con el sello de editorial Porrúa en 2001, con 1017 páginas. A la fecha van varias ediciones de este libro con categoría de tratado, en el cuál existen multitud de notas de pie de página y consecuentemente una extensa bibliografía.

El *Manual*, acorde con su finalidad académica, dirigido principalmente a estudiantes no va acompañado ni de citas, ni de bibliografía a final de capítulo o del libro, ofreciendo de manera resumida y clara toda la información sobre las tres divisiones de la parte general del derecho penal: 1. Teoría del derecho penal; 2. Teoría del delito y 3. Teoría de la responsabilidad punitiva. Todo ello en 30 capítulos con anotaciones muy didácticas al margen sobre los puntos clave de los párrafos. Como anexos se incluyen cuadros sinópticos de los elementos del delito.

Verdaderamente actualizado, el interesado podrá en este libro resolver las inquietudes provocadas por la compleja temática actual en el derecho penal, por ejemplo sobre el derecho penal del enemigo, el derecho penal del riesgo, el dilema entre teoría del conflicto y teoría de sistemas, funcionalismo sistémico, minimalismo penal, etc. Asimismo encontrará explicada con detalle la evolución a diferentes teorías como la del delito, el dominio funcional del hecho o la cuestionada teoría de la imputación objetiva. Aclarará también las implicaciones culturales contemporáneas de la llamada globalización en el derecho penal con referencias obligadas a autores contemporáneos, penalistas y filósofos como Baratta, Habermas, Roxin, Jakobs, Derridá, Ferrajoli. Nos exponen los autores la filiación ideológica de los grandes penalistas y se condensan los postulados de los movimientos modernos y posmodernos.

El *Manual* será el punto de partida para lograr un panorama general, pudiendo recurrirse al *Derecho penal...* para mayor profundidad por cuanto a las diferentes teorías o autores, sin embargo, ya el primero, a pesar de su claridad de exposición resulta harto complejo debido a la relación necesaria e ineludible con la complejidad del derecho penal de nuestros días.

* Maestra en Ciencias Penales. Investigadora de la Universidad Veracruzana.

Aumenta nuestra admiración por la obra del Doctor Zaffaroni, de consulta obligada para todo aquél que desee estar al día en el estado actual del derecho penal. Como ya hemos expresado en otras reseñas de sus libros, le reconocemos gran mérito sobre todo al reconocer los cambios en sus planteamientos. Así subraya su viraje de la teoría de la prevención especial positiva sostenida en sus primeros libros hasta una *teoría agnóstica de la pena*, expuesta en los últimos. Penalista y criminólogo, elabora sus exposiciones desde el enfoque del derecho penal, pero reconociendo los grandes aportes de otras disciplinas, sobre todo de la sociología criminal. Así elabora su teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad, en donde asienta la necesidad de reconocer las tremendas desigualdades en la selección y aplicación de la justicia.

El doctor Eugenio Raúl Zaffaroni ha recibido a la fecha nueve Doctorados *Honoris Causa* por diferentes Universidades de Europa y Latinoamérica, uno de ellos por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de México. Nos congratulamos de conocerlo y de que forme parte del Consejo Editorial de esta Revista. La triada Zaffaroni, Alagia, Slokar y su *Manual* serán de estudio obligado por todo aquél que se precie de ser estudiante de derecho penal.