teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

TRANSFORMACIONES EN LA DOCENCIA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO

SUMARIO

DEBATE

Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho

Artículos de:

José García Añón

Richard Grimes

Rafael Verdera y Javier Palao

María Lucía Torres y Beatriz Londoño

Javier de Lucas

ESTUDIOS

Un sistema integral de solución de conflictos de derecho privado (¿tienen solución los males endémicos de la justicia civil?) (Vicente C. Guzmán Fluja)

Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites (Juan B. Etcheverry)

El «discurso del odio» en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal (Margarita Roig)

Cine documental y derechos humanos: de esquimales a militares (Mario Ruiz Sanz)

Seguridad pública y seguridad jurídica en Iberoamérica. Una aproximación (Víctor Moreno Catena)

Presupuestos metodológicos de la dogmática de la omisión: una reflexión desde el pensamiento de Von Wright (Tomás S. Vives Antón)

TEMAS DE HOY

El modelo español de reclamación de honorarios por el abogado (Alexandar Petrovich)

Análisis sobre determinados aspectos del derecho a la asistencia letrada al detenido (Elena López Berberana, José Francisco Ruiz Martínez, Eduardo Catalán Blázquez y Salvador Guerrero Palomares)

VARIA

Sobre Grundlagen und grenzen der analogie in bonam partem im strafrecht (Jacobo López Barja de Quiroga)

nº 15

tirant lo blanch

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 15/2014

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 15/2014
http://teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)
Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana B. Campuzano
Catedrática de Derecho Mercantil Universidad Cardenal Herrera-CEU
Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho Instituto Tecnológico Autónomo de México
José Ramón Cossío Díaz
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
Owen M. Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
Luis López Guerra
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Angelika Nußberger
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
Héctor Olásolo
Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal de la Universidad de Utrech (Países Bajos)
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
José Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitio web: http://teoriayderecho.tirant.com

Correspondencia
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita
Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch
Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007
Diseño y maquetación: Tink Factoría de Color
Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE
Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho
Dirección de *José García Añón*

Presentación 9

Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho: ¿La educación jurídica clínica como elemento transformador? 12
José García Añón

La educación jurídica clínica y el aprendizaje basado en problemas: ¿una formación con enfoque integral que cumple su propósito? 34
Richard Grimes

El máster en abogacía y la formación de los letrados a raíz de la ley 34/2006, de acceso a la profesión: reflexiones y propuestas 68
Rafael Verdera y Javier Palao

Herramientas para la protección del interés público en América Latina: el diseño de un litigio de alto impacto desde la educación legal clínica 92
María Lucía Torres y Beatriz Londoño

Comprender y enseñar el derecho desde el cine 108
Javier de Lucas

ESTUDIOS

Un sistema integral de solución de conflictos de derecho privado (¿tienen solución los males endémicos de la justicia civil?)..... 126
Vicente C. Guzmán Fluja

Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites 148
Juan B. Etcheverry

El «discurso del odio» en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del código penal..... 172
Margarita Roig

Cine documental y derechos humanos: de esquimales a militares 218
Mario Ruiz Sanz

Seguridad pública y seguridad jurídica en Iberoamérica. Una aproximación 243
Víctor Moreno Catena

Presupuestos metodológicos de la dogmática de la omisión: una reflexión desde el pensamiento de Von Wright..... 258
Tomás S. Vives Antón

TEMAS DE HOY

El modelo español de reclamación de honorarios por el abogado 278
Aleksandar Petrovich

Análisis sobre determinados aspectos del derecho a la asistencia letrada al detenido 302
Elena López Berberana, José Francisco Ruiz Martínez, Eduardo Catalán Blázquez y Salvador Guerrero Palomares

VARIA

Sobre Grundlagen und grenzen der analogie in bonam partem im strafrecht 331
Jacobo López Baraja de Quiroga

SUMMARY

DISSCUSION
Transformations in the training and learning of Law
Directed by José García Añón

Introduction 9

Clinical Legal Education as a Challenging Element? 12
José García Añón

Clinical legal education and problem-based learning: an integrated approach to study fit for purpose? 34
Richard Grimes

The Master's degree in legal practice and the training of barristers according to the law 34/2006, on access to the legal profession: reflections and proposals 68
Rafael Verdera and Javier Palao

Tools for protecting the public interest in Latin America: the design of high impact litigation from the Clinical Legal Education 92
María Lucía Torres and Beatriz Londoño

Understanding and training in Law from the Cinema 108
Javier De Lucas

STUDIES

A comprehensive system of conflict solutions in Private Law. (Do the endemic problems of civil justice have solution?) 126
Vicente C. Guzmán Fluja

Judicial Discretion. Causes, Nature and Limits 148
Juan B. Etcheverry

The «hate speech» in the US and the European system. Treatment of racism and xenophobia in the draft Criminal code reform 172
Margarita Roig

Documentary and Human Rights: From Eskimos to Military 218
Mario Ruiz

Public Security and Legal Certainty in Latin America: an approach 248
Víctor Moreno Catena

Methodological pressumptions of omission dogmatics: a reflection from Von Wright's thinking 258
Tomás Vives Antón

TODAY'S ISSUES

The Spanish Model for Attorney Fees 278
Aleksandar Petrovich

An analysis on concrete issues regarding the right to legal assistance of detainees 302
Elena López Berberana, José Francisco Ruiz Martínez, Eduardo Catalán Blázque and Salvador and Guerrero Palomares

VARIA

Grundlagen Und Grenzen Der Analogie In Bonam Partem Im Strafrecht 331
Book Review by Jacobo López Barja De Quiroga

DEBATE

Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho

Presentación
Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho: ¿La educación jurídica clínica como elemento transformador?
José García Añón
La educación jurídica clínica y el aprendizaje basado en problemas: ¿una formación con enfoque integral que cumple su propósito?
Richard Grimes
El máster en abogacía y la formación de los letrados a raíz de la ley 34/2006, de acceso a la profesión: reflexiones y propuestas
Rafael Verdera y Javier Palao
Herramientas para la protección del interés público en América Latina: el diseño de un litigio de alto impacto desde la educación legal clínica
María Lucía Torres y Beatriz Londoño
Comprender y enseñar el derecho desde el cine
Javier De Lucas

PRESENTACIÓN

José Garcés Añón

El Quinto Congreso nacional de docencia del Derecho, con el título "Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho", se celebró los días 11 al 13 de septiembre de 2013, dando continuidad a las cuatro ediciones precedentes celebradas en la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, 2005), Universidad de Málaga (2007), Universidad de Sevilla (2009), y la Universidad de Valladolid (2011), respectivamente.

María José Añón, coordinadora de esta revista, me solicitó la ardua e imposible tarea de escoger algunos de los textos que proporcionasen una visión de los diversos enfoques en los que se está plasmando esta transformación en la formación jurídica. (*www.uv.es/innodret*.)

En el Congreso participaron unas 200 personas de unas 60 instituciones que representan a más de 40 Universidades, 9 de ellas, extranjeras: Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Polonia, Hungría, Chile, Colombia, Túnez y Nigeria. Y que además habían presentado con antelación unos 80 textos que suponen más de 1300 páginas de reflexión sobre cómo se enseña y se puede enseñar para que se pueda aprender mejor el Derecho en la actualidad.

En este congreso, además de la participación, se podría destacar la formación de formadores frente a la tradicional puesta en común de experiencias; el interés por la metodología clínica y la apuesta por la continuidad futura de estas reuniones. Entre los participantes, además de profesores universitarios, había representantes de Colegios profesionales, asociaciones, fundaciones, instituciones públicas de verificación de la calidad… Y también decanos o miembros de los equipos de gestión de una docena Facultades de Derecho españolas. De hecho, se celebró aquí la Junta Permanente de la Asamblea de Decanos con la presencia de su presidente, el decano de Málaga. Además también participaron estudiantes de la UV, la de Barcelona y de la Univ. De las Islas Baleares. El escaparate de propuestas, experiencias y preocupaciones de lo que se enseña para formar a los futuros juristas no solo quedó patente sino que se trasladó a los gestores de las Facultades de Derecho.

Normalmente en estos encuentros todos queremos compartir nuestras experiencias. Sin embargo, se consiguió trabajar en los talleres de forma que nos situamos en la perspectiva del que aprende, de manera que, en la mayoría de los casos el aprendizaje servirá para trasladar nuevas ideas y metodologías a las aulas.

La tercera idea, que además estoy convencido de que es un elemento de transformación de nuestras facultades, es la implantación de los espacios y tiempos de aprendizaje a través de las clínicas jurídicas y todo lo que conlleva: la formación a partir de la experiencia, la conexión con los problemas reales, la función social de nuestras facultades, la vinculación entre las diferentes instituciones. Esto ha calado en muchos de los participantes que desconocían esta metodología arraigada en otras universidades del mundo. Por último, se ha conseguido articular una continuidad, más o menos formalizada, a través de una red en la que pondremos en contacto experiencias, formación e investigación y que sustentará el próximo Congreso que organizará la Universidad de Barcelona.

Los textos que siguen a continuación reflejan por una parte el contexto en el que se están produciendo estos cambios (José García Añón) y cómo la educación jurídica clínica resulta un enfoque formativo adecuado para enfrentarse a estas transformaciones y también transformar la realidad. Los textos de Grimes y Londoño-Villarreal desarrollan este último aspecto de

dos formas diferentes. El primero, a través del uso del aprendizaje basado en problemas (ABP), identificando sus beneficios y desafíos y cómo se ha incorporado como metodología única en la Facultad de Derecho de la Universidad de York. El segundo, con el litigio de alto impacto, y las alianzas estratégicas, de manera que los estudiantes, a partir de la práctica real del derecho, la aplicación de los conocimientos adquiridos a lo largo de su carrera, proveen servicios jurídicos a las comunidades vulnerables, defendiendo así el interés público y los derechos humanos y proyectando el carácter social de la profesión.

La contribución de Javier De Lucas muestra el cine y la literatura como herramienta didáctica que integra al conocimiento técnico jurídico, la información del saber y el conocimiento que viene de la antropología, etnografía, sociología, y otros. El cine no solo es útil en la formación universitaria de los juristas, sino que además contribuye a la formación de una conciencia crítica.

Rafael Verdera y Javier Palao, hacen un análisis crítico de los cambios normativos y la situación de la formación de postgrado que se exige para al acceso a la profesión de abogado y procurador.

No quisiera terminar sin agradecer a María José Añón y a Salvador Vives que haya facilitado abrir esta ventana a este aspecto tan importante y necesario como es la reflexión sobre la tarea docente de los juristas.

TRANSFORMACIONES EN LA DOCENCIA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO: ¿LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR?

TRANSFORMATIONS IN THE TRAINING AND LEARNING OF LAW: CLINICAL LEGAL EDUCATION AS A CHALLENGING ELEMENT?

José García Añón

RESUMEN

En el texto se señala el papel transformador que tiene la educación jurídica clínica y el que va a tener frente a las transformaciones actuales del Derecho. A partir del análisis de las principales transformaciones educativas, jurídicas y sociales: se muestran los elementos de este enfoque en el proceso de formación de los juristas.

PALABRAS CLAVE

Educación jurídica clínica, Innovación educativa, Formación de los juristas

ABSTRACT

In this paper the transformative role of clinical legal education and its function in the current law changes is described. From the analysis of the main educational, legal and social changes, the elements of this approach in the process of training lawyers are shown.

KEYWORDS

Clinical legal education, innovative learning, lawyers training

TRANSFORMACIONES EN LA DOCENCIA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO: ¿LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR?*

José García Añón
Institut de Drets Humans
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Las transformaciones que afectan a la enseñanza y el aprendizaje del Derecho. A. La evolución del modelo de enseñanza-aprendizaje. a) Cambios en el enfoque del proceso de enseñanza-aprendizaje: del énfasis en la enseñanza a la importancia del aprendizaje. b) Cambios en los contenidos objeto del aprendizaje y evaluación. c) Cambios en la evaluación. B. Los Cambios en la Sociedad: De la Sociedad de la Información a la Sociedad del Conocimiento. C. De la civilización occidental a la "civilización global". D. Los cambios institucionales y normativos: el proceso de convergencia en el Espacio Europeo de Educación Superior. 3. Las deficiencias en el proceso de formación de juristas. A. El modelo de jurista. B. Las deficiencias del currículum, los métodos de enseñanza y las formas de evaluación. C. La falta de conexión con la realidad. 4. La Educación Jurídica Clínica como elemento transformador. Nota bibliográfica.

"Tienes que comprender que la mayoría de los humanos son todavía parte del sistema. Tienes que comprender que la mayoría de la gente no está preparada para ser desconectada. Y muchos de ellos son tan inertes, tan desesperadamente dependientes del sistema, que lucharían para protegerlo."

Morfeo a Neo en *The Matrix (1999)*.

* Una versión previa de este texto se presentó en el *Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas*, Facultat de Dret, Universitat de València, *Valencia, 11-13 de septiembre de 2013*.

1. INTRODUCCIÓN

Al igual que ocurre en otros países, el escenario profesional de los juristas se enfrenta a una serie de cambios estructurales y normativos, entre los que se pueden destacar el incremento de la globalización, la mercantilización de los servicios jurídicos y su desregulación, al tiempo que se exige una mayor especialización; el imperio de la Ley está sucumbiendo al poder de la gobernanza económica internacional a través de organismos que ejercen el poder normativo de hecho; y por otra parte, se está produciendo una limitación del acceso a la justicia (y a los derechos) por la retirada o la reducción de la financiación pública en el acceso a la justicia gratuita, y la dificultad en la utilización de los procedimientos judiciales por el incremento de su coste a través de las tasas en determinados procedimientos[1]. Además a ello se une una política vacilante en el diseño de las profesiones jurídicas, no solo en relación a su acceso sino al desarrollo de la carrera profesional y su formación continua[2]. En esta situación resulta además complejo plantearse cómo debería ser el desarrollo futuro de las profesiones jurídicas. Aún así se proponen diversos escenarios a medio plazo que deberían invitar, al menos, a una reflexión sobre la manera en la que se enseña y se aprende el Derecho[3].

Por ello, hablar de transformaciones del aprendizaje y la enseñanza del Derecho implica adoptar, al menos, dos posibles enfoques. Por una parte, se trata de reflexionar sobre cómo las facultades de Derecho se enfrentan a los cambios que se están produciendo en varios frentes: la evolución del propio modelo de enseñanza, los cambios sociales, económicos y tecnológicos, y unidos a ellos el fenómeno de la globalización, y por último, los cambios institucionales.

Por otra parte, se puede adoptar otra perspectiva, teniendo en cuenta que la Universidad y la facultades de Derecho son (o deberían ser) un elemento de transformación social, porque son capaces de interpelar y ser interpelados por la realidad, de manera que se pueden sentir responsables y dar una respuesta, dentro de lo que puede considerarse como su misión o función social.

Estos cambios y transformaciones implican diversos tipos de actitudes que se manifiestan en estos momentos: desde una posición de reflexión acogiendo/rechazando estos nuevos/viejos elementos para adecuar nuestra actividad docente e investigadora, o una auto-complacencia en el momento actual (porque cualquier cambio puede empeorar la situación), o una acomodación acrítica en estos cambios (al igual que ha sucedido anteriormente con la sucesión de modificaciones, por ejemplo, legislativas y administrativas que han afectado al sistema educativo).

Desde la primera perspectiva, vamos a tratar de exponer cuatro tipos de cambios para señalar cómo afectan a la enseñanza y el aprendizaje del Derecho: en primer lugar, la evolución del propio modelo de enseñanza, que ha implicado una revisión del modelo clásico de aprendizaje y, de alguna manera, ha supuesto el establecimiento de un nuevo paradigma educativo. En segundo lugar, la evolución de las relaciones sociales, en sentido amplio, que en el contexto actual exigen formas distintas de acceso a la información y, en consecuencia al conocimiento. En tercer lugar, el fenómeno de la globalización y la importancia de una visión geopolítica menos reductiva. Y por último, el cambio institucional y normativo a través de las recomendaciones, informes y normas que provienen del proceso de convergencia en el Espacio Europeo de Educación Superior, el denominado "Proceso Bolonia".

Sobrevolará este análisis el debate entre un modelo de capacitación tecnicista o profesionalizante que es el riesgo en el que pueden convertirse la formación universitaria y una formación más amplia, humanística o con un enfoque socio-jurídico que prepare a amplias funciones en la sociedad, incluyendo las diversas formas de la práctica jurídica.

En la segunda parte, señalaré las razones por las que en este escenario considero que la

educación jurídica clínica, junto a otras acciones, podría ser un elemento transformador, tal y como viene ocurriendo en otros lugares del mundo.

2. LAS TRANSFORMACIONES QUE AFECTAN A LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO

A. LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE ENSEÑANZA-APRENDIZAJE

> "Quien se aprende una fórmula, se halla a merced de su memoria; pero aquél que domina un principio puede mantener su cabeza libre de fórmulas, pues sabe que puede fabricar las que le hagan falta en el momento que quiera. (…) A pesar del rechazo natural del espíritu ante el duro proceso de pensar, este proceso una vez realizado hace sentir al espíritu un poder y alegría que le animan a seguir adelante, olvidando el trabajo y las angustias que acompañan el paso de un estado de desarrollo a otro."
>
> *James Clerk Maxwell,* conferencia inaugural en el *King's College* de Londres, 1860

En las últimas décadas se han introducido elementos que han producido cambios en la forma de enseñar y aprender, que se podrían concretar en los siguientes (De Miguel, 2006; Mateo y Martínez, 2008:132 y ss.; AQU 2009a:22 y ss.; Webb y otros 2013b:118 y ss.): La enseñanza centrada en el aprendizaje, las competencias como concepto que engloba los resultados de aprendizaje vinculados a un programa de formación, la incorporación de metodologías activas o la consideración de la evaluación como estrategia orientada al aprendizaje. A los efectos de esta exposición, estas transformaciones las reuniríamos en tres: a) Cambios en el enfoque del proceso de enseñanza-aprendizaje: del énfasis en la enseñanza al aprendizaje; b) Cambios en los contenidos objeto de aprendizaje y de evaluación; c) Cambios en la evaluación.

a) Cambios en el enfoque del proceso de enseñanza-aprendizaje: del énfasis en la enseñanza a la importancia del aprendizaje

Nos encontramos aún dentro de un modelo centrado en el profesor, que es el que decide el contenido a enseñar en un programa, lo planifica y después lo evalúa teniendo en cuenta cómo el estudiante es capaz de acceder a ese conocimiento. Y nos dirigimos a un modelo centrado en el aprendizaje del estudiante. En el modelo de aprendizaje centrado en el estudiante se tienen en cuenta los resultados o logros que tiene que aprender el estudiante: los resultados de aprendizaje esperados o previstos.

El origen de este enfoque basado en los resultados de aprendizaje se puede encontrar en los trabajos de un movimiento que se desarrolló en la década del sesenta y setenta en los Estados Unidos (Kennedy, 2007:3-4). Robert Mager fue uno de los defensores de este enfoque en la enseñanza que proponía redactar enunciados específicos en términos de resultados de aprendizaje observables que denominó *objetivos formativos* (*instructional objectives*). Al utilizar estos objetivos formativos, y sus resultados en forma de desempeño y rendimiento, trató de definir el tipo de aprendizaje que se produciría al concluir una instrucción, y también cómo se debería evaluar ese aprendizaje. Estos objetivos formativos se concretaron más adelante en resultados de aprendizaje más precisos. Con posterioridad este enfoque ha sido aceptado por las instituciones de garantía de la calidad en el Reino Unido (QAA, *Quality Assurance Agency for Higher Education*) o las instituciones de verificación de la calidad en Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica. También este es el enfoque seguido en el *Proceso de Bolonia*, como veremos a continuación, aunque algunos estudios previos ya realizaban un análisis del estado de la educación superior y los retos posteriores: el *informe Delors* (1996), el *informe Dearing* en Gran Bretaña (1997), el *informe Attali* en Francia (1998) y el *informe*

Bricall en España (2000). Estas propuestas se debatieron en la *Conferencia Mundial sobre Educación Superior. La Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción*, celebrada en París, en la Sede de la UNESCO, en 1998.

La vinculación existente entre el *proceso de enseñanza,* incluyendo el diseño de los resultados de aprendizaje*, el aprendizaje y su evaluación* se ha denominado *alineamiento constructivo (constructive alignment*) (Biggs, 2003a, 2003b; Kennedy, 2007:22). En síntesis, lo que señala este enfoque es que el plan de estudios debería diseñarse de manera que las actividades de enseñanza, las actividades de aprendizaje y tareas de evaluación se vinculasen con los resultados de aprendizaje. Esto es, lo que pretendemos que el alumno haya aprendido en el proceso de espacio y tiempo en el que se nos ha asignado su formación. El aspecto constructivo se refiere al tipo de aprendizaje y a la actividad que realiza el alumno. La parte de *alineamiento* se refiere a la actividad del profesor. Biggs indica que en un sistema de enseñanza de calidad, el método de enseñanza, las actividades de aprendizaje y los métodos de evaluación se coordinan para reforzar el aprendizaje del estudiante. Normalmente, las teorías de enseñanza tradicionales ignoran este *alineamiento.* De lo anterior se deduce que hay tres tareas básicas que se han incorporado, con mayor o menor fortuna, en los procedimientos burocráticos de verificación de los planes de estudios, y posteriormente en su implantación:

1) Por una parte, la definición de los resultados de aprendizaje a partir de las competencias y los perfiles profesionales.

2) Por otra, la selección de los métodos de enseñanza y aprendizaje que puedan garantizar que los resultados de aprendizaje se logran.

3) Por último, la elección de sistemas de evaluación vinculados a los resultados del aprendizaje del estudiante y la comprobación de su coincidencia con lo que se pretendía.

Las competencias pueden entenderse de tres formas: como un atributo fundamental de profesionalidad; como un criterio práctico del desempeño; o como la expresión (esperada o real) de los logros o resultados de aprendizaje. En cualquier caso, parece que la "competencia" debe ser identificada, alcanzada, comunicada y asegurada a través de un sistema de competencias y criterios que formulen los resultados y los procesos de aprendizaje que se requieran para alcanzarla. (Webb y otros, 2013b: 118)

En general, la determinación de competencias y resultados de aprendizaje en el proceso formativo jurídico sirve para establecer criterios para el reconocimiento de títulos, incrementa la transparencia en el proceso de generación de títulos, mejora la estandarización y la mejor alineación de la formación jurídica a los objetivos de calidad de las profesiones, aumenta la responsabilidad de la profesión para cumplir con los estándares capacitación; concretan las características esenciales de la preparación académica de un abogado en el contexto de un creciente número de solicitantes con formación internacional que pretenden acceder mediante los programas de admisión en los colegios de abogados (Webb y otros, 2013b:123 y ss.)

En el caso de España, este proceso se ha realizado, en la mayoría de la facultades de Derecho, de forma acrítica y poco reflexiva, traduciendo sin más las propuestas generadas en los correspondientes *libros blancos* o en otros modelos de documentación para que la ANECA aprobase sin demasiados problemas los documentos de verificación. Sin embargo, existen experiencias de valoración de esta vinculación y del impacto de las metodologías utilizadas en la adquisición de competencias cuyo enfoque sería interesante desarrollar y aplicar en futuras revisiones de planes de estudio. (Véase, por ejemplo, Font Ribas, 2013; García Medina y otros 2012, 2013).

b) Cambios en los contenidos objeto del aprendizaje y evaluación

El segundo de los cambios se encuentra en lo que se pretende que se aprenda y en su va-

loración. Como se decía en el Informe de la Unesco presentado por Delors (1996), la educación de calidad en la sociedad postindustrial no debe incluir solo el aprendizaje del conocimiento sino de otras capacidades, actitudes y valores: saber conocer, hacer, convivir y ser. Además de los contenidos académicos de las asignaturas se añaden otros que, en muchos casos, se hallaban implícitos en la enseñanza pero no en la evaluación: se trata de los contenidos procedimentales y actitudinales. Además se incorporan otro conjunto de capacidades, habilidades y valores de tipo transversal que en ningún momento se habían tenido en cuenta, porque se entendía que el estudiante venía con ellas incorporadas al llegar a la facultad. Entre ellos se pueden señalar, a título de ejemplo: la capacidad de expresión oral y escrita, las competencias de búsqueda y gestión de la información, la argumentación y el razonamiento crítico, el trabajo en equipo, la capacidad de negociación,… etc.

Estos contenidos se han introducido nominalmente en los documentos de verificación de los títulos y, en algunos casos, para evitar que se disuelvan, se trabajan en asignaturas específicas como las de "habilidades y destrezas jurídicas" (Véase a título ejemplo, García Añón y otros 2008a; Altés 2013). No habría que perder de vista que el aprendizaje de "habilidades jurídicas" como un elemento necesario se ha desarrollado ampliamente en otros países (Por ejemplo, Finch y Fafinski, 2011; Webb y otros, 2013a). Además se han incorporado en otras experiencias docentes, como por ejemplo, las vinculadas a las educación jurídica clínica.

c) Cambios en la evaluación

Los anteriores cambios exigen también una transformación en lo que se denomina modificaciones en la "lógica de la evaluación" que supone "ampliar la tipología de los procedimientos empleados y extender su uso a todos los ámbitos." (Mateo y Martínez, 2008:134). Esto afectara a los estudiantes, a los profesores y a la configuración de las instituciones.

La valoración de los aprendizajes se centra en la comprobación de su asunción por parte de los estudiantes a través de diversos métodos y enfoques de evaluación que además deberían ser incluidos en la fase de retroalimentación de la actividad docente. En relación a los profesores, los cambios implican, por una parte, tener en cuenta que sus valoraciones, en lo relativo a los procesos de enseñanza-aprendizaje, inciden en la mejora de la institución en su conjunto. Por otra parte, entrañan desarrollar el sentido colaborativo por dos motivos: en primer lugar, el aprendizaje sobrepasa la dimensión individual del profesorado; y en segundo lugar, este proceso implica una planificación coordinada de las distintas actividades que se incorporan en el proceso. También las instituciones educativas deberán modificar su organización para la recogida, explotación y difusión de la información sobre la evaluación.

En general, en la actualidad, se vienen manteniendo los mismos sistemas de evaluación *sumativa* frente a los sistemas de evaluación *formativa*. El modelo de evaluación tradicional se basa en la recogida de información mediante pruebas construidas por el propio profesor. Los modelos de evaluación alternativa, frente al anterior, "enfatizan el uso de los métodos que faciliten la observación directa del trabajo de los alumnos y de sus habilidades" y tienen dos modalidades: la evaluación auténtica y la de ejecución. En la evaluación *auténtica* los alumnos están comprometidos a la ejecución de tareas pertenecientes a la vida real o de un gran parecido que conecta a los estudiantes con las situaciones y las condiciones de la vida real. Este tipo de prueba no puede ser ideado por el profesor. (Mateo y Martínez, 2008:136) La evaluación basada en *ejecuciones* se ajusta a las exigencias del aprendizaje basado en el desarrollo competencial porque requiere que los estudiantes demuestren, construyan, desarrollen un producto o solución a partir de unas definidas condiciones y estándares. (Mateo y Martínez, 2008:210)

B. LOS CAMBIOS EN LA SOCIEDAD: DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN A LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Con independencia de las transformaciones institucionales en el modelo de aprendizaje, la situación actual nos puede llevar a afirmar que a pesar de que las Universidades ya no son el centro del conocimiento, aún así tratan de recuperar su papel de mediación entre la información, el conocimiento, los alumnos y, en definitiva, la sociedad. Está cambiando el papel y protagonismo de las Universidades en la vida pública: o se repliegan y languidecen en un mundo cerrado, o cambian la perspectiva de su función en relación con la sociedad aportando esa visión tradicionalmente crítica y abierta, favoreciendo la creación, la innovación y enfrentarse a los retos. En la actualidad nos encontramos en la transición de la *Sociedad de la Información* a la *Sociedad del Conocimiento* en la que, entre otros avances, podríamos tener en cuenta la comunicación instantánea y el acceso universal al conocimiento. Esto exige enseñar y aprender nuevas formas de acceder al conocimiento que implica, por ejemplo, la introducción en los planes de estudio de *competencias informacionales* (Área, 2010) que tienen carácter instrumental y transversal.

¿dónde estamos? ¿hacia dónde vamos?

Nadie podrá discutir que nos encontramos en un momento de grandes y rápidos cambios influidos por los avances tecnológicos relacionados con la información y con el uso que hacemos de la misma, modificando también las relaciones sociales Podríamos decir que nos situamos en la Era Digital o de la Información que serviría para identificar un momento en el que desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) es digital por contraposición al analógico, y en el que se han producido importantes cambios en el almacenaje, la distribución y la gestión de la información.

Todos estos cambios nos han llevado de la *Sociedad de la Información* a la *Sociedad del Conocimiento*. En estos momentos, aún tenemos la incógnita de saber cómo puede influir y afectar este nuevo modelo en el desarrollo del resto de aspectos de la economía, política, o la educación. Lo que está claro es que se trata de un fenómeno que debemos utilizar en beneficio de la eficacia del aprendizaje.

Y en este contexto podemos distinguir, en la evolución de la Sociedad de la Información, la que se denomina Sociedad de la información Red o Sociedad Red (*Network Society*) (Castells, 2006a, 2006b, Paliwala, 2007). Con el acercamiento de las distancias se reordena el espacio y el tiempo que genera nuevos procesos que transforman la sociedad: se modifica la cultura, la identidad, las formas de participación cultural, social y política… En la Sociedad Red el paradigma sería el "informacionalismo" frente al "industrialismo" anterior, y se caracteriza porque las redes reemplazan las relaciones jerarquizadas y circunscritas. En la actualidad, el trabajo colaborativo, en red, se muestra y aparece así como uno de los motores del conocimiento. La conectividad favorece la creación del conocimiento. El aprendizaje es la red, no tanto como instrumento tecnológico, sino como herramienta de relación y acceso universal en el tiempo, el espacio y el contenido, además en cambio y evolución constante.

Los rasgos distintivos del *informacionalismo* serían: 1. La capacidad de estas tecnologías para ampliar por sí mismas el procesamiento de información en cuanto a volumen, complejidad y velocidad; 2. Su capacidad recombinatoria; 3. Su capacidad distributiva. El término informacional, para Castells, indica una forma de organización social en la que debido a los avances en las TIC, la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder. En este contexto el conocimiento, ha pasado a ser el factor fundamental del desarrollo social, cultural y económico. (Tedesco, 2000; Mateo y Martínez, 2008:122-123)

¿De qué manera afectan estos cambios a la educación?

La redefinición y cambios que se producen en los modelos de enseñanza y aprendizaje gira alrededor de algunas características:

a) La adopción de un modelo de aprendizaje centrado en el estudiante: el estudiante se encuentra en el centro del proceso de aprendizaje.

La adquisición del conocimiento por parte de los sujetos no procederá exclusivamente de las instituciones. También se producirá espontáneamente basada en la acción de los mecanismos sociales a lo largo de toda la vida del sujeto. Esto implicará, por una parte, que el acceso a la información y al conocimiento por parte de los individuos deberá realizarse de forma autónoma, y por tanto, deberá aprender estas destrezas vinculadas al aprendizaje autónomo. La principal función de los profesores es enseñar a aprender. No es mostrar unos contenidos (normas, conceptos, teorías….) sino enseñar a los alumnos cómo pueden desenvolverse en la vida, incluyendo aquí, la vida profesional. En este sentido, deberán introducirse en los planes de estudios estas nuevas competencias para poder beneficiarse de su potencial.

b) La importancia de las TIC: "los medios tecnológicos adquieren un papel fundamental, debido tanto al hecho de que ponen al alcance del estudiante una serie de recursos que facilitarán su proceso de aprendizaje como al hecho de que favorecen el papel del profesorado como facilitador de este proceso." (Sancho i Vinuesa, 2004, 18).

Sobre la utilización de las TIC, simulaciones, el aprendizaje colaborativo y la fundamentación del aprendizaje a través de la experiencia son recomendables los trabajos de Paul Maharg[4] y, en concreto, *Transforming Legal Education* (Maharg, 2007).

c) Es necesario un nuevo modelo de gestión organizacional.

"La mercantilización, la globalización y la digitalización" están produciendo cambios que "van a remodelar el aprendizaje de manera que van a afectar las relaciones de poder personales entre estudiantes y académicos, estudiantes e instituciones y académicos e instituciones. (…) La mercantilización y la globalización, en concierto con la digitalización, influirán también en los tiempos y espacios (p.e. la geografía) del aprendizaje. Hay un potencial de reestructurar instituciones y clases en varias formas, que incluyen el desarrollo de instituciones virtuales, absorciones y fusiones." (Paliwala 2002, 2007).

Aunque parece exagerada esta distopía sobre el futuro de la Universidad (http://epic2020.org), lo cierto es que la tendencia tecnológica cambiante y la necesidad social por la crisis económica exigirá una convivencia creciente con otras formas de enseñanza-aprendizaje: "un futuro en el que las universidades de toda la vida pierden protagonismo frente a nuevos modelos de aprendizaje libre, con cursos impartidos en torno a modelos diferentes y bidireccionales, mediante modelos de negocio basados en lo gratuito, y con sistemas de acreditaciones que replican las meritocracias de los *badges* y la *gamification. (…)* Un sistema, el de la educación presencial en clases con un montón de alumnos y un modelo unidireccional sustentado por un sistema de acreditaciones en forma de títulos que se cuelgan en la pared, al que todo indica, lo veas desde dentro o desde fuera, que podría estar llegándole su momento histórico de disrupción." (Dans, 2012).

d) Los cambios en la función de los profesores en la Universidad: la tecnología no matará a los profesores.

> La sciencia de las leyes es como fuente de justicia, e aprovechase della el mundo, más que de otra sciencia. E por ende los Emperadores que fizieron las Leyes, otorgaron privillejo a los maestros de las Escuelas, en quatro maneras. La una, ca luego que son Maestros, han nome de Maestros, e de Cavalleros, e llamaron los Señores de Leyes. La segunda es, que cada vegada que el Maestro de Derecho venga delante de algun Juez, que este judgando, devese levantar a él, e saludarle, e recebirle, que sea consigo; e si el Judgador contra esto fiziere, pone la ley por pena, que le peche tres libras de oro. La tercera, que los Porteros de los

> Emperadores, e de los Reyes, e de los Principes, non les deven tener puerta, nin embargarles que non entren ante ellos, quando menester les fuere. Fueras ende a las sazones que estuviessen en grandes poridades; e aun estonce devengelo dezir, como estan tales Maestros a la puerta, e preguntar, si les mandan entrar o non. La quarta es, que sean sotiles, e entendidos, e que sepan mostrar este saber, e sean bien razonados, e de buenas maneras; e despues que ayan veinte años tenido Escuela de las Leyes, deven aver honrra de Condes. E pues que las Leyes, e los Emperadores, tanto los quisieron honrrar, guisado es, que los Reyes los deven mantener en aquella misma honrra. E porende tenemos por bien, que los Maestros sobredichos ayan en todo nuestro Señorio, las honrras que de suso diximos, assi como la ley antigua lo manda. Otrosi dezimos, que los Maestros sobredichos, e lo otros, que muestran los saberes en los Estudios, en las tierras del nuestro pues queo Señorio, que deven ser quitos de pecho; e no son tenidos de yr en hueste, nin en cavalgada, nin de tomar otro oficio, sin su plazer.
>
> *Partidas* 2.31.8: *Que honrras señaladas deven aver los Maestros de las leyes.*

Se están produciendo cambios que modificarán el papel de los docentes, su consideración y sus funciones. No es algo específico de los académicos de Derecho. Así ha sucedido en todas las épocas. De la misma manera que los cambios tecnológicos permiten un mayor acceso al conocimiento y exigen un replanteamiento de las relaciones con el saber, la propiedad intelectual… la función de los docentes debe ser distinta, pero no debe desaparecer.

Por ejemplo, en el actual debate sobre los MOOC (*Massive Open Online Courses*) en los que se ofrecen cursos *online* diseñados para que tengan una amplia participación, está claro que en ningún caso van a reemplazar a los profesores sino que subsistirán con otras formas de aprendizaje en las que evolucionarán y se ampliarán las funciones que desempeñan los docentes. Los cambios tecnológicos no reemplazarán a los profesores como en una metafórica revolución post-industrial; pero sin embargo, los cambios tecnológicos han modificado y modificarán el papel y la función de los profesores.

e) El *aprendizaje ubicuo*: en el campo educativo desaparecen las restricciones de espacio y de tiempo en la enseñanza.

En la *Sociedad Red* la enseñanza puede impartirse y aprenderse cómo, cuándo y dónde el estudiante necesite. Esto supone redefinir los procesos de aprendizaje (¿Cómo y cuándo se aprende?); los entornos/escenarios de aprendizaje (¿Dónde y cuándo se aprende?); y los recursos (¿De qué se aprende?). No vamos a profundizar en estos tres aspectos, tan solo señalar que estos cambios son un elemento más a tener en cuenta en el nuevo modelo de aprendizaje en el que el elemento del tiempo y el espacio dan un giro transcendental en el proceso de aprendizaje. Por ejemplo, los entornos de aprendizaje, que es dónde se accede el conocimiento, pueden pasar de las plataformas virtuales al "aula transparente" en la que los estudiantes aprenden no solo en cualquier momento y lugar, sino de recursos a los que se accede de manera universal y gratuita. En este sentido, los recursos se muestran dentro de un abanico de múltiples y complementarias posibilidades. Y por esto, los procesos de aprendizaje, las metodologías, tienen que tener en cuenta esta forma de aprender fragmentaria, no lineal y autónoma. El diseño de estas metodologías supondrá plantearse de forma distinta lo que se pretende (los resultados de aprendizaje) y la formación en los mismos también como un proceso.

El acceso ubicuo a la tecnología proporciona a los profesores la oportunidad de cambiar su función de ser distribuidores de contenido a lo que podemos denominar "orquestadores" del aprendizaje, que incluye la mediación con el conocimiento en diversas formas. Esto exige prestar atención a la formación y el desarrollo de nuevos aspectos y habilidades, además de las tradicionales, a los que también hay que instruir y no presumir como innatas: imaginación (que no es otra cosa que anticipar el futuro), curiosidad (que entraña la búsqueda de lo que se desconoce), adaptación al cambio (que implica cultivar la flexibilidad)… Todo esto, además de beneficiar los mecanismos de

aprendizaje, ayudará a insertar e integrar a los egresados en todos los ámbitos de la sociedad: cultural, político, laboral…

C. DE LA CIVILIZACIÓN OCCIDENTAL A LA "CIVILIZACIÓN GLOBAL"

Vinculado a lo descrito hasta ahora, el fenómeno de la globalización también debería formar parte de la nueva perspectiva formativa. Sin embargo, la preocupación por el conocimiento global o de otros aspectos distintos de los "nuestros" es reducida y difícil de encajar en la docencia y la investigación. A pesar del fenómeno migratorio, el enfoque global en la economía, la cultura, la política o los derechos, o la dependencia e interrelación entre las diversas regiones, la tendencia en la enseñanza o en la investigación parece (en general) no haberse dado cuenta.

En un reciente estudio, aunque se refiere a un proyecto de investigación relacionado con los intereses de los departamentos de Historia en universidades anglosajonas, se refleja la sobre-representación y la importancia de Europa y América del Norte[5]. La limitación en los intereses de investigación y docencia también serían similares a otros ámbitos como el Derecho o la Ciencia Política. Por eso, parece necesario pararse a pensar una de las consideraciones que se extraen de este estudio: "corremos el riesgo de preparar a nuestros estudiantes para ser ciudadanos o administradores de un orden mundial que ya ha pasado." (Clossey y Guyatt, 2013) Y por tanto, tanto en los contenidos de la enseñanza como la investigación deberíamos tender a mirar más hacia el Sur y el Este.

D. LOS CAMBIOS INSTITUCIONALES Y NORMATIVOS: EL PROCESO DE CONVERGENCIA EN EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Pienso que es necesario recordar las características y objetivos de este proceso para no utilizarlo como "chivo expiatorio" de los males estructurales del sistema educativo. Tampoco hay que confundirlo con las conveniencias e intereses de las reformas realizadas por las instituciones gubernamentales y educativas implicadas. Cada uno tiene su responsabilidad en las deficiencias y problemas que tenemos.

El inicio del proceso de convergencia hacia un Espacio Europeo de Educación Superior, en donde se plasman los objetivos en que se enmarca este proceso, se puede decir que comenzó con la Declaración de la Sorbona de 1998 y la Declaración de Bolonia de 1999 suscrita por los ministros europeos de educación. Este planteamiento se reafirma y desarrolla con posterioridad en otros encuentros en diversos ámbitos: por ejemplo, el comunicado de Praga (2001), reafirma este objetivo, recogiendo las conclusiones de las reuniones organizadas por la CRUE (Salamanca, 2001), la Convención de Estudiantes (Goteborg, 2001) y las actividades de la EUA (*European University Association*).

Entre los objetivos básicos de las primeras declaraciones y las reuniones posteriores se podrían destacar:

1. Asegurar a través del *Espacio Europeo de Educación Superior* (EEES, en inglés, *EHEA*) la competitividad internacional del sistema de educación superior europeo.

2. Mejorar y hacer más transparente la modalidad tradicional para describir los títulos educativos y sus estructuras respectivas. Se pretende adoptar un sistema de títulos y grados que sea más comprensible y comparable.

3. Conformar el sistema de títulos y grados en dos ciclos principales: el primer ciclo con un mínimo de tres años (y un mínimo de 180 créditos), y el segundo ciclo conducente a un grado académico de máster o doctorado. Con posterioridad se modificó creando un tercer ciclo independiente para el doctorado, y para promover vínculos más estrechos entre el *Espacio Europeo de Educación Superior* y el *Espacio de Investigación Europeo* (ERA, del inglés *European Research Area*).

4. Introducir un sistema de créditos transferibles, los denominados créditos ECTS, que ayude a impulsar y promover la movilidad dentro del Espacio Europeo de Educación Superior para superar el reconocimiento legal y los obstáculos administrativos

5. Promover la calidad en la educación superior europea a través de una cooperación interinstitucional, curricular y de esquemas de movilidad para estudiantes, profesores e investigadores.

6. El diseño de escenarios de aceptación mutua de mecanismos de evaluación y acreditación/certificación.

El proceso de configuración del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) ha tomado como punto de partida, además de los planteamientos pedagógicos señalados anteriormente, estudios elaborados en la década de los noventa en los que, a través de amplias encuestas realizadas entre graduados y empleadores, se ha puesto de manifiesto la importancia de las denominadas competencias transversales o genéricas en el desempeño académico y profesional de los titulados universitarios. Entre ellos se puede destacar la encuesta Cheers, el proyecto Tuning, UEConverge, ReFLEX, TRANSEND, Proyecto DeSeCo de la OECD, los descriptores de Dublín de la *Joint Quality Initiative*, o el portal de competencias de la Universidad de Cambridge. También se ha desarrollado en los libros blancos de las distintas titulaciones apoyados por la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación).

Nada más que todo eso, que en algunos casos se diseña de forma vaga, pero nada menos porque la pretensión resulta tan ambiciosa que, en estos momentos, los países europeos implicados han utilizado diferentes velocidades en su implantación. Es necesario recordar que este proceso de carácter informal, adoptado por países con tradiciones diversas, continua y ha avanzado más en algunos de sus objetivos que en otros, por lo que quizás sea útil apuntar:

a) Que es un proceso, no un objetivo en sí.

b) Que no tiene que ver solo con la reforma de los planes de estudio, aunque implique un cambio sustancial en la estructura de los mismos.

c) Que no pretende unificar ni uniformizar planes de estudio sino crear parámetros de comparabilidad entre los distintos estudios de los países europeos para evitar innecesarias dilaciones burocráticas.

d) Que pretende beneficiar y no limitar la movilidad de los estudiantes y de los egresados

e) Que pretende que se aprenda más y con mejor calidad

En definitiva, las características de este modelo que se desarrolló de forma experimental después de las primeras recomendaciones (p.e. Dasí y otros, 2007a, 2007b, 2009) y que se trasladó a las reformas de planes de estudios hasta implantarse en el año 2010, podrían plasmarse en las siguientes características que, se han llevado a cabo en mayor o menor medida:

1) La importancia de los objetivos competenciales. La determinación de las competencias en las guías académicas es un instrumento que sirve para concretar los objetivos de la titulación y los perfiles que se pretenden. De esta forma también sirven para evaluar la suficiencia del nivel alcanzado por los alumnos en cada una de las materias.

2) La potenciación del aprendizaje autónomo del alumno. Este objetivo se realiza a través de cuatro medidas:

a) La adopción universal del sistema europeo de transferencia de créditos y la correspondiente equivalencia en horas de trabajo del estudiante.

b) La reducción de horas presenciales, debido a que se realiza un cómputo de la carga de trabajo del estudiante en la que se tienen en cuenta todas las actividades de aprendizaje necesarias: presenciales, aprendizaje autónomo y evaluación para alcanzar los resultados de aprendizaje esperados

c) El aumento de las actividades que utilizan metodologías activas de enseñanza-aprendizaje, con combinación equilibrada de actividades teóricas, actividades aplicadas y actividades teórico-prácticas que implican una mayor participación y autonomía del estudiantes. También la realización de actividades docentes externas y complementarias: visitas a instituciones, seminarios con profesionales y académicos.

d) Un sistema de evaluación continuada, como regla general y en coherencia con las metodologías adoptadas.

3) La modificación de la estructura organizativa se ha plasmado en algunos aspectos, con mayor o menor éxito:

a) La constitución de equipos docentes y la coordinación docente del profesorado.

b) La existencia de grupos reducidos para facilitar una enseñanza con un importante componente activo y aplicado, y, opcionalmente, de grupos agregados para aprovechar las sesiones magistrales cuando se considere conveniente.

Además a estas características se han añadido otras que permiten configurar de forma distinta el proceso. En este sentido, pueden verse, por ejemplo la incorporación de programas de tutorías de transición para favorecer la atención individualizada al estudiante o la necesaria incorporación de las TIC y la utilización docente de plataformas virtuales.

Se podría decir que éstos serían los elementos en los que se concretaron algunos de los grandes trazos del proceso en nuestro país. Sin embargo, existe un descontento generalizado con la implantación del Plan Bolonia. Es cierto que en cada uno de los estados ha evolucionado de forma distinta y también cada materia lo ha implantado de forma peculiar. A todo ello habría que añadir las dificultades en la escasez de recursos materiales y humanos provenientes de la actual crisis económica y financiera.

Visto así, el "Plan Bolonia", incluso el triunfo de la utilización de esta terminología a partir de un determinado momento anterior al año 2010, solo puede entenderse como el resultado una estrategia de desgaste por parte de todos los actores universitarios en vez de un proceso de convergencia europeo: los gobiernos reticentes; la desconfianza de los estudiantes que exigían mantener, al menos, el inexistente/incomparable nivel de calidad en la enseñanza; el inmovilismo de los gobiernos regionales y universitarios amordazados por las limitaciones presupuestarias; y la falta de lucidez y miras de los claustros académicos… que tan solo deseaban mantener el mismo porcentaje de representación o poder académico en sus ámbitos… Todo esto únicamente permitió una implantación formal de un sistema que nadie quería, principalmente porque desconocía de qué se trataba, y se evitó lo más importante: un proceso de reflexión sobre el estado de la cuestión de la enseñanza y el aprendizaje, en nuestro caso, del Derecho.

En ese momento, el debate entre universidad pública, privatización y mercantilismo también pienso que estaba desenfocado. En muchos países se encuentra en el actual debate la tensión entre una universidad próspera en manos del mercado y de su privatización frente al carácter público de la enseñanza superior que valora el crecimiento económico y la prosperidad con otros parámetros relacionados con el beneficio o el bien público y con múltiples funciones al servicio de la sociedad: la transmisión del saber o el conocimiento, el fomento de la cultura, favorecer el espíritu o el pensamiento crítico, la función/misión social o de justicia social de la universidad, por señalar algunos. Y también de alguna manera la generalización de la enseñanza superior se ha identificado con un proceso de inclusión social y disminución de las desigualdades sociales y económicas.

Por ejemplo, en el Reino Unido, frente al informe Browne (2010) se encuentran las posiciones del *Manifiesto por la Universidad Pública* (Holmwood, 2011) en las que se muestra la tensión entre un modelo de educación como una inversión privada frente a un derecho de los ciudadanos. De alguna manera la crisis de

la universidad pública es solo una faceta más de la crisis de la vida pública.

Tampoco me resisto a citar la descripción que hacía D. Kennedy en los años ochenta de la estructura formativa de las facultades de Derecho que tendían a mantener el *statu quo* y a formar a estudiantes adeptos al mercantilismo imperante. El título podría traducirse como "La educación jurídica como preparación para el escalafón": "Las Facultades de Derecho son lugares intensamente políticos, aunque parezca que tengan pocas pretensiones intelectuales, que carezcan de ambición teórica o de visión práctica acerca de cómo podría ser la vida social. La concepción mercantil de las facultades, la infinita atención a los árboles que impiden ver el bosque, la simultanea grave seriedad y superficialidad con la que se abordan las limitadas tareas que parece haber a mano: todo esto es sólo una parte de lo que sucede. La otra parte es la capacitación y formación ideológica para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial."(Kennedy, 1982:54) El propio sistema formativo y el plan de estudios crean, por una parte, estudiantes alejados de la práctica y estudiantes que aceptan acríticamente las premisas de la sociedad y la economía en al que vivimos, reduciendo progresivamente el valor reflexivo e incomodo de la teoría del Derecho despreocupados del discurso teórico sobre el Derecho. De esta manera, no se les prepara tampoco para enfrentarse a la realidad porque cuando ejerzan ya se darán cuenta de que los juristas realmente hacen y que es lo realmente importante.

¿Qué elementos tendrían que haberse exigido en esta reflexión? ¿Cuáles son los aspectos de cualquier reforma? ¿El plan de estudios, la dedicación horaria, la distribución de materias, el sistema burocrático de gestión…?

No, todo eso son las consecuencias de la reflexión. Al final, muy pocos de los implicados pensaron acerca de cómo se debería enseñar, para qué se debería enseñar y a quién se enseña.

Lo importante hubiera sido que la institución educativa hubiese tenido la valentía de alzar los ojos a la sociedad para, simplemente, mirar hacia cuáles son los problemas de justicia que nos rodean y qué se puede hacer para resolverlos.

Las acusaciones de mercantilismo, burocracia, … son palabras vacías de aquellos que han querido, y han conseguido en parte, dejar las cosas como estaban. Son los aliados del inmovilismo de instituciones que viven fuera de la realidad y que nos quieren hacer creer que su función es estar por encima de la propia realidad. ¿A qué intereses se sirve? Esta es la pregunta que siempre hay que tratar de responder. Siguiendo a Jhering, el Derecho debe servir al interés inacabado por la justicia y por conseguir la garantía de los derechos, también en una lucha inacabada. (Blázquez y García Añón, 2013)

3. LAS DEFICIENCIAS EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE JURISTAS

Entonces ¿dónde están los problemas de las Facultades de Derecho? Como ya he apuntado, el problema no (solo) es el *Plan Bolonia*, que realmente no se ha llevado a cabo adecuadamente. Tenemos una memoria quebradiza. Algunos de las deficiencias se pueden achacar a la falta de concreción de algunos objetivos, la excesiva burocratización… pero muchos de los males de la situación actual, como he dicho, pasan por una falta de reflexión en el momento en el que se propició un cambio estructural, y no solo de planes de estudio. Otros de los males provienen de factores estructurales que perviven. Todo esto se ha agravado con el fenómeno de la crisis financiera que ha servido como un falso "estado de necesidad" que está favoreciendo tropelías no solo en el sistema educativo sino en todo el entramado de derechos del estado de bienestar.

Podemos señalar que los problemas de las facultades de Derecho persisten y se hubieran mantenido con independencia de las modificaciones normativas incorporadas en el proceso de

convergencia europeo. Por una parte, el modelo de jurista que se desprende de la enseñanza del Derecho desde hace, al menos, un par de siglos; y por otra, conectada con la anterior, las deficiencias existentes en el currículum, metodologías y formas de evaluación. A esto, hay que añadir un tercer elemento, que es la falta de conexión con la realidad, producida por diversos factores, entre los que no es irrelevante el modelo de profesionalización de los docentes.

A. EL MODELO DE JURISTA

El modelo de nuestras facultades de Derecho aún proviene de un modelo de jurista que de forma acrítica se ha anclado en el tiempo, no solo en la enseñanza y el aprendizaje del Derecho. Los rasgos de este modelo de jurista, en general, son el énfasis en el saber enciclopédico de los contenidos curriculares unido a su estanqueidad y falta de interdisciplinariedad, los métodos docentes centrados en la transmisión de conocimientos a través de la clase magistral y la memorización como objetivo del aprendizaje y de la evaluación. Esta última verifica el que se alcancen unos resultados y no el que se hayan producido nuevos aprendizajes. El diagnóstico ya lo hacía Giner de los Ríos nada menos que en 1889 en su "Sobre la reorganización de los estudios de Facultad", puede ser útil releer sus propuestas de entonces:

"… Pues la reforma ha de tender a concluir, severamente y cuanto antes, con el carácter actual que hoy tiene entre nosotros esa enseñanza, y cuyas notas cardinales son: 1ª Formalismo mecánico, verbal y memorista con la trivialidad y superficialidad consiguientes. 2ª Pasividad del alumno, falto de iniciativa, de personalidad, trabajo e ideas propias, y, por tanto, de gusto e interés objetivo por la verdad científica, 3ª Aislamiento, sequedad e incomunicación entre profesores y alumnos, y entre cada una de estas mismas clases…." (Giner de los Ríos, [1889] 2003, 42).

De esta manera se asume "inconscientemente que la función final del Derecho consiste en mantener las instituciones sociales existentes en una especie de *statu quo* atemporal." (Lasswell y McDougal [1943], 1999, 74).

B. LAS DEFICIENCIAS DEL CURRÍCULUM, LOS MÉTODOS DE ENSEÑANZA Y LAS FORMAS DE EVALUACIÓN

En segundo lugar, se constatan las deficiencias relacionadas con el diseño de los planes de estudios, los métodos de enseñanza y las formas de evaluación que, en definitiva, conducen también a cuestiones más generales como la falta de definición de los perfiles de los egresados.(Pérez Lledó, 2003).

Con independencia de la enseñanza de los contenidos establecidos en el correspondiente plan de estudios, no se presta importancia a la enseñanza de destrezas y valores profesionales, actitudinales, políticos o sociales y, en ocasiones, parece como si esto se diera por añadidura a la transmisión de contenidos que realiza el profesor. Sin embargo, no hay que caer, y hay que contribuir a superar, el modelo estrictamente tecnicista, desde dentro de la comprensión del propio carácter de la supuesta actividad técnica que debe desarrollar un jurista (De Lucas, 1996 y en este mismo volumen). Así, como dice Laporta, "reivindicar la enseñanza práctica del derecho quiere decir, o debe querer decir, ante todo, familiarizarse con el funcionamiento de las instituciones jurídicas en la vida real y, desde ahí, iniciar el conocimiento y la construcción de la teoría jurídica de un modo activo, superando definitivamente la postura memorista y abstracta que caracteriza nuestros estudios de derecho y tantos otros…" (Laporta, 1978, 111-112 y 2003).

Como siempre suelo recordar, en un discurso que pronunció John Stuart Mill cuando fue elegido en 1867 Rector de la Universidad de St. Andrews, señala que la función de la Universidad es hacer personas competentes, cultas y sensatas, y esto les hará ser también buenos profesionales: "depende de una educa-

ción general que les haga juristas filósofos —que exijan y sean capaces de retener principios, en vez de sobrecargar su memoria con detalles." (Mill [1867], 1984).

En relación a las contenidos que se echan en falta en los planes de estudio se podrían señalar: la ética profesional, los valores jurídicos y, al mismo tiempo, el conocimiento de la sociedad, incluyendo los aspectos económicos y mercantiles. Entre las habilidades, en general, todas las relacionadas con la comunicación oral y escrita, en sentido amplio. De alguna manera coinciden con las recomendaciones del reciente informe *Legal Education and Training Review*[6]. (Webb y otros, 2013b: 45, 286 y ss.)

También, por ejemplo, preparar para "detectar y resolver problemas" no solo es una destreza necesaria para el ámbito profesional, sino también para cualquier otro. Con este enfoque se desarrolla el sentido y el pensamiento crítico, frente a sistemas de transmisión del conocimiento (jurídico) en el que el axioma se encuentra en las normas codificadas como entes inamovibles, incluida la Constitución. Aprender a pensar por uno mismo es una tarea difícil de enseñar, y es uno de los elementos necesarios para educar ciudadanos que sean capaces y tengan interés por transformar la realidad que nos envuelve.

Por los que se refiere a la introducción de metodologías activas, como el aprendizaje basado en problemas o el aprendizaje colaborativo, en el ámbito jurídico, se deberían tener en cuenta los trabajos de Antoni Font (Font 2004, 2009, 2013). Y en concreto sus experiencias sobre una evaluación formativa con la utilización de diarios reflexivos (Rué, Font i Cebrián, 2013). Lo referente a la metodología jurídica clínica se tratará en el siguiente apartado.

C. LA FALTA DE CONEXIÓN CON LA REALIDAD

Por último, se acusa a la formación jurídica de su desconexión con la realidad y, por tanto, las metodologías que se introduzcan deberían caminar hacia una perspectiva en la que (también) se tenga en cuenta la inserción y la experiencia profesional al tiempo que se favorezca el acceso a la justicia a aquellos que les resulta más difícil. Como señalábamos ya hace un tiempo: "Es cada día más urgente encontrar elementos de mediación entre una Universidad desconectada de la sociedad en la cual se inserta —una Universidad "aséptica", ajena a las necesidades e intereses sociales, independiente de los poderes pero también indiferente a cualquier compromiso transformador— y una Universidad sometida a la dinámica social —sin espacio ni sentido propios, con funciones puramente instrumentales, regida por criterios empresariales y dependiente de presiones exteriores." (Bea-García Añón, 1993) Con independencia de las propuestas que se realizan en el siguiente apartado, hay algunas ideas que se pueden ir incorporando para evitar la separación entre la teoría y la práctica. Por ejemplo, para garantizar las experiencias de formación práctica y auténtica, los juristas prácticos deberían incorporarse en el diseño de materiales, el establecimiento de criterios de evaluación y en la realización de la misma. (Webb y otros, 2013b: 148).

4. LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR

Es cierto que el proceso de convergencia al Espacio Europeo también nos ha traído algunos elementos positivos en relación con la reflexión sobre la utilización de metodologías activas, su evaluación, la puesta en marcha de sistemas de calidad, el diseño y planificación de asignaturas, la coordinación de profesores, y otros aspectos que he tratado en otros lugares (Añón Roig y García Añón, 2006a; 2006b; 2009a, 2009b; Dasí y otros, 2007a, 2007b, 2009; García Añón y otros, 2008a; García Añón 2008b; 2009; 2011; 2012; García Medina y otros, 2012 y 2013).

Con la variedad de elementos que hemos presentado para propiciar la reflexión, no parece que se pueda encontrar una respuesta única ni tampoco un modelo que proporcione respuesta a todas las aristas de los problemas que se han señalado. Aún así, pienso que la reflexión sobre cómo debe realizarse la docencia y el aprendizaje del Derecho pasa por la reflexión sobre la educación jurídica clínica, y al mismo tiempo, sobre lo que el método clínico ha supuesto y supone al enfrentarse a los grandes problemas de la docencia del Derecho, y de la docencia, en general.

No voy a explicar en qué consiste la metodología clínica jurídica ni la variedad de experiencias que han sido descritas en muchos lugares. Puedo señalar, por todos, la recopilación en el libro *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social* (Bloch, 2013), o en este mismo volumen el texto de Richard Grimes (2013, 2014), y en nuestro ámbito, sin ánimo de ser exhaustivos, algunas referencias que nos recuerdan la influencia indudable y la relación de las clínicas latinoamericanas en la fundación y sostenimiento de las españolas. (Blázquez, 2005, 2013; Villarreal y Courtis, 2007; Witker, 2007; Bonet, 2008; CELS, 2008; Madrid Pérez, 2008 y 2010; RED, 2011).

En su sentido más amplio la educación jurídica clínica se entiende "como cualquier método de enseñanza activa que incluya el aprendizaje basado en la experiencia, incluyendo la simulación, las prácticas externas, y/o las clínicas internas con servicios de asistencia jurídica a clientes reales bajo supervisión de los profesores." (Wilson, 2013:217) Aunque prefiero poner el énfasis en el sentido que le da McQuoid-Mason a la educación clínica como el procedimiento "para enseñar habilidades jurídicas en un contexto reflexivo de justicia social" (McQuoid-Mason, 2008:2; McQuoid-Mason y otros, 2013:79). Esto es, se trata de formar a estudiantes en habilidades profesionales y en deontología profesional, al tiempo que se ofrecen servicios jurídicos a personas en riesgo de exclusión social o sin capacidad económica.

Lo que me interesa resaltar es cómo puede ayudar la metodología clínica, como espacio y tiempo de aprendizaje, a recuperar algunos de los elementos que requieren la enseñanza y el aprendizaje del Derecho en la actualidad, y al mismo tiempo señalar que supondrá un mecanismo transformador de la institución universitaria allí donde se ponga en marcha, y también vertebrador de la propia Universidad en el seno de la sociedad como actor principal, junto al resto de los actores de la comunidad.

Los elementos que proporciona la educación jurídica clínica han destapado los intereses que perviven, y que triunfan, en nuestras instituciones académicas, en general. La transmisión del conocimiento permeabilizado con las ideas predominantes, el mantenimiento del *statu quo*, no aprender a pensar por uno mismo sino a través del discurso pre-establecido … Sin permitir, como en una especie de *horror vacui*, un mínimo espacio y tiempo para que los estudiantes se enfrenten a la realidad, que es su realidad y la nuestra. Esta complacencia académica hace que se resienta una perspectiva también propia del espíritu universitario: la lucha por la justicia y el reconocimiento de los derechos, sobre todo para aquellos que lo tienen más difícil.

Como señala Bloch, en el trasfondo del movimiento de educación jurídica clínica se encuentra "un proceso de transformación de la educación jurídica en educación en la justicia" y, en concreto, en "reorientar la enseñanza del Derecho en la formación de juristas para la justicia social." (Bloch, 2013:43 y 48).

Las principales características de la educación jurídica clínica que se insertarían en esta "estrategia" de transformación, y que incorporan algunos de los elementos que se han descrito con anterioridad, serían las siguientes: el aprendizaje a partir de la experiencia, la formación en habilidades y destrezas profesionales, la función social de la actividad universitaria y el entender el acceso a la justicia como un elemento esencial de la garantía del resto de derechos.

1) El aprendizaje se realiza en un entorno y estilo participativo centrado en el estudiante y a partir de la experiencia.

Formar a estudiantes de Derecho debe implicar mucho más que mostrarles cómo es el "Derecho", o a que "piensen como abogados" o la parte técnica y doctrinal de la práctica jurídica como aprendices pasivos. Un estudiante debe también exponerse a la realidad, a la experiencia, a las construcciones, reglas y mecanismos de la práctica jurídica (Nicolson, 2008:4; Duncan & Kay, 2013:283). Las teorías del aprendizaje sostienen que los adultos aprenden mejor utilizando la teoría para reflexionar sobre experiencias actuales o pasadas que les preparen para desempeñar roles sociales en el futuro (Nicolson, 2008, 23).

En la metodología clínica, al aprender en la experiencia, en lugar del aprendizaje por medio de las tradicionales conferencias en las clases, los estudiantes participan de manera pro-activa en el proceso de aprendizaje. Con su iniciativa se determina y configura el alcance del problema de un cliente, y se planifica y trabaja para tratar de resolverlo. Los estudiantes aprenden más si ellos se dan cuenta de que su éxito depende de su esfuerzo, en lugar de otros factores externos que, en muchos casos, no pueden controlar: como la capacidad de transmisión de un profesor en las clases. Lo importante no solo es aprender un conocimiento sino aplicarlo a un problema que exige una respuesta y responsabilidad, al ser perentoriamente real (Véase el texto de Grimes, 2013 traducido en este volumen). A diferencia de los abogados, que tienen menos disponibilidad de tiempo, los estudiantes se enfrentan a estas tareas en un proceso de reflexión que puede ser profundo, con corrección externa y autoevaluación, lo que permite cerrar el círculo del aprendizaje de manera "formativa".

2) La adopción de un enfoque basado en el aprendizaje de habilidades y destrezas.

El aprendizaje también involucra activamente a los estudiantes en su futura labor profesional y en el aprendizaje de habilidades y destrezas de la profesión. Los estudiantes al trabajar *como si fueran abogados* incorporan en su aprendizaje las habilidades, destrezas y valores de la profesión a partir de la experiencia que tradicionalmente se han excluido de los planes de estudio de las facultades de Derecho. "Los profesores clínicos enseñan a los estudiantes de Derecho lo que los abogados hacen, lo que deberían hacer, y cómo deberían hacerlo." (Bloch, 2013:44, 46) Esto incluye también los procesos más elementales que forman parte de la práctica jurídica (por ejemplo, la entrevista con un cliente, la estructura de una carta, la negociación cara a cara) o las habilidades que son necesarias para el desarrollo de cualquier trabajo: análisis de problemas, investigación, redacción, argumentación, comunicación, expresión oral…

En este ámbito hay que incluir la conducta, ética y responsabilidad profesional de los juristas que tradicionalmente también se ha excluido de las facultades, en contraste a otros ámbitos profesionales, como el sanitario. La reivindicación del compromiso por la justicia implica la recuperación de la ética jurídica y la responsabilidad profesional en los distintos niveles de la formación jurídica. No se trata de reproducir las normas que aparecen en los códigos deontológicos. La visión debe ser algo más amplia e incluir los elementos básicos sobre los que se rige la sociedad, las relaciones humanas, y también las profesionales. Se trata de trabajar los valores en acción.

3) La función social de la Universidad: el aprendizaje de conocimientos y habilidades jurídicas se realiza en contacto con los problemas reales que afectan a la sociedad, y en concreto, con los individuos, grupos y comunidades que han sido marginadas del sistema jurídico y social.

Este es el objetivo que se apuntaba al señalar que lo que se pretende es "transformar la educación jurídica en educación en la justicia formando a los juristas en la justicia social" (Bloch, 2013:43-44). Aprender a pensar de forma crítica la realidad exige dotar a los estudiantes de los mecanismos, herramientas… si

queremos utilizar esas metáforas, o de los espacios y tiempos de aprendizaje en los que la realidad nos interpele y nos obligue a reflexionar para actuar. (Blázquez y García Añón, 2013)

Normalmente, las clínicas jurídicas trabajan en "casos o proyectos pretendiendo abordar la injusticia social en sus comunidades locales." (Bloch, 2013:47). Aunque "un enfoque global en la educación clínica estimula a los profesores y a los estudiantes a involucrarse en proyectos dedicados a alcanzar la justicia social más allá de las fronteras, en otras regiones del mundo. Y como parte de una red global, las clínicas pueden involucrarse en la práctica global de la justicia social a través de una variedad de proyectos clínicos especializados." En concreto, dos áreas pueden considerarse en este cometido, los derechos humanos y la inmigración. (Bloch, 2013:47-48).

El esfuerzo de colaboración de la Universidad con los problemas sociales es enorme. Por ejemplo, David Luban calculó que en año los estudiantes de las clínicas jurídicas universitarias en Estados Unidos habían dedicado tres millones de horas de asistencia jurídica a pobres y necesitados (Luban, 2003).

4) Entender y valorar qué significa el acceso a la justicia y su carencia

Los estudiantes deben valorar el privilegio de una profesión que facilita y colabora en el acceso a la justicia que es la garantía de la eficacia del resto de derechos fundamentales.

La cultura profesional en Estados Unidos ha aceptado tradicionalmente la idea de que la responsabilidad profesional incluye la tarea de mejorar el acceso a la justicia. Los profesores de las clínicas jurídicas han luchado por mantener esta idea dentro de la profesión (Bloch, 2013: 445). Esta perspectiva resulta esencial en nuestro entorno, ante las dificultades crecientes de acceso a la justicia que ya se han señalado. Nuestra misión es también lo que académicamente llamamos de manera quizás rimbombante pero no menos necesaria: la universalidad en el acceso a la justicia, como un derecho. (Blázquez y García Añón, 2013).

NOTAS

1. En el caso de España, por ejemplo, con Ley 10/2012, de 20 de noviembre, *por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*. En el caso del Reino Unido, con la *The Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, en vigor desde el 1 de abril de 2013. https://www.justice.gov.uk/legal-aid/newslatest- updates/legal-aid-reform.

2. Puede encontrarse un análisis detallado de estos problemas en el texto de Rafael Verdera y Javier Palao en este volumen.

3. Puede verse, por ejemplo, en el Reino Unido el análisis de hipotéticos cuatro escenarios realizado por la *Law Society* que además se ha utilizado por el reciente informe *Legal Education and Training Review*, (LETR) sobre el futuro de la formación jurídica en sus distintos niveles en cumplimiento de los objetivos de la *Legal Services Act 2007.* Este informe por encargo de la *Bar Standards Board* (BSB), ILEX *Professional Standards* (IPS) y la *Solicitors Regulation Authority* (SRA) (Webb y otros, 2013b) ha abierto un debate interesante entre los distintos sectores implicados (puede verse por ejemplo, *The Law Teacher*, vol 48, issue 1, 2014). En él se proponen diversas recomendaciones después de realizar encuestas cuantitativas y cualitativas y un estudio de las normas y los procedimientos formativos existentes. Desde 1971, con el Ormrod Report (*Report of the Committee on Legal Education*), no se había revisado la formación y la capacitación jurídica en profundidad. En 1996 se elaboró un informe por el *Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education and Conduct* (ACLEC), cuyas recomendaciones no se llevaron nunca a cabo. Posteriormente han tenido lugar debates en la *Law Society Training Framework Review* (2005) y a través de los *Wood Reports* para *Bar Standards Board* (2008, 2011). Muchas de las recomendaciones que se proponen resultan familiares a las quejas que aparecen en nuestro entorno. A pesar de que los cambios estructurales y normativos que se han producido pretendían un mayor calado, desgraciadamente no se puede decir que exista una preocupación similar en nuestro ámbito.

4. http://www.transforming.org.uk; http://paulmaharg.com

5. http://smallworldhistory.org/

6. En concreto, la recomendación nº 6: "*LSET schemes should include appropriate learning outcomes in respect of professional ethics, legal research, and the demonstration of a range of written and oral communication skills.*" (Webb y otros, 2013b: 287) y la nº 7: "*The learning outcomes at initial stages of LSET should include reference (as appropriate to the individual practitioner's role) to an understanding of the relationship between morality and law, the values underpinning the legal system, and the role of lawyers in relation to those values*." (Webb y otros, 2013b: 288).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Altés Tárrega, Juan Antonio (Ed.); *Técnicas y Habilidades Jurídicas Básicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

AQU, (2009) *Guía para la evaluación de competencias en el área de Ciencias Sociales*, coord. J. Garín Sallán, Agència per la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya, Barcelona, 2009
http://www.aqu.cat/doc/doc_14646947_1.pdf

Añón Roig, María José y García Añón, José; "Experiencia de la impartición de la asignatura "Teoría del Derecho" dentro del Proyecto de innovación educativa de la Doble Titulación Derecho-Dirección y Administración de Empresas de la Universitat de València", *Actas del I Seminario de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas, 15 y 16 de septiembre de 2005*, Coord. Teresa Franquet y Maria Marquès i Banqué, Col.lecció Papers, Facultat de Ciències Jurídiques, Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, Tarragona, 2006 a.

Añón Roig, María José y García Añón, José; "Teorías de la Justicia y aprendizaje cooperativo: estrategias y evaluación a través del método de grupo puzzle", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 13, 2006b, http://www.uv.es/CEFD/13/anyon.pdf

Añón Roig, María José y García Añón, José; "Teorías de la justicia y aprendizaje cooperativo: enseñanza a través del método puzzle (utilizando el aula móvil y el aula virtual)", *Actas del II Congreso de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas,* Coord. J.M. Ayllón y otros, Málaga, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, 2009.

Añón Roig, María José y García Añón, José; "Metodologías de aprendizaje cooperativo y teorías de la Justicia", *Miradas a la innovación: experiencias de innovación en la docencia del Derecho*, ed. José García Añón, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2009, págs. 37-51.
http://issuu.com/josegarciaanon/docs/2009miradas

Área Moreira, Manuel (coord.), *Competencias informacionales y digitales en educación superior,* Revista de Universidad y Sociedad del Conocimiento, monográfico, vol. 7, no2, Barcelona, julio de 2010.
http://rusc.uoc.edu/ojs/index.php/rusc/article/viewFile/v7n2-area/v7n2-competencias- informacionales-y-digitales-en-educacion-superior

Bea, E. y García Añón, J.; "La idea de Universidad y la calidad de la educación", *Formación Pedagógica del Profesorado Universitario y Calidad de la Educación*, ed. L.M. Lázaro Lorente, Valencia, Universitat de València-C.I.D.E.-M.E.C, 1993, págs. 209-213.

Biggs, J. y Tang, C. (2003a), *Teaching for Quality Learning at University*: *What the student does,* Open University Press, Buckingham (3ª ed. 2007). Hay traducción castellana: *Calidad del aprendizaje Universitario*, Narcea, Madrid, 2005.

Biggs, J. (2003b). *Aligning teaching and assessing to course objectives. Teaching and Learning in Higher Education: New Trends and Innovations.* University of Aveiro, April 2003.

Bindé, J.; *Hacia las sociedades del conocimiento. Informe mundial de la Unesco,* UNESCO, 2005.
http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf

Blázquez Martín, Diego; "Apuntes acerca de la educación jurídica clínica", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no 3, invierno 2005/2006, 43-60. http://universitas.idhbc.es/n03/03-04_blazquez.pdf

Blázquez Martín, Diego; "El proceso de Bolonia y el futuro de la educación jurídica clínica en Europa: una visión desde España", *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, ed. Frank S. Bloch, capt. 8, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 201-216.

Blázquez Martín, Diego y García Añón, José; "Las Clínicas jurídicas españolas en el Movimiento Clínico Global", *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, ed. Frank S. Bloch, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 11-22.

Bloch, Frank S. (ed.); *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 (*The Global Clinical Movement. Educating Lawyers for Social Justice,* Oxford University Press, 2011).

Bonet Sánchez, Pilar; "Clínica jurídica: la experiencia de la Universitat de València", *Actas del II Congreso de Innovación docente en Ciencias jurídicas: hacia el Espacio Europeo de Educación Superior*; Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, 2008.
Browne Report, *Securing a Sustainable Future for Higher Education: An Independent Review of Higher Education Funding and Student Finance."* Independent Review of Higher Education Funding and Student Finance, London, 2010. http://www.independent.gov.uk/browne-report
Castells, M. (2006a); *La era de la información: economía, sociedad y cultura*; trad. castellana de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Alianza, Madrid, 2006 (*The information age: Economy, Society and Culture. Volume 1: The Rise of Network Society*, Blackwell, Cambridge (Mass.), 1ª ed. 1996, 2ª ed. 2000) http://es.scribd.com/doc/55952938/Castells-La-Sociedad-Red
Castells, M. (ed.) (2006b); *La sociedad Red: una visión global*, Alianza, Madrid, 2006. (Edición original *The Network Society: a Global Perspective*. London: Edward Elgar, 2004).
CELS, *Litigio Estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2008.
Clossey, Luke y Guyatt, Nicholas; "It's a Small World After All: the Wider World in Historians" Peripheral Vision", *Perpectives on History. American Historical Association*, May 2013.
http://www.historians.org/Perspectives/issues/2013/1305/Its-a-Small-World-After-All-The-Wider-World-in-Historians-Peripheral-Vision.cfm
Dasí Coscollar, A.; J. García Añón; A. Huguet Roig, R. Juan Sánchez, M.D. Montagud Mascarell; G. Rollnert Liern (2007a); *Innovación educativa en la Universidad: ADE-Derecho;* Valencia, Publicacions de la Universitat de Valencia, 2007 (http://www.uv.es/oce/web%20castellano/ADE-Derecho.pdf)
http://issuu.com/josegarciaanon/docs/libro_ade_derecho
Dasí Coscollar, A.; J. García Añón; A. Huguet Roig, R. Juan Sánchez, M.D. Montagud Mascarell; G. Rollnert Liern (2007b); "A joint degree programme in *Business Administration* and *Law*: experience on educational innovation applying ECTS, tutorships, and e-learning in the context of the European convergence", *European Journal of Legal Education*, vol.4, issue 1 April 2007, págs. 67-73.
Dasí Coscollar, A.; J. García Añón; A. Huguet Roig, R. Juan Sánchez, M.D. Montagud Mascarell; G. Rollnert Liern; "La doble Titulación ADE-Derecho: una experiencia de innovación docente utilizando ECTS, metodologías docentes activas y e-learning en el contexto de la convergencia europea", *Actas del II Congreso de Innovación Docente en Ciencias Jurídicas,* Coord. J.M. Ayllón y otros, Málaga, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga, 2009.
Dans, Enrique; "Sobre educación y disrupción", 25 de julio de 2012. http://www.enriquedans.com/2012/07/sobre-educacion-y-disrupcion.html
Delors, J.; *La Educación Encierra un Tesoro*. *Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI*, Ediciones Unesco, París, 1996.
http://www.educa.madrid.org/cms_tools/files/6bebccef-888c-4dd6-b8c1-d0f617656af3/La_educacion.pdf
De Lucas, J. (1996); "Presupuestos conceptuales y metodológicos: sobre el concepto de Derecho, las funciones de los juristas y el modelo de docencia universitaria del Derecho" ponencia presentada en el *Primer Simposium sobre enseñanza del Derecho*, La Habana, abril de 1996. El texto no está publicado.
De Miguel Díaz, Mario (Coord.); (2006) *Metodologías de enseñanza y aprendizaje para el desarrollo de competencias*, Madrid, Alianza editorial.
Duncan, Nigel y Kay, Susan L.; "Abordando la competencia, la ética y la profesionalidad del abogado", *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, ed. Frank S. Bloch, capt. 12, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 283-298.
Finch, E. y Fafinski, S., *Legal Skills*, Oxford, OUP, 2011 (3ª ed.)
Font Ribas, Antoni: "Líneas maestras en el Aprendizaje por Problemas*", Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, nº 49, 2004 (Ejemplar dedicado a: El reto del Espacio Europeo de Educación Superior), págs. 79-96.
http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27418106
Font Ribas, Antoni: "Aprendizaje Basado en Problemas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona", en *Buenas Prácticas en docencia y política universitaria,* coord. Carmen Vizcarro Guarch, Universidad de Castilla-La Mancha Servicio de Publicaciones, 2009, págs. 113-134.
Font Ribas, Antoni: "La incidencia del aprendizaje basado en problemas (ABP) en la integración laboral de los licenciados en Derecho", *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, págs. 237-284.
García Añón, José; Jorge Correa Ballester; Ricardo Juan Sánchez; Mario Clemente Meoro; Roberto Pérez Salom; María José Añón Roig; Ángeles Solanes Corella; Vicenta Cervelló Donderis; Francisco González Castilla; Marta Lalaguna Holzwarth; "Diseño de materiales para el aprendizaje de habilidades jurídicas fundamentales", *@Tic. Revista d'innovació educativa*, nº 1, 2008; págs. 37-44; (2008a) http://ojs.uv.es/index.php/attic/article/view/49/44.

García Añón, José; "Los estudios de Derecho en Europa y la reforma de los planes de estudio: reflexiones y propuestas", en García Añón, José (ed.); *Los estudios de Derecho en Europa: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido e Irlanda, Valencia*, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2008b, págs. 15-28.
http://issuu.com/josegarciaanon/docs/derechoeneuropa
García Añón, José; "Diseño y elaboración de unidades de aprendizaje sobre de Habilidades Jurídicas fundamentales utilizando eXeLearning", *Miradas a la innovación: experiencias de innovación en la docencia del Derecho*, ed. José García Añón, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2009, págs. 154-172
http://www.uv.es/garciaj/pub/2009_miradas.pdf
García Añón, José; "La formación continua de los jueces: reflexiones para el diseño de procesos, escenarios y recursos de aprendizaje", *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review,* nº 5, octubre 2011-marzo 2012, págs. 1-19.
http://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/viewFile/3083/3612
García Añón, José; "El aprendizaje cooperativo y colaborativo en la formación de los jueces y juristas" *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review,* nº 6, abril-septiembre 2012, págs. 1-22.
http://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/5132.
García Medina, Javier; Coral Arangüena Fanego, Antoni Font, Andrés Domínguez Luelmo, Ángeles Solanes Corella, José García Añón, Cristina Guilarte Martín-Calero, Carmen Vaquero López, Montserrat de Hoyos Sancho, Manuel Gómez Tomillo, Begoña Vidal Fernández, Lourdes Santos Pérez, Francisco Javier Andrés Santos, Vicenç Ribas Ferre; "Competencias específicas en los estudios jurídicos: cómo saber que se han adquirido", Actas. VII CIDUI 2012. Congreso Internacional de Docencia Universitaria e Innovación. "La Universidad: una institución de la sociedad", Universidad Pompeu Fabra; págs. 1-27.
http://www.cidui.org/revista-cidui12/index.php/cidui12/article/view/92
García Medina, Javier (ed.) *Competencias específicas en los estudios de derecho. Definición y evaluación*, Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013.
Giner de los Ríos, Francisco; (2003) "Sobre la reorganización de los estudios de Facultad (1889)", *La enseñanza del Derecho*, ed. F.J. Laporta, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 (2002), Madrid, págs. 27-45.
González, Julia y Robert Wagenaar (eds.), *Tuning Educational Structures in Europe. Informe final Proyecto Piloto-Fase 1, 2002*; Bilbao, Universidad de Deusto y Universidad de Groningen, 2003.
(http://www.relint.deusto.es/TUNINGProject/spanish/doc2_fase1.asp)
Grimes, Richard; "Clinical legal education and problem-based learning: an integrated approach to study fit for purpose?", en Jose García Añón (editor), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013*, Unitat d'innovació educativa, Facultat de Dret, Universitat de València, págs. 291-331.
www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf
Holmwood, John (ed.), *A manifesto for the public University*, Blommsbury academic, 2011
http://www.bloomsburyacademic.com/view/A-Manifesto-for-the-Public-University/book-ba-9781849666459.xml
Kennedy, Declan; Hyland, A.; y Ryan, N.; *Writing and using learning outcomes. A practical guide, Quality Promotion Unit, University College Cork, 2007.*
http://sss.dcu.ie/afi/docs/bologna/writing_and_using_learning_outcomes.pdf
(Hay traducción castellana *Redactar y utilizar resultados de aprendizaje. Un manual práctico*, trad. H. Grof Reese.
http://www.uctemuco.cl/cedid/archivos/apoyo/new_resultados_de_aprendizaje_01_dkennedy.pdf)
Kennedy, Duncan; "Legal education as training hierarchy", en D. Kairys, ed. The Politics of Law (1982, 2nd ed. 1990, 3d ed. 1998). Existe traducción castellana en: "La educación legal como preparación para la jerarquía", María Luisa Piqué y Christian Courtis, en *Desde Otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho* (Eudeba 2001);
http://duncankennedy.net/documents/
Laporta, F.J.; (1978), "Notas sobre el estudio y la enseñanza del Derecho", *Sistema. Revista de ciencias sociales, nº* 24-25, 1978, págs. 107-112.
Laporta, F.J.; (2003); "A modo de introducción: la naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho", *La enseñanza del Derecho*, ed. F.J. Laporta, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 6 (2002), Madrid, págs. 13-24.
Lasswell, Harold D. y MacDougal, Myres S. (1999); "Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público", *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, M.F. Böhmer (Comp.), Barcelona, Gedisa, págs. 73-104. El original fue publicado como "Legal Education and Public Policy: Profesional Training in the Public interest", *The Yale Law Journal*, vol. 52, 1943, págs. 202-295.
Luban, David, *"Taking Out the Adversary: The Assault on Progressive Public-Interest Lawyers", California Law Review,* 91, 2003.

Maharg, Paul; *Transforming Legal Education: Learning and Teaching the Law in the Early Twenty-first Century*, Ashgate Publishing; Aldershot, 2007.
Madrid Pérez, Antonio; "El proyecto derecho al Derecho: un planteamiento de actuación y reflexión comunitario", en Miquel Martínez (ed.), *Aprendizaje, servicio y responsabilidad social de las universidades,* Barcelona, Octaedro, 2008.
Madrid Pérez, Antonio; "El acceso a los derechos: la experiencia del proyecto dret al Dret", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 26, 2010 (Ejemplar dedicado a: XXII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Juridica y Política: Viejos temas, nuevos problemas. (Universidad de La Rioja, 26 y 27 de marzo de 2009), págs. 31-56. http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313245.pdf
Mateo, Joan; *La evaluación educativa, su práctica y otras metáforas*, Horsori, Barcelona, 2000.
Mateo, Joan y Martínez, Francesc; *Medición y evaluación educativa*, Editorial La Muralla, Madrid, 2008.
McQuoid-Mason, David J.; Ernest Ojukwu, y George Mukundi Wachira, "La Educación Jurídica Clínica en África Formación jurídica y trabajo comunitario", *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, ed. Frank S. Bloch, capt. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 79-96.
McQuoid-Mason, David J., *Law Clinics at African Universities: An Overview of the Service*, *Delivery Component with Passing References to Experiences in South and South-East Asia*, *Journal of Juridical Sciences,* 9, 2008.
Mill, J.S.; "Inaugural address delivered to the University of St. Andrews", (1867), *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume XXI - Essays on Equality, Law, and Education*, ed. John M. Robson, Introduction by Stefan Collini, Toronto, University of Toronto Press, London, Routledge and Kegan Paul, 1984.
Nicolson, Donald, " Education, Education, Education: Legal Moral and Clinical" 42 *The Law Teacher* 145, 2008.
Paliwala, A., "Space Time and (e) Motions of Learning", R. Burridge y otros (eds.), *Effective Learning and Teaching in Law*, Lonson, ILT Kogan-Page, 2002,184-204.
Paliwala, A. "Legal e-learning in Network Society", *Journal of Information, Law and Technology (JILT), Special Issue on Law, Education and Technology, 2007, 1;* http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2007_1/paliwala/paliwala.pdf
Pérez Lledó, J.A. (2003); "Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho", *La enseñanza del Derecho*, ed. F.J. Laporta, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6 (2002), Madrid, págs. 197-268.
RED (Revista de Educación y Derecho/Education and Law Review), Monográfico "Clínica jurídicas: desafío y oportunidad", nº 4, 2011; http://revistes.ub.edu/index.php/RED/issue/view/108
Rué, J.; Font, A.; Cebrián, G. "Towards high-quality reflective learning amongst Law Undergraduate Students: Analysing students' reflective journals during a PBL course" *Quality in Higher Education*. Volumen 19. Número 2. 2013, págs. 191-209
Sancho i Vinuesa, T. T. y otros; *Internet y la Red de Universidades Catalanas*, Barcelona, INE3-UOC-Generalitat de Catalunya, 2004.
http://www.uoc.edu/in3/pic/esp/pdf/PIC_Universitat_esp.pdf
Tedesco, J.C.; "Educación y sociedad del conocimiento", *Cuadernos de Pedagogía*, 288, 2000, 83-86.
Verdera Server, R. y Palao Gil, Javier; "El Máster en abogacía y la formación de los letrados a raíz de la Ley 34/2006, de acceso a la profesión: reflexiones y propuestas", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 15/2014.
Villarreal, Marta y Courtis, Christian (Coord.); *Enseñanza Clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, CLIP (Clínica Legal de Interés Público)-ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México), México, 2007.
http://derecho.itam.mx/publicaciones/ITAM-CLIP/ENSENANZA_CLINICA_DEL_DERECHO.pdf
Webb, J.; C. Maughan, M. Maughan, A. Boon y M. Keppel-Palmer (2013a); *Lawyers" skills*, Oxford, OUP, 2013 (19ª ed.).
Webb, J; Ching, J; Maharg P. y A. Sherr (2013b); *Setting Standards: The Future of Legal Services Education and Training Regulation in England and Wales* (London: Legal Education and Training Review, 2013). http://letr.org.uk/the-report/index.html
Wilson, Richard; "Más allá del imperialismo jurídico: la educación jurídica clínica de los Estados Unidos y el nuevo Movimiento de Derecho y Desarrollo", *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, ed. Frank S. Bloch, capt. 9, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 217-236.
Witker, Jorge; "La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 5, nº 10, 2007, págs. 181-207.
http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/la-ensenanza-clinica-como-recurso-de-aprendizaje-juridico.pdf

Fecha de recepción: 03/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA Y EL APRENDIZAJE BASADO EN PROBLEMAS: ¿UNA FORMACIÓN CON ENFOQUE INTEGRAL QUE CUMPLE SU PROPÓSITO?

CLINICAL LEGAL EDUCATION AND PROBLEM-BASED LEARNING: AN INTEGRATED APPROACH TO STUDY FIT FOR PURPOSE?

Richard Grimes

RESUMEN

En este texto se explica la naturaleza del aprendizaje experiencial; esto es, el estudio de la aplicación de la teoría a la práctica. A continuación se trata cómo este enfoque formativo puede integrarse en un plan de estudios más amplio a través del uso del aprendizaje basado en problemas (ABP) e identificar los beneficios y desafíos de hacerlo. A partir de un ejemplo práctico, se realiza una descripción y análisis de cómo una facultad de Derecho utiliza la clínica y el ABP como el medio principal de la enseñanza y cómo esto puede representar no sólo una innovación frente a cómo normalmente se aprende el Derecho, sino también un aspecto positivo al beneficiar el aprendizaje del estudiante. Por último, se plantea hasta qué punto es un modelo transferible a otras jurisdicciones y, en particular, tanto al ámbito de Derecho anglosajón como al continental.

PALABRAS CLAVE

Educación jurídica clínica, Aprendizaje basado en problemas

ABSTRACT

In this paper is explained, the nature of experiential learning that is, studying through the application of theory to practice. Then how this approach to education can be integrated into the wider curriculum through the use of problem-based learning (PBL) and identify the benefits and challenges of doing so. It is used a case study, a description and analysis of how one particular law school uses clinic and PBL as the principal means of instruction and how this may represent not only an innovative departure from how law is conventionally learnt but also a positive one in terms of supporting student learning. Finally I ask and attempt to answer the question, to what extent is such a model transferable across jurisdictions and particularly in both the Common and Civil Law worlds.

KEYWORDS

Clinical Legal Education, Problem Based Learning

LA EDUCACIÓN JURÍDICA CLÍNICA Y EL APRENDIZAJE BASADO EN PROBLEMAS: ¿UNA FORMACIÓN CON ENFOQUE INTEGRAL QUE CUMPLE SU PROPÓSITO?*

Richard Grimes
Universidad de York
Reino Unido

Sumario: 1. Sentando las bases. 2. El desarrollo de la educación clínica. 3. El desarrollo en Reino Unido. 4. Un cuadro comparativo. 5. La clínica en la práctica. 6. La clínica universitaria interna o externa. 7. Las prácticas clínicas externas. 8. La clínica de "alfabetización" jurídica. 9. Clínica de simulación. 10. Ten-

* Traducción de José García Añón (Universitat de València). El texto original con el título "Clinical legal education and problem-based learning: an integrated approach to study fit for purpose?" se encuentra publicado en Jose García Añón (editor), *Transformaciones en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Actas del Quinto Congreso Nacional de Docencia en Ciencias Jurídicas. Valencia, 11-13 de septiembre de 2013*, Unitat d'innovació educativa, Facultat de Dret, Universitat de València, 2013. www.uv.es/innodret/pub/2013actas_congreso.pdf. Este texto tiene su origen en un libro que fue publicado en 1998 con el título *Clinical legal education: active learning in your law school* (Brayne H., Duncan N. and Grimes R., Blackstone Press, 1998). Se corresponde con el Capítulo 1 de la parte I, que se ha revisado. Se ha reescrito, modificado y actualizado considerablemente para incluir la evolución posterior de la educación jurídica e incorporar el gran cambio en la enseñanza y el aprendizaje que representa el plan de estudios y la pedagogía en la Facultad de Derecho de la Universidad de York en el Reino Unido. En ella todo el plan de estudios puede describirse como "clínico" con simulaciones y clientes reales. El texto se preparó para el encuentro sobre educación jurídica clínica que se celebró en la Universidad de Luxemburgo, el 6 y 7 de junio de 2013 y al asistieron colegas de las universidades de Bégica, Francia, Italia, Luxemburgo, Rusia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. La finalidad del encuentro era examinar la función y las posibilidades de las clínicas en el contexto del Derecho continental.

siones y dilemas en la educación clínica. A. La búsqueda y obtención de recursos. B. ¿Proporciona capacitación o formación? C. ¿Sirve a los propósitos del estudiante o del cliente? D. Hacer de la evaluación parte del aprendizaje. E. Igualdad de oportunidades. a) Un caso práctico. b) El modelo. c) Extensiones del modelo. F. Adoptar y adaptar el modelo. 11. Conclusión.

1. SENTANDO LAS BASES

En los últimos años ha habido una notable y rápida expansión del número de facultades de Derecho que han creado clínicas. Como se verá más adelante la historia de la *educación jurídica clínica* (EJC) debe mucho a los avances en los Estados Unidos, aunque el crecimiento de esta forma de aprendizaje a través de la experiencia es global, desde Afganistán a Zambia, en países en que el Cristianismo, el Islam u otras religiones dominan (o no) y tanto en los ámbitos en los que prevalece el *Derecho anglosajón* como el *continental*[1].

A pesar de la sólida presencia actual de este modelo de "aprendizaje a través de la experiencia" *(learning by doing*), en muchos ámbitos o jurisdicciones aún persisten dudas sobre el cómo, el qué, el por qué, tanto por los que están interesados en el establecimiento de una iniciativa de experiencia clínica como por los que ya están utilizando esta metodología de enseñanza y aprendizaje.

En este texto se explica uno de los modelos de educación clínica denominado "aprendizaje basado en problemas" (ABP). La Universidad de York en el Reino Unido lo ha implantado como medio de aprendizaje en todo su programa. Aunque hay que advertir que se trata de una excepción de la misma manera que, en su momento, la clínica lo fue en los planes de estudio de Derecho. Esta forma de aprendizaje es insólita en el contexto jurídico (aunque no, como veremos en el mundo de la educación médica) y a los profesores y los estudiantes en la Facultad de Derecho de York se les pregunta frecuentemente qué es y cómo funciona[2]. Este texto explicará tanto el concepto de la EJC como el fundamento y el funcionamiento del ABP.

En este artículo intento explicar la naturaleza del aprendizaje experiencial; esto es, el estudio de la aplicación de la teoría a la práctica. A continuación, me detendré en cómo este enfoque formativo puede integrarse en un plan de estudios más amplio a través del uso del aprendizaje basado en problemas (ABP) e identificar los beneficios y desafíos de hacerlo. Utilizo, a partir de un ejemplo práctico, una descripción y análisis de cómo una facultad de Derecho utiliza la clínica y el ABP como el medio principal de la enseñanza y cómo esto puede representar no sólo una innovación frente a cómo normalmente se aprende el Derecho sino también un aspecto positivo al beneficiar el aprendizaje del estudiante. Por último, me pregunto y trato de responder hasta qué punto es un modelo transferible a otras jurisdicciones, y en particular, tanto al ámbito de Derecho anglosajón como al continental.

El texto pretende estimular la discusión entre los que tienen interés en (o incluso ¡se oponen!) el establecimiento de clínicas en sus facultades de Derecho, al igual que puede suponer una aportación a los debates en curso sobre el tema más general de la formación.

Por decirlo de manera más clara, la educación jurídica clínica requiere que los estudiantes tomen una parte activa en su proceso de aprendizaje. Ellos asumen un grado de control sobre su propia educación y ven el Derecho en su contexto real. El aprendizaje a través de la experiencia expone a los estudiantes a escenarios reales o realistas en los que se pueden estudiar tanto conceptos básicos como normas sustantivas. Al mismo tiempo, los estudiantes pueden abordar las cuestiones prácticas, políticas y éticas que se encuentran alrededor de un determinado problema.

La clínica casi seguro que proporcionará una manera para la introducción y la mejora de las habilidades relevantes para el estudio y la práctica del Derecho, como por ejemplo, la

investigación jurídica y de los hechos, la comunicación efectiva y el asesoramiento a los clientes. A los estudiantes que realizan los cursos de clínica se les fomenta, como un objetivo educativo explícito, que reflexionen críticamente sobre el contenido de su experiencia, con la finalidad de volver a definir sus necesidades y su estrategia de aprendizaje. Se les puede pedir considerar lo que significa actualmente ser un profesional en lo que Schön ha descrito como el, a veces relativamente impredecible y menos que claro, mundo de la práctica legal —en comparación con la relativa seguridad de las aulas universitarias[3].

Sin embargo, la clínica es más que eso. La EJC se planifica para completar el resto de la experiencia de aprendizaje de los estudiantes. Para hacer esto con éxito, tenemos que considerar el diseño de cursos de Derecho que integren la clínica con otros aspectos y temas de estudio. El valor intelectual y pedagógico de la educación clínica radica en el papel que tiene que desempeñar en el programa general de estudios. No es un fin en sí mismo sino un medio por el que se puede comprender el Derecho y el proceso legal. En el centro del espíritu de la clínica se encuentra la comprensión a través tanto de la experiencia como de la reflexión. Esto a veces supone un gran contraste con los modelos centrados en el contenido y su evaluación, tan frecuentes en la educación jurídica universitaria y profesional, tanto en el ámbito de Derecho anglosajón como el continental.

El uso de la clínica como medio de aprendizaje implica retos, dificultades y beneficios específicos que se explorarán en este trabajo. Para los que estamos involucrados en los programas clínicos, a veces parece que se colocan bajo el microscopio todos los aspectos de la formación jurídica. Tenemos que detallar, y tratar de justificar mucho más, nuestros objetivos generales, lo que enseñamos y cómo, y cómo se evalúa a los alumnos. También tenemos que re-evaluar lo que estamos haciendo, en la antigua pero viva metáfora, "por encima del parapeto". En el sentido de que estamos desafiando a la enseñanza y el aprendizaje de las metodologías convencionales y, como tales, somos las dianas para los escépticos, o somos cuestionados por el concepto de la enseñanza y el aprendizaje interactivo, y centrado en el estudiante.

Como es evidente, estoy convencido que la EJC funciona porque promueve una forma de aprendizaje contextual y "profundo". Esto se basa en años de trabajo, de supervisión y de ser testigo de los comentarios y el desempeño de los estudiantes en las clínicas[4]. Funciona porque se basa en una teoría de la educación. Intentaré situar la experiencia clínica en este marco teórico e identificaré la naturaleza del proceso de aprendizaje y los resultados concretos que se persiguen. También voy a examinar los problemas resultantes del enfoque de aprendizaje clínico, con sus implicaciones relativas a los recursos.

Comenzaré con una predicción que hice en 1998[5]. El enfoque clínico en la educación jurídica llegará a ser cada vez más importante y puede llegar a ser una parte significativa de los planes de estudio de las facultades de Derecho en el Reino Unido; al igual ocurrirá tanto en el Derecho anglosajón como el continental[6].

El propósito de este trabajo es contribuir a este desarrollo estableciendo de una manera clara y explícita las cuestiones relacionadas con la teoría y la práctica de la clínica y, en particular, cómo un enfoque clínico de estudio se puede integrar de manera efectiva en y a través del plan de estudios con la combinación de las simulaciones y el trabajo de casos con clientes reales.

Espero que este documento sea de utilidad para dos tipos de público —el docente (que se encuentra en disposición de dirigir el estudio y efectuar el cambio) y el estudiante (al que normalmente se le requiere que siga el programa de estudios y el régimen de evaluación dictado por el profesor). Creo que es importante para abordar esta relación de poder. Es igualmente importante que el profesor y el estudiante participen en los planes de estudio y diseño de los

cursos para desempeñar un papel significativo en la aplicación de dicho desarrollo. El empoderamiento de los estudiantes en términos de educación que es, en mi opinión, a menudo más teórico que práctico, significa tratar de lograr que los estudiantes sientan que no son sólo receptores, sino que son los propietarios de parte del (y por lo tanto, hasta cierto punto, responsables) proceso de aprendizaje que tienen que pasar.

¿Qué podría cada parte interesada obtener de la lectura de este capítulo? Los estudiantes: además de una comprensión de lo que trata la educación jurídica clínica, sus aspectos prácticos y su papel en el estudio del Derecho; también tendrán la oportunidad de obtener una visión global de cómo se toman las decisiones en el mundo de la educación jurídica, cómo puede llevarse a cabo el cambio, y cómo pueden desempeñar un papel en esta evolución.

Los profesores: quizás van a obtener una diferente, y, en mi opinión, refrescante perspectiva sobre la educación jurídica en su conjunto, y el papel que podrían desempeñar los programas clínicos. Si consiguen inspirarse podrán desarrollar sus propias ideas, ideas que podrán compartir con otros.

2. EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN CLÍNICA

Educar a los estudiantes a través del aprendizaje experiencial y mediante el uso de un enfoque "práctico" no es nada nuevo. Tampoco es un coto propio de los abogados —de hecho, ni mucho menos. Los métodos clínicos se han utilizado en la educación y la formación desde médicos y enfermeras, hasta ingenieros, físicos, lingüistas, maestros y programadores informáticos. En términos prácticos, ¿quién querría consultar a un médico que nunca ha reconocido a un paciente o no ha tenido un cierto grado de experiencia práctica para complementar su conocimiento teórico? Si bien el estudio del Derecho no necesariamente puede conducir a los estudiantes al ejercicio de la profesión, la capacidad de aplicar el contenido de una ley demuestra claramente el alcance de la comprensión de un estudiante. Como se mostrará, también es un medio altamente eficaz por el que los conceptos, las normas y la ética jurídica pueden ser asimilados y comprendidos, tanto los conceptos doctrinales y las reglas técnicas como los debates filosóficos y las reflexiones sobre la ética y la justicia social. También sugiero que la clínica parece motivar a los estudiantes de una manera que rara vez se encuentran en otras partes del plan de estudios.

El aprendizaje del Derecho a través de la experiencia directa hasta hace poco, y con muy pocas excepciones, se ha limitado a la etapa profesional de la formación jurídica. En el Reino Unido los abogados en prácticas tienen que someterse a esta forma de aprendizaje antes de que se consideren totalmente cualificados y autorizados para ejercer. Este requisito ha existido durante muchos años, aunque su continuidad y su forma son elementos que en la actualidad se están revisando en la formación jurídica[7]. En otros países existe un período de prácticas en el lugar de trabajo que puede o no ser evaluado y ser reconocido con créditos en el plan de estudios.

En Inglaterra y Gales, estas prácticas, conocidas como "pasantía" (*pupillage*) para los futuros abogados (*barristers*) y "contratos de formación" para los aspirantes a abogados (*solicitors*), lógicamente se concentran en las necesidades de estos profesionales en prácticas. Sin embargo, esto no quiere decir que una experiencia clínica sea solo relevante, en una jurisdicción como el Reino Unido, en el momento en que alguien puede estar más preocupado por el estudio de destrezas jurídicas y características profesionales en lugar de adquirir una formación doctrinal[8]. Más bien, sugiero que también es muy relevante para los que realizan sus estudios iniciales en Derecho, en el Reino Unido, casi siempre, en el ámbito de la licenciatura. Este es quizás, aún más, el caso en aquellos países donde no hay cursos "de

adaptación". Las clínicas están diseñadas para funcionar como un lugar para la formación de las personas con el fin de que puedan asumir la responsabilidad de su aprendizaje, tanto como estudiantes y en sus futuras carreras, ya sea como abogados, o de otra manera.

Por tanto, ¿qué papel tiene un modelo clínico en un programa de estudios jurídico? En la enseñanza del Derecho tradicional, al menos en todas las jurisdicciones del Derecho anglosajón, predomina aprender Derecho, en gran parte a través del enfoque *Langdelliano,* por medio del análisis de la jurisprudencia de los tribunales de apelación. En el mundo del Derecho continental, la utilización del precedente judicial puede ser menos evidente. Sin embargo, es más habitual el aprendizaje y la interpretación literal de la ley, de los códigos y otras normas, mediante clases con un formato no interactivo.

Mi opinión es que cuando las normas provienen de casos, leyes o códigos, esto no implica que la utilización de métodos de enseñanza distintos y diferentes ofrezca más garantía. Por supuesto, es cierto que el precedente judicial juega un papel menos importante en muchos aspectos de la práctica jurídica y el estudio (aunque, por ejemplo, en el derecho administrativo francés se basa casi por completo en casos). Sea como fuere, lo cierto es que en las jurisdicciones del Derecho anglosajón y el Derecho continental predomina el formato de lección o conferencia no interactivo, con independencia de que las reglas que constituyen el objeto de estudio se originen en los códigos, leyes o casos. Intento aquí argumentar a favor de la idoneidad de la clínica para ambos.

La concentración en la doctrina jurídica extraída de un estudio de casos paradigmáticos fue promovida, si no iniciada, por Christopher Langdell y otros en la Facultad de Derecho de Harvard, en el último cuarto del siglo XIX. Este enfoque estaba en fuerte contraste con el sistema de prácticas (en la medida en que se trataba de un sistema) que era, en muchos países hasta entonces, la única forma de educación y formación jurídica[9]. Con el método *Langdelliano* los estudiantes se concentran en las decisiones de los tribunales de apelación, el análisis de éstas y en la identificación de los principios en los que se basan tales decisiones. El resultado fue, y es, fundamentalmente limitante ya que los estudiantes son receptores pasivos del conocimiento, en función de la versión de la ley proporcionada por un "experto" en la materia, complementado por la participación periódica a través de la realización de las tareas y las tutorías o de otras discusiones en el aula. Aún sin menospreciar la calidad de la lección impartida o la competencia del profesor, ni desestimar la (presionada y limitada) interacción provocada por la pregunta socrática y la manera de responder, sugiero que el aprendizaje de la experiencia que implican no maximiza la posibilidad de aprendizaje actual. Aprender la ley en los países de Derecho continental es, en mi opinión, poco diferente, en principio —el profesor instruye al estudiante sobre cuál es la ley en términos de conceptos y reglas, cómo la ley puede ser interpretada (con, curiosamente, una confianza superior en la decisión judicial, principalmente en los estados miembros de la Unión Europea) y, por tanto, cómo se aplica.

Hay que reconocer que el trabajo de la Facultad de Derecho de Harvard incorporó, quizás por primera vez, una metodología clara para el estudio del Derecho. El análisis detallado de la jurisprudencia es, por supuesto, fundamental para el estudio del Derecho en los países de Derecho anglosajón. Valdría la pena señalar que el enfoque, sea cual sea el valor que tiene el enfoque de Langdell, puede haberse perdido, en cualquier caso, con la tendencia moderna, al menos en las facultades de derecho del Reino Unido, para concentrarse en algo similar al aprendizaje memorístico. Aquí hay un fuerte enfoque en la cobertura de los contenidos del curso, la memorización de los casos y el cumplimiento de los requisitos de evaluación relacionados. La preocupación actual con la medición de "progreso" y el rendimiento no necesariamente apoya el concepto

de que lo que se aprende se entiende en profundidad o se retiene durante un periodo de tiempo. Como un viejo refrán campesino dice: ¡los cerdos no engordan por más que se pesen!

Esta transmisión de conocimientos en la mayoría de las facultades de Derecho, ya sea del ámbito anglosajón o continental, es ahora, en la mayoría de los casos, impartido a un grupo grande de estudiantes que tienen poca o ninguna interacción con el profesor. Normalmente se espera de los estudiantes que preparen en un (relativamente) pequeño grupo de trabajo los temas establecidos por el profesor sobre las cuestiones que se consideren pertinentes a la materia que se está estudiando. Cualquier seminario o trabajo en tutoría con frecuencia sigue a las conferencias tanto en secuencia como en contenido. Los estudiantes capaces, seguros o activos pueden dominar estas reuniones de grupo, con alguna pequeña contribución que añade poco o nada a la discusión. La asistencia a las sesiones de los grupos grandes, como las conferencias, puede ser incoherente e incluso escaso al ser el teléfono móvil o la computadora el foco de atención en vez de las sabias palabras que utiliza el profesor en su presentación.

No se trata de señalar que la clínica fue el primer o el único movimiento que reaccionó frente a las formas pasivas de aprendizaje. Los realistas jurídicos[10], los defensores de los "critical legal studies"[11], el feminismo jurídico[12] y todos los que apoyan el enfoque del "Derecho en contexto" han apuntado las carencias de este enfoque doctrinal. Apelar al estudio del caso dictado a menudo por el profesor, no es en mi opinión, tomar en cuenta la realidad del Derecho en la práctica, el contexto económico y político en el que el Derecho se hace y funciona, y las cuestiones de clase, raza y género.

La clínica, sin embargo, sí proporciona una oportunidad para abordar tanto **lo que** se enseña en la facultad de Derecho y, sobre todo, **la forma** de lograr muchos de los objetivos de la enseñanza y el aprendizaje implícitos y necesarios en la formación de los abogados.

La insatisfacción con la forma de instrucción (junto con otros factores, como una conciencia de la necesidad de proporcionar servicios jurídicos en las áreas de necesidad no satisfecha) fueron las que llevaron al desarrollo de planteamientos clínicos en los EE.UU. Me fijaré primero en la experiencia del Reino Unido y luego compararé esto con la posición en otras jurisdicciones, en particular los EE.UU., antes de examinar cómo una facultad de Derecho consigue un enfoque más holístico, clínico e integrado para el aprendizaje del Derecho.

3. EL DESARROLLO EN EL REINO UNIDO

Los primeros programas clínicos reconocibles comenzaron en el Reino Unido en la década de 1970. Estos avances fueron pioneros en el sentido de que los estudiantes de Derecho trabajaron con clientes reales y/o realizaron tareas de simulación como parte de sus estudios de grado. Sin embargo, aparecieron problemas. El ascenso y la caída de una clínica de alto nivel en la Universidad de Kent permite realizar una lectura interesante[13]. El conservadurismo innato del ordenamiento jurídico y de los abogados en general, centró sus críticas en estos programas innovadores.

¿Deberían las universidades participar en la práctica de la Derecho? ¿No era esto "capacitación"(*training*) en lugar de "educación"? ¿Qué ocurre si las cosas van mal y los clientes se quejan o incluso presentan una demanda? Aquellos que quieren ejercer la profesión jurídica ¿no tienen la oportunidad de ejercer la abogacía más adelante, en la etapa de prácticas o en la pasantía? ¿No es demasiado político concentrarse en el "derecho para pobres"? Estas y otras preguntas condujeron a la desaparición de algunas de las primeras clínicas y ciertamente frustraron el crecimiento de las clínicas[14] (en contraste con el desarrollo de las clínicas en otros lugares, en particular en los EE.UU.).

Aunque algunas facultades de Derecho retuvieron la contribución de las clínicas en sus cursos (en particular, en la Universidad de Warwick), el entusiasmo de la comunidad académica por la clínica era, como mucho, discreto.

Ahora la situación es muy diferente. Como se ha visto anteriormente, de acuerdo con investigaciones recientes, en la mayoría de las universidades en el Reino Unido, las actividades clínicas se ofrecen actualmente en muchos programas de pregrado y a través de otras oportunidades como el *pro bono* y actividades extra-curriculares[15]. Las clínicas que otorgan créditos se encuentran en más de una cuarta parte de todos los cursos de Derecho que se imparten en el Reino Unido. Existen clínicas extra-curriculares en casi las otras tres cuartas partes. Una organización paraguas (la Organización para la Educación jurídica clínica- *the Clinical Legal Education Organisation*) que tiene ahora más de 25 años de actividad, actúa como un órgano representativo y grupo de apoyo para los que dirigen y desarrollan el aprendizaje experiencial[16]. Esta organización tiene una estable y, en los últimos años, una creciente membresía, entre cuyas actividades se puede destacar la celebración de congresos y talleres en todo el país, la participación en discusiones y foros, y la contribución a debates y eventos nacionales e internacionales.

Entonces, ¿qué ha provocado este importante cambio? Es difícil precisar las causas y los efectos. Parecen ser relevantes varios factores:

- La calidad del trabajo de los alumnos en las clínicas es uniformemente alto. Esto puede ser debido a la sensación de profesionalidad que se alienta, sobre todo al trabajar con clientes reales. Los estudiantes de la Clínica trabajan bien y se encuentran bien haciéndolo así. El entusiasmo que esto genera es contagioso y, sin duda, aumenta la motivación. La experiencia de un pequeño número de clínicas al parecer ha impulsado el desarrollo de mecanismos de apoyo que fomenten el crecimiento de otras clínicas. Esto no puede explicar el alza generalizada de las clínicas, pero sin duda es un indicador reciente de la evolución de la educación clínica.
- Hay una conciencia creciente en la educación superior sobre la necesidad de la calidad en la enseñanza y la investigación. El control a través de la evaluación de calidad también concuerda con otro de los aspectos de la política gubernamental[17]. Independientemente de las razones que existan detrás de esto, es de agradecer que se concentre, en parte, en la calidad de la experiencia de aprendizaje de los estudiantes. Este enfoque es al que se dirige el método clínico. La necesidad de recursos, sin embargo, es de una importancia crucial y se exploran más adelante.
- Hay un llamamiento perceptible desde el gobierno, la industria, la profesión, otros aspirantes a empresarios, profesores de Derecho y el alumnado, por la vinculación de los estudios académicos con las habilidades y competencias. Éstas se centran en el desarrollo intelectual (en particular, el análisis y la investigación), en las habilidades relacionadas con la práctica del Derecho (que abarca la defensa y el asesoramiento), la resolución de conflictos (incluida la negociación y la mediación) la redacción jurídica y la entrevista de clientes, y en aquellas habilidades que se pueden ver como algo más transferibles en su naturaleza (por ejemplo, la comunicación, el trabajo de grupo y la gestión del tiempo)[18]. La cuestión de la empleabilidad es fundamental entre todas las misiones que tiene la universidad y su impacto comprensible sobre el reclutamiento y la reputación institucional.
- Hay un creciente reconocimiento de que el Derecho debe enseñarse en un marco en el que se incorporen los valores éticos, políticos, económicos, socia-

les y culturales, y donde los estudiantes desarrollen tanto la conciencia de justicia social como la lucrativa[19].

- La experiencia de un pequeño número de clínicas que trabaja con clientes y casos reales ha actuado como catalizador para otras. El éxito del programa clínico de la Universidad de Northumbria en Newcastle, por ejemplo, fue, a principios de 1990, una influencia directa en la creación de una clínica en la Universidad Sheffield Hallam. Estas clínicas han actuado como modelos para que otros puedan utilizar o adaptarse a sus fines específicos. El grupo sin ánimo de lucro *LawWorks* ahora emplea a un equipo cuyo trabajo es promover y apoyar clínicas pro bono, como las que se encuentran en las facultades de Derecho o se hallan gestionadas por las mismas.

Desde la posición relativamente aislada que ocupaban unas pocas clínicas en la década de 1970, en poco más de treinta años ha habido un importante rejuvenecimiento y expansión del enfoque clínico. Hoy las clínicas representan muchos aspectos de un buen aprendizaje y la práctica de la enseñanza y tienen un papel cada vez más claro que desempeñar en el plan de estudios. Se encuentra en todo el sector universitario del Reino Unido desde la élite del 'Grupo Russell'[20] y las de "ladrillos rojos"[21] a las "nuevas" universidades creadas a partir de lo que antes eran las escuelas politécnicas y colegios de educación continua y superior.

¿Cuál es la situación en otros países anglosajones y en los del ámbito del Derecho continental?

4. UN CUADRO COMPARATIVO

Los EE.UU. merecen una especial mención al considerarse, con mucho, como el hogar de educación jurídica clínica. Una evolución similar, sin embargo, ha tenido y sigue teniendo lugar en Australia, Canadá, India, Malasia, Sudáfrica y el Pacífico Sur por mencionar sólo un pequeño número de regiones específicas. En Canadá, y más recientemente en Australia, el valor de los métodos clínicos ha sido reconocido en las revisiones gubernamentales que conducen a la expansión de este tipo de programas en las facultades de Derecho[22]. En un trabajo publicado recientemente sobre el desarrollo de las clínicas a nivel global, los colaboradores apuntan a la naturaleza y el detalle del crecimiento de las clínicas a nivel mundial, donde se mencionan, a pesar de las diferencias culturales y políticas, sorprendentes historias, modelos y éxitos similares en todas las jurisdicciones, tanto de Derecho anglosajón como de Derecho continental[23]

Por lo tanto, la educación clínica es ahora una característica importante en muchos programas de las facultades de Derecho. En los EE.UU. prácticamente todas las facultades de Derecho usan alguna forma de enfoque clínico, y la clínica está firmemente arraigada como un vehículo importante a través del cual se proporciona formación en la teoría y la práctica del Derecho[24]. Existen sofisticados programas que ofrecen a la vez clínicas internas en las propias facultades (y lo que se denomina, en los EE.UU., clínicas con clientes reales, prácticas externas) y módulos con simulaciones. Las clínicas especializadas de atención directa, con clientes reales, se ocupan de una amplia variedad de temas que incluyen el Derecho constitucional, la defensa penal, los derechos de la tercera edad, el Derecho al medio ambiente, la vivienda, la inmigración, los problemas relacionados con las prestaciones sociales y los derechos de las mujeres. Las clínicas sobre la pena de muerte se están volviendo cada vez más comunes con el aumento lamentable y rápido de convictos en los corredores de la muerte de Estados Unidos. Las clases, por ejemplo, que se imparten en la Universidad de Georgetown (Washington DC) con los alumnos que enseñan *Street Law*[25] (la alfabetización jurídica) a los presos; en Nueva York (Brooklyn) los estudiantes hacen la función de abogado de

oficio en los casos penales; la Universidad de Carolina del Sur tiene una clínica especializada en delincuencia juvenil clínica; en Yale hay una clínica de planificación jurídica que trabaja con los miembros de la comunidad local; la Universidad de Columbia tiene una clínica de derecho ambiental y la UCLA (Los Angeles) ofrece una clínica experta en simulación; la Universidad de Hawai'-i' tiene una clínica especializada en problemas jurídicos de la población indígena.

Con una importante financiación procedente de fuentes "duras" y "blandas"[26] la importancia de las secciones de clínica en la educación jurídica está bien reconocida y consolidada. A pesar de (o algunos pueden decir debido a) el éxito de este desarrollo, los problemas abundan. Se trata de una común (aunque cambiante) situación en la que se observa una división dentro de muchas las facultades de Derecho en Estados Unidos entre la 'facultad ordinaria' y los 'clínicos'. Esto puede manifestarse en diferencias salariales, la consideración de los contratos y otros términos y condiciones, incluyendo, en algunos casos, una división física, con la clínica ocupando locales separados y, a menudo inferiores[27]. Sin embargo, la clínica ha sido (pero tal vez ahora es menos frecuente) vista y tratada como el pariente pobre.

Sin embargo, en los EE.UU. no se les ha dado credibilidad académica a muchos aspectos del trabajo clínico. Hasta hace relativamente poco los que se dedican principal la enseñanza clínica no estaban obligados (ni estaban en una posición) para dedicarse a la investigación y a la publicación académica. Los profesores clínicos fueron más a menudo vistos como profesionales cuya función era enseñar la práctica sin tiempo para dedicarse a la investigación. Esto agravaba aún más la opinión de que la clínica era poco más que un taller de formación para los aspirantes al ejercicio profesional[28].

Para apreciar plenamente estas cuestiones, es importante entender que hay diferencias significativas en el contexto en el que la clínica actúa en los EE.UU. en comparación con, por ejemplo, el Reino Unido. En Estados Unidos se cursa Derecho como un curso de estudios de posgrado. Los estudiantes a menudo son personas adultas (+25) y solventes económicamente. No hay una distinción clara entre las etapas académicas y profesionales de la educación jurídica. Los estudiantes que se gradúan en Derecho con frecuencia permanecen en las facultades de Derecho para recibir un curso de preparación corto antes de presentarse a los exámenes del Colegio de Abogados (6 semanas después de la graduación). Pueden ejercer como abogados al completar con éxito los exámenes del Colegio de Abogados sin ningún otro requisito que tener que realizar período de aprendizaje de práctica jurídica ni haber tenido ninguna experiencia práctica en el Derecho.

Por tanto, la necesidad de una experiencia práctica y la formación en habilidades para los estudiantes de Derecho de América resulta a la vez necesaria y evidente. Sin la experiencia de las clínicas, los estudiantes se incorporarían a su lugar de trabajo con poca experiencia en la práctica del Derecho. Es comprensible, por lo tanto porqué las clínicas jurídicas están muy extendidas y porqué son tan populares. La mayoría de los estudiantes de Derecho de los Estados Unidos continúan realizando la práctica jurídica. Por el contrario, se estima actualmente que sólo la mitad de los estudiantes de Derecho del Reino Unido realiza prácticas[29]. Alrededor de la mitad de todos los estudiantes de Derecho estadounidenses tienen la oportunidad de tener experiencia clínica y en algunos centros es obligatoria.

En su influyente informe, fechado en el otoño de 1992, la Comisión MacCrate enumeró las habilidades y valores que consideró como centrales para el estudio y, más tarde, la práctica de la Derecho. En el informe se reconoce el papel de las clínicas en la consecución de estos fines. Como se indicó anteriormente, en la actualidad, en las facultades de Derecho de los Estados Unidos se debe tener, para recibir la acreditación de la *American Bar Association*, un componente clínico integrado en el programa de enseñanza, incluso aunque

esa clínica no sea capaz de dar cabida a todos los estudiantes. La titulación obtenida en una facultad de Derecho acreditada es un requisito previo para poder realizar los exámenes estatales de Abogado.

Aunque la enseñanza clínica en América, que data de la década de 1960 (aunque se hablaba de ella en una etapa mucho más temprana, unos 30 años antes[30]), parece estar dirigida a las exigencias de la práctica jurídica, todavía hay paralelismos que se pueden extraer y que pueden ayudar a nuestro conocimiento de la evolución del Reino Unido y de otros lugares.

Desde mi punto de vista, el estudio del Derecho tiene un valor limitado a menos que se dirija a entender el Derecho tal como se practica, la ley que afecta a la vida de personas reales y que se interpreta y es decidida por los legisladores y los jueces reales. Una comprensión de las normas y los procedimientos jurídicos y la capacidad de aplicar ese conocimiento requiere el estudio del Derecho en su contexto operativo. Esto se aplica igualmente a aquellos estudiantes que deseen ejercer la abogacía y para aquellos cuyas carreras no se mueven en esta dirección. El Derecho estudiado fuera del contexto de la práctica es un concepto artificial. La clínica jurídica es un vehículo a través del cual este proceso educativo se puede avanzar de una manera en que los estudiantes se relacionan con facilidad y por el que se estimulan.

No hay más que acudir a las páginas de las revistas académicas de América o las agendas de los congresos y reuniones sobre temas clínicos para ver los puntos en común en los debates clínicos en Estados Unidos y los que tienen lugar en otras jurisdicciones[31]. Se debate ampliamente sobre los resultados y los objetivos de aprendizaje, los estándares de las clínicas, la evaluación y los métodos de enseñanza, al igual que la investigación y la dotación de recursos.

El punto de despegue para el movimiento clínico en EE.UU. se atribuye generalmente a las campañas de lucha contra la pobreza y los derechos civiles de principios de la década de 1960. El crecimiento desde entonces, principalmente como resultado de una inyección fuerte del fondos benéficos y fondos federales (por ejemplo, la Fundación Ford, el *Título IX* sobre financiación y apoyo de egresados y profesionales de la Justicia[32]), ha sido constante y marcado. Esto ha provocado otra serie de dificultades importantes que no han aparecido, hasta ahora, en el Reino Unido y otros movimientos clínicos[33]. A muchas clínicas de Estados Unidos les ha servido esta breve bonanza para atender las necesidades de los grupos minoritarios locales y de la población indigente. Estas clínicas a menudo han sido impulsadas, por lo menos en parte, por las necesidades de los clientes. La financiación ha sido vinculada a esta prestación de servicios.

A pesar de que es a la vez comprensible y encomiable tener, como objetivo, el servicio a la comunidad, no debe perderse la finalidad educativa que hay detrás de una clínica jurídica. Por supuesto, a cada cliente se le debe dar, por razones éticas y profesionales, un servicio de calidad al menos comparable con el proporcionado por un profesional competente. Desde la perspectiva del movimiento de educación clínica del Reino Unido, con sujeción a esta advertencia de profesionalidad, la función de la clínica se encuentra en velar principalmente por los estudiantes y no satisfacer las demandas de cada cliente potencial, con independencia de las apremiantes necesidades que el cliente puede tener. En cualquier caso, debe hacerse todo lo posible para remitir al cliente a un asesor que le puede ayudar.

¿Qué pasa en el mundo del Derecho continental? El desarrollo del "movimiento" clínico ha sido sin duda mucho más lento aquí, sobre todo en Europa occidental. En el período inmediatamente posterior a la guerra fría, sin embargo se produjo una promoción considerable de las clínicas a través de una variedad de iniciativas en los temas generales de acceso a la justicia, el estado de Derecho y la buena gobernanza. El apoyo, tanto financiero como técnico, ha sido proporcionado por los gobiernos, las fundaciones (en particular, la *Funda-*

ción Ford y el *Open Society Institute*), las facultades de Derecho y los colegios de abogados. Gran parte de esta intervención se ha realizado en los antiguos países del bloque soviético. La historia y el resultado se encuentra bien documentado en la publicación editada por Bloch antes citada[34]. Las clínicas que operan en países como Rusia, la República Checa, Polonia y Eslovaquia, aunque con características distintas, reflejan las necesidades y las culturas locales, comparten muchas características comunes con sus primos del Derecho anglosajón, especialmente por su idoneidad como vehículos para el estudio así como su valor en la prestación de servicios jurídicos para personas indigentes. Muchas de estas clínicas establecidas desde hace tiempo tienen una trayectoria y reconocimiento, y en muchos lugares se han integrado como asignaturas con créditos de los planes de estudios en las facultades de Derecho.

Sin embargo, la situación en Europa occidental es algo diferente. Las clínicas están surgiendo poco a poco en esta parte del mundo —en Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y España, por ejemplo. Este desarrollo, sin embargo es reciente y data, tal vez, de no más de 2 o 3 años y, en algunos casos, es más recientemente. Se han planteado diversas razones para ello. Algunos delegados en el Simposio sobre CLE celebrado en la Universidad de Luxemburgo en junio de 2013 sugirieron que esto se debía a que la clínica no 'encajaba' fácilmente con la enseñanza y el estudio del contexto de Derecho continental. El argumento que se proporcionó fue que los estudiantes no estaban en condiciones de beneficiarse, ni de contribuir al trabajo clínico hasta que se hubieran iniciado en los fundamentos de la ley y la jurisprudencia que lo sustenta. Se decía, por los que mantienen esta posición, que sólo a nivel de post-grado la clínica era un vehículo apropiado para el estudio. No estoy de acuerdo en este punto. Aunque sin duda las jurisdicciones de Derecho continental trabajan con conceptos y restricciones, esto no es en mi opinión, muy diferente a las que se aplican en los países del Derecho anglosajón, al menos en términos de lo que el estudiante tiene que enfrentarse a fin de obtener un conocimiento de los principios jurídicos fundamentales.

Esta postura —que los estudiantes necesitan ser "alimentados" con los conceptos fundamentales, distinciones y tipologías antes de pasar a un estudio más aplicado, parece descansar en la premisa de que el Derecho continental, en particular, impone una restricción única a alumnos y profesores— que requiere que el "conocimiento" sea impartido por el experto al aprendiz. Esto ignora el hecho de que en las tradiciones de Derecho anglosajón existen necesidades similares —transmitir los principios y conceptos básicos. Tomemos un ejemplo:

En el estudio de la responsabilidad contractual o de daños, o del Derecho de propiedad o del Derecho de la UE existen conceptos difíciles de entender. Puede ser que sea el espinoso tema de la proporcionalidad. Podrían ser los conceptos de causalidad o de daño remoto. Puede ser los múltiples niveles de la posesión, la retribución, la obligación contractual o de los derechos de herencia. Independientemente, hay conceptos difíciles de comprender. Si éstos se pueden abordar a través de métodos experienciales como la clínica en una jurisdicción ¿por qué no en todas? Lo que se requiere, por supuesto, es la supervisión adecuada para asegurar que los estudiantes reciben el apoyo que repercuta en su aprendizaje y el cliente (si lo hay) recibe un servicio profesionalmente aceptable. En esencia, entonces la centralidad y la importancia de un asunto principal no implica que tiene que ser enseñado por medio de una lección. Lo que es más importante es el grado en que el estudiante consigue los resultados de aprendizaje esperados.

Tampoco hay que ir muy lejos para ver cómo las clínicas han sido integradas en el plan de estudios (formalmente o de otra manera) en las jurisdicciones de Derecho continental. La experiencia de las clínicas en Europa del Este ha demostrado que no sólo las clínicas son factibles en un sentido logístico, sino que pueden

cumplir los objetivos educativos y profesionales establecidos por las distintas instituciones y los organismos reguladores, tales como los colegios de abogados y los ministerios de justicia.

Sugiero que hay otras razones por las que las clínicas se han establecido más lentamente en los países de Derecho continental de Europa occidental. En primer lugar, en los métodos de enseñanza predominan tradicionalmente las lecciones dictadas a un gran número de estudiantes. Resulta un desafío conceptual y práctico cambiar este enfoque de estudio en favor del trabajo en grupo pequeño tal y como se encuentra en la mayoría de las clínicas. En segundo lugar, y relacionado con el punto anterior, la estructura y el 'status' del profesor de Derecho es muy diferente de la que se encuentra en el mundo del *Common Law*. Los profesores de los países de Derecho continental a menudo tienen conocimientos muy centrados en la cátedra de materias específicas y rara vez, si acaso, participan en la docencia o la investigación fuera de esa especialidad. Tampoco hay ningún incentivo para que puedan investigar y publicar fuera de su área de especialización. Mientras que, por supuesto, los profesores de Derecho en otras partes del mundo también pueden tener un enfoque y conocimiento en temas específicos, pero su trabajo no se aplica de manera exclusiva ni singular. Teniendo en cuenta la formación clínica con clientes reales, por su propia naturaleza, pueden implicar la consideración de varios temas, el "ajuste" de la clínica dentro del plan de estudios es, como poco, problemático. Dentro del plan de estudios hay una interacción muy limitada entre las materias jurídicas. En tercer lugar, pocos académicos tienen experiencia en práctica jurídica, y no es sorprendente, por tanto, el escaso interés en la docencia aplicada a través de trabajo con casos reales. En cuarto lugar, ha habido un apoyo financiero muy limitado para el desarrollo clínico en Europa Occidental. Las prioridades de los donantes se han dirigido, quizás comprensiblemente, a otra parte. El resultado final es que el impulso para la creación y funcionamiento de las clínicas no ha sido tan poderoso. Sin embargo, pienso que esta situación va a cambiar y en unos pocos años las clínicas será la regla y no la excepción en las facultades de Derecho de la Europa continental porque se están realizando ajustes para proporcionar un estudio más centrado en el estudiante y una educación vinculada al trabajo. Como se verá más adelante esto puede reflejar no solo una "buena práctica" educativa sino que también sirve para cubrir las necesidades de los clientes que no pueden pagar o acceder a la asistencia jurídica gratuita y para cumplir con la misión de la universidad al servicio de la comunidad en general. Hay también cuestiones relativas a la armonización de la educación dentro de los países de la UE y el conocido como Proceso Bolonia[35].

La tradición de derecho continental se ha descrito más como una mentalidad que como un conjunto de reglas o principios[36]. Si esto es cierto (y no me siento capacitado para juzgar las ventajas de eso) entonces ¿están los estudiantes no obligados a asimilar esa actitud, así como a cualquier norma y principio que seguramente la acompañan? Si es así, ¿qué mejor manera de mostrar el dominio de lo que se estudia que ser capaz de aplicar ese conocimiento a problemas jurídicos reales?[37].

Con esta perspectiva histórica y comparativa presente, la atención ahora se puede dirigir a los diferentes modelos de educación clínica y el uso y las implicaciones formuladas por cada uno en cuanto a su propio funcionamiento y el plan de estudios en general.

5. LA CLÍNICA EN LA PRÁCTICA

La ECJ puede describirse como el aprendizaje del Derecho a través de su aplicación y su práctica, pero la forma que puede tomar es variada.

Mientras que la "clínica" puede ser muy diferente de la enseñanza jurídica tradicional, irónicamente, el método de la lección/semina-

rio tan comunes en la formación de los estudiantes de Derecho es, en un nivel, capaz de satisfacer la definición del aprendizaje a través de la práctica. Si se fomenta la participación activa de los estudiantes, no hay ninguna razón para que una lección o seminario no puedan ser considerados con un enfoque clínico. Sin embargo, como las lecciones se dirigen predominantemente al contenido y a su evaluación, y consisten principalmente en que los estudiantes reciban la información, no es habitual que la lección cumpla las exigencias clínicas. Puede resultar una buena experiencia de aprendizaje un programa de seminarios bien estructurado, utilizando el trabajo en grupo, presentaciones y estudios de casos, y el logro de un alto nivel de interacción y la participación de los estudiantes[38].

Sin embargo, para nuestro propósito, hay cuatro tipos de clínicas que proporcionan un entorno en el que se puede desarrollar el aprendizaje experiencial. Son:

- Clínicas universitarias con clientes reales y gestionadas por la facultad de Derecho
- Clínicas con prácticas externas ("el munod real") gestionadas por otras organizaciones, como por ejemplo, organizaciones no gubernamentales (ONG)
- Clínicas de alfabetización jurídica
- Clínicas de simulación

Los fines y objetivos de cada una son, en principio, los mismos —la exposición de los estudiantes al Derecho en la práctica y al análisis, la gestión y la solución de los problemas que puedan surgir. Difiere la forma en que cada una se estructura para lograr esto. Pero la necesidad de reflexionar sobre la experiencia y el proceso y los resultados de esa reflexión son centrales para todos los programas clínicos.

6. LA CLÍNICA UNIVERSITARIA INTERNA O EXTERNA

En este modelo, la clínica o se encuentra en la facultad de Derecho (por lo tanto es 'interna') y se ofrece, supervisa y controla internamente, o se desarrolla fuera del campus (posiblemente en una contexto comunitario), pero está gestionada por la propia facultad que sigue siendo responsable de todos los aspectos de su funcionamiento. Los clientes son auténticos, con problemas que requieren soluciones reales (por tanto, se trabaja con "clientes reales", "de verdad"). Los clientes puede provenir, por ejemplo, del propio personal y de los estudiantes en la universidad, el público en general o de un grupo en particular. Se pueden dirigir directamente a la clínica o se remite por otros, por ejemplo tribunales u ONG. La clínica puede identificar una necesidad entre un particular grupo de clientes, por ejemplo, trabajadores migrantes, consumidores o niños y especializarse, por tanto, en un aspecto concreto del Derecho. Como se ha visto anteriormente, una variante de este modelo es la clínica universitaria externa que funciona fuera de la facultad de Derecho pero que está coordinada desde la propia universidad. Este modelo puede ser eficaz cuando los clientes fueran reacios a utilizar el servicio, pero su situación en un espacio público más utilizado (por ejemplo, una biblioteca, iglesia o centro comunitario) la hace más atractiva. El servicio de la clínica gestionada por la facultad de Derecho podría ser sólo de asesoramiento o podría extenderse a otras formas de asistencia. Se puede entrevistar a los clientes cara a cara, por teléfono o por otros medios, se les asesora oralmente y/o por escrito, y se les ayuda en la preparación de sus casos. La palabra "caso" no debería implicar litigio. Los clientes pueden, por ejemplo, necesitar ayuda en un asunto de asesoramiento como el borrador de un testamento o la discusión de la creación de un nuevo negocio. La ayuda puede tomar la forma de la clínica correspondiente con los oponentes, terceras partes, sus abogados, compañías de seguros y los tribu-

nales. La clínica puede ofrecer la representación, ya sea en un área de especialización (por ejemplo, ante los tribunales administrativos), o en un litigio más general. En el Reino Unido, hay normas que limitan la participación de los estudiantes como defensores en el trámite de vista oral.

Pero algunos litigios (por ejemplo, en los tribunales laborales y en el Procedimiento Especial Civil de los tribunales del Condado) ofrecen a los estudiantes la oportunidad de la defensa directa. La clínica puede funcionar como un servicio paralegal o como si realizasen la práctica de la abogacía en toda regla. En algunas partes de Australia y los EE.UU. los tribunales y colegios de abogados han acordado normas de representación especiales que permiten a los estudiantes acreditados aparecer como defensores en audiencia pública.

En la mayoría de las jurisdicciones existen restricciones en relación a quién puede ofrecer asesoramiento jurídico. Si existe un denominador común es que el asesoramiento jurídico y la representación sólo pueden proporcionarse por un abogado con la 'licencia' para la práctica jurídica. Esto no debería limitar al alumno de realizar su trabajo necesario bajo la supervisión de un abogado cualificado que rubrica el trabajo realizado en el momento preciso. Desde el punto de vista de la responsabilidad profesional, en principio, no es diferente a un paralegal o asistente administrativo que trabaja en un bufete de abogados y realiza los trabajos preparatorios bajo la supervisión del profesional. Es evidente que algunas de las consecuencias del trabajo con clientes reales dependerá del alcance del servicio ofrecido, pero hay principios que se aplican por igual en todos los casos en los que existen clientes.

Una vez que se ha aceptado un caso, el interés del cliente es de suma importancia, e implica la sujeción a las disposiciones de deontología jurídica (esto es, cualquier código de conducta profesional y otras disposiciones reglamentarias). El servicio que se ofrece debe ser realista y debe ser capaz de entregar lo que se ha comprometido que puede ofrecer. Sugiero que el único estándar de trabajo aceptable es el del asesor o representante legal competente. Los estudiantes deben ser conscientes de esta exigencia y deben ser supervisados y apoyados para que así se mantenga y se asegure. La clínica debe ser capaz de funcionar de manera que se preserve la confidencialidad del cliente.

Los clientes también deben ser informados de la naturaleza del servicio que se les ofrece con el fin de calibrar sus expectativas y conocer el alcance de la actuación de los estudiantes.

En el Reino Unido, CLEO ha adoptado un conjunto de normas para el trabajo con clientes que aborden de manera integral estos y otros temas relacionados, y están disponibles a través de un enlace en la web de la Universidad de Northumbria[39]. Las implicaciones con los clientes reales son considerables. Siempre está presente la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional, la supervisión, la evaluación, la continuidad del servicio (especialmente durante las vacaciones), la dotación de recursos en general, y de los estándares que se esperan de las profesiones.

7. LAS PRÁCTICAS CLÍNICAS EXTERNAS

Una alternativa interesante o complementaria a la clínica interna de atención directa es la clínica que involucra a los estudiantes en el trabajo jurídico fuera de la facultad de Derecho. Este modelo es conocido como prácticas externas (o *placement*). La facultad de Derecho proporciona los estudiantes al anfitrión y debate con ellos su experiencia durante las prácticas y/o después, cuando regresan a las aulas. Estos tipos de clínicas se pueden dedicar a la práctica del ejercicio privado, asuntos del gobierno local y nacional, las industrias privadas y públicas, y al sector de las ONG. También el formato es variado.

La clínica es de "clientes reales" en el sentido que se involucra con clientes individuales o grupos y sus problemas. Se podría atender al cliente, por ejemplo, en las oficinas de asesoramiento jurídico municipal o en cualquier otra oficina de asesoramiento. Por otra parte, el "cliente" puede ser el Estado en el caso de que se lleve una clínica junto con, por ejemplo, los tribunales o la policía. Cuando un estudiante trabaja en el departamento de la vivienda de un distrito del Ayuntamiento, el "cliente" es el Ayuntamiento. La salida al mundo real unida a los objetivos claramente diseñados por la clínica desde el punto de vista formativo pueden convertir esto en una experiencia de aprendizaje significativo. Al igual que en la clínica en la Facultad, se debe tener cuidado, y establecer criterios formativos. En caso contrario, la oportunidad de una experiencia clínica se convierte en poco más que una observación no estructurada de la práctica de otra persona.

La clínica puede operar sobre la base de sólo proporcionar asesoramiento, o también puede ofrecer representación. Los estudiantes pueden, por ejemplo, tener la oportunidad de trabajar con una unidad de representación gratuita. Estos organismos estás gestionados por sindicatos y otras organizaciones. La clínica podría también tomar la forma de un puesto en prácticas, de duración corta o larga, en una oficina de un abogado. Los estudiantes pueden ser aprendices de otros. Y también pueden tener un puesto remunerado. El término "clínica" se usa en el sentido más amplio, presuponiendo que el uso del servicio que se presta es parte de la experiencia de aprendizaje real y formal.

La función de las prácticas externas son importantes porque ofrecen a los estudiantes la oportunidad de situar sus estudios en un contexto práctico. La principal dificultad en este enfoque reside en el control de la experiencia, la supervisión y el seguimiento de la clínica. Toda la supervisión del trabajo clínico es exigente y consume mucho tiempo. En esta clínica resulta difícil integrar y seguir la experiencia de aprendizaje del estudiante.

Por último, este modelo debe diferenciarse de las prácticas que los estudiantes realizan en una organización, y en el que el papel de la Facultad de Derecho no va más allá de gestionar y tramitar su asistencia. En mi opinión, la experiencia (por muy útil que pueda resultar para el estudiante y el anfitrión) no se trata de una clínica, ya que no se realiza ningún análisis desde un punto de vista formativo. De hecho, el informe estructurado de la experiencia y la interacción de los estudiantes es el que hace que la interconexión con el mundo real sea verdaderamente clínico.

8. LA CLÍNICA DE "ALFABETIZACIÓN" JURÍDICA

Este modelo de educación clínica de "alfabetización" o capacitación jurídica es algo diferente de los dos primeros descritos anteriormente. En lugar de que los alumnos que se encuentren bajo supervisión realicen asesoramiento y representen clientes, aquí los estudiantes se convierten en los docentes e intentan sensibilizar a la ciudadanía sobre sus derechos y responsabilidades básicas. La idea es doble, por una parte para dar la suficiente información para que se puedan reconocer los problemas jurídicos y tomar decisiones informadas acerca de ellos (incluyendo si se debe solicitar la ayuda de un abogado) y para proporcionar a los estudiantes la oportunidad de demostrar que entienden los principios jurídicos al explicarlos a los demás. La responsabilidad de la supervisión que se requiera (al igual que en otro modelo de clínica) recae en el facultad de Derecho o en las personas que actúan en su nombre (por ejemplo, profesores asociados o las ONG).

Estas clínicas pueden trabajar de muchas maneras, por ejemplo los alumnos pueden elaborar folletos informativos sobre cuestiones de derecho o desarrollar el contenido para un sitio web. Tal vez el tipo más común de la clínica de la capacitación jurídica es donde los estudian-

tes enseñan directamente a otros. Como este modelo clínica se ocupa de los temas cotidianos de interés para la comunidad se le conoce como *Street Law* tratando de referirse al Derecho que afecta a la población en general.

Si se supervisa adecuadamente lo que los estudiantes hacen, están asegurados los beneficios para la comunidad, mientras que al mismo tiempo se mejora el aprendizaje de los estudiantes que tienen aspiraciones de ser prácticos del Derecho en el futuro. Los estudiantes de Derecho tienen que demostrar su comprensión de los conceptos jurídicos para tener que presentarlos, en un nivel y en una forma adecuados para que puedan ser entendidos fácilmente por los otros "estudiantes". Quizá no hay mejor prueba de la comprensión de tener que explicar algo de manera efectiva a otra persona. De hecho, es una parte clave del proceso de aprendizaje la evaluación de cada sesión de la capacitación jurídica de la audiencia y de la perspectiva de los estudiantes que participan.

Los estudiantes pueden (y yo diría que deberían) reunirse con el grupo del que se trate para identificar temas de estudio, y luego investigar y preparar la entrega del material pertinente. Es importante trabajar en estrecha colaboración con ellos para asegurarse que la actividad sea adecuada a sus necesidades. El énfasis se debe poner tanto en la participación de los estudiantes como en el grupo con el que están trabajando. En función de los recursos y las necesidades individuales, los cursos pueden tratar de presentaciones (por ejemplo, una visión de las normas sobre derechos humanos y sus implicaciones), un curso breve sobre los derechos de los consumidores, la protección del medio ambiente, el derecho a la vivienda o el derecho de la seguridad social.

Por una variedad de razones, es posible que no se haya podido tomar contacto con la comunidad. Puede que se desconozca o se sienta incomoda en la determinación del contenido de las sesiones de *Street Law*. También pueden ser reacios en desempeñar un papel activo en las presentaciones programadas. Hay que tener un grado de sensibilidad y verdadero respeto por la diversidad cultural y social: la experiencia sugiere que es preferible que la comunidad participe, y de hecho, agradecen que se les invite a involucrarse. Una vez que la comunidad está comprometida en este tipo de programas se vuelven sensibles a las necesidades percibidas y atraen una participación más amplia. También pueden dar lugar a otras iniciativas, como la derivación de un cliente que asiste a una sesión de *Street Law*, y plantea un problema jurídico a la clínica o alguna otra oficina de prestación de servicios.

No hay una grupo predeterminado al que se dirija el *Street Law*. Además de las aportaciones de la facultad de Derecho (académicos y juristas, personal administrativo y estudiantes de Derecho), en los proyectos de *Street Law* en el Reino Unido han participado, por nombrar a algunos, alumnos y maestros de escuelas, presos, delincuentes jóvenes, asociaciones de inquilinos, grupos de demandantes, personas sin techo residentes de albergues o pacientes que llevan a cabo tratamientos de desintoxicación de drogas o alcohol.

Por ejemplo, en un proyecto exitoso (tal como lo demuestran los comentarios de los destinatarios, los estudiantes que participaron y la organización financiadora) se hicieron presentaciones *Street Law* a los refugiados sobre la solicitud y el derecho a un recurso, y a continuación se prestó un servicio individualizado a los asistentes a la reunión que necesitaban ayuda y una posible representación. Los estudiantes entrevistaron a los clientes y, a continuación, con la ayuda de un supervisor, derivaron a aquellos que lo requerían a las instituciones que pudieran prestarles ayuda. Este proyecto se ejecuta en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Por lo demás, este modelo de la clínica no es diferente a los otros que se describen aquí. Los estudiantes tienen contacto con el cliente. Deben investigar las normas. Tienen que ser capaces de explicar las disposiciones pertinen-

tes de manera efectiva a sus clientes y deben discutir la experiencia con sus profesores para garantizar que reciban asesoramiento correcto y para reflexionar sobre su propio aprendizaje, en términos de conocimientos, habilidades y valores aprendidos. Se trata de aprender haciendo y de reflexionar sobre lo que se "hace".

9. CLÍNICA DE SIMULACIÓN

Como el título indica, esta clínica utiliza los problemas, la práctica y los procedimientos que se encuentran en los asuntos reales para realizar simulaciones. Esto puede hacerse de diversas maneras. Se pueden llevar casos en su totalidad, desde la aceptación inicial a su finalización con solución negociada o la audiencia en el tribunal. Estas sesiones se pueden llevar a cabo como cursos intensivos (concentrando el esfuerzo para hacer el ejercicio más real para los estudiantes), o se distribuyen durante parte del año académico con frecuencia semanal.

Se pueden examinar con más detalle algunos aspectos del caso que otros, por ejemplo, haciendo una solicitud de fianza en un procedimiento penal o la redacción de documentación para el tribunal en un procedimiento civil. Para algunas habilidades específicas, como por ejemplo, entrevistar o asesorar, se puede trabajar con el propio personal, los estudiantes o actores profesionales para se pueda realizar una dramatización. Una estrategia particularmente adecuada consiste en utilizar los estudiantes de otros años o clases para actuar como clientes. De esta manera ellos también adquieren experiencia aunque sea desde el punto de vista del usuario y no del abogado. La incorporación de actores sin que los estudiantes lo sepan añade realismo a la experiencia.

Los atractivos de este tipo de educación clínica son diversos. Se reducen los riesgos e imprevisibilidad de trabajo con un cliente real. El proceso puede regularse para adaptarse a los objetivos del programa y sus resultados del aprendizaje. Los mismos materiales pueden utilizarse y re-utilizarse. El coste de ofrecer una clínica de simulación puede ser sustancialmente menor que con un cliente real en términos de la intensidad y el funcionamiento que requiere de la supervisión y la necesidad de apoyo administrativo. No tiene las mismas exigencias en cuanto a instalaciones y equipamiento. Los profesores y los estudiantes no tienen el mismo grado de responsabilidad profesional. Los estudiantes pueden cometer errores. La simulación puede funcionar bien complementando a una clínica de atención directa utilizando los casos reales como material para su uso en ejercicios simulados (con sujeción a las normas relativas a la confidencialidad del cliente). La simulación puede servir como una buena preparación para el trabajo con clientes reales en una etapa posterior.

El problema es que los estudiantes piensan que una simulación no implica la misma sensación que se puede encontrar con la experiencia de tratar un cliente real. A menos que se utilicen ejemplos provenientes de casos reales en los que se incluya el diseño de actividades y la incorporación de testigos y opiniones de expertos. Sin embargo, la simulación sigue siendo un aspecto muy importante de la labor clínica que se utiliza ampliamente, tanto en el Reino Unido como en el extranjero. Se hará mención de esto en detalle cuando se expongan los programas que se desarrollan en la Facultad de Derecho de la Universidad de York.

10. TENSIONES Y DILEMAS EN LA EDUCACIÓN CLÍNICA

Parecerá evidente para los que no están familiarizados con los programas clínicos (y los conocerán aquellos que ya lo están), que tanto la teoría y la práctica de la clínica está plagadas de desafíos. Algunas de ellos dan lugar a tensiones y dilemas tanto para los profesores como los estudiantes.

En lo que sigue identificaremos los elementos en conflicto:

A. LA BÚSQUEDA Y OBTENCIÓN DE RECURSOS

Cualquier discusión sobre la educación clínica no estaría completa sin una reflexión de las implicaciones sobre la obtención de recursos. Una primera impresión podría sugerir que las clínicas, tanto las de simulación como las de clientes reales, tienen muchos recursos. Nos referimos a los recursos humanos, los recursos financieros y los físicos. Es evidente que esto supone una tensión por las considerables necesidades de la clínica, sobre todo en el contexto actual con los recortes en la financiación de la educación superior, en particular en el sector financiado por el estado. Incluso si los recursos adecuados están garantizados para una clínica, esto puede tener un efecto de reacción en cadena en otros apartados del plan de estudios y en la financiación de la facultad de Derecho en general.

Aquellos que defienden el desarrollo de las clínicas deben estar preparados para hacer frente a la cuestión de la financiación. Un punto de partida podría ser el de tratar de identificar las fuentes de financiación. Como se ha visto el objetivo puede ser la financiación "dura" (es decir, los fondos de la universidad o de la facultad) y la financiación "blanda" (financiación externa, como los patrocinios, subvenciones, …). Hay, sin embargo, dificultades, sobre todo con la excesiva dependencia de los fondos blandos, y la vulnerabilidad que esto puede producir (es decir, si la facultad de Derecho no se responsabiliza financieramente de la clínica dependiendo de la financiación externa).

La dotación de recursos, especialmente para las clínicas de asistencia directa, debe ser adecuada al mantenimiento de los estándares y los principios de buena práctica profesional. Esto puede ser una herramienta muy convincente en el sentido de que sin la financiación adecuada, un programa no puede ofrecerse. El peligro inherente, pero inevitable, al insistir en el cumplimiento de los criterios profesionales adecuados es, por supuesto, la pérdida de la clínica si el donante busca reducir costes o está poco dispuesto a financiar plenamente la clínica.

Esta discusión no tiene mucho sentido a no ser que se entienda claramente lo que los recursos dedicados a la clínica están comprando. Si las virtudes de la clínica son como se reivindica —una mejor experiencia de aprendizaje centrado en el estudiante, que complementa el estudio sobre el resto del curso (además, por supuesto, como beneficios para los clientes y el servicio a la comunidad)— los recursos proporcionados a la clínica deben sopesarse en términos de los resultados educativos globales. En otras palabras, la clínica puede costar más que otras unidades de un programa, pero también puede producir más en términos de la calidad e incluso cantidad de la educación y otros beneficios que se derivan.

B. ¿PROPORCIONA CAPACITACIÓN O FORMACIÓN?

Este tema abarca todas las dicotomías sugeridas en el encabezamiento inicial sobre las tensiones y dilemas.

¿Qué es lo que la clínica ofrece y cómo encaja en el plan de estudios de la facultad de Derecho?

La premisa primordial de este texto parte de que la clínica no trata de preparar a los estudiantes para que se conviertan en profesionales (aunque esta puede ser una reflexión positiva y deseable). Los objetivos de un programa clínico, al menos en el contexto de la educación jurídica en el Reino Unido, son proporcionar a los estudiantes una experiencia de aprendizaje muy particular. Esta experiencia permite a los estudiantes cuestionar, investigar, analizar y aplicar los hechos y el Derecho en un intento de resolver los problemas que aparecen en un entorno real o realista. En el proceso de hacer frente a estos problemas, el estudiante está

obligado a tener en cuenta las consideraciones prácticas, éticas, morales y sociales que rodean al derecho y al proceso jurídico. Es decir, una forma de "aprendizaje basado en problemas".

Esto implica necesariamente el uso de habilidades del abogado como herramientas para la resolución de problemas y como un vehículo para un estudio significativo de cómo se aplica la ley y con qué consecuencias.

El hecho de que los alumnos desarrollen habilidades relevantes para ellos más allá del ámbito del programa de estudios de la clínica es, desde mi punto de vista, bien recibida. Es sabido que muchos estudiantes tienen la intención de entrar en la profesión. Pero la clínica, al menos en el nivel de licenciatura, no se ocupa principalmente de la formación profesional y la práctica de habilidades. Se trata del aprendizaje de conceptos, normas, técnicas y la ética jurídica, y está diseñado para mejorar el desarrollo intelectual en general. También pretende producir estudiantes que critiquen constructivamente la aplicación de la ley. Si se entiende de esta manera, la clínica deja de ser algo auxiliar, y empieza a verse como una característica complementaria del proceso educativo en general.

Los que tengan interés en la clínica jurídica como un modelo pedagógico/andragógico[40] podrían estar interesados en analizar la experiencia clínica EE.UU., donde la academia ha sufrido escisiones graves y perdurables en relación a la percepción de un 'nosotros contra ellos'. Para tener un efecto significativo sobre la educación jurídica, la clínica debe verse como una parte tan importante del estudio del Derecho tanto como las clases sobre la ley del suelo o los seminarios sobre contratos. Para que la clínica sea efectiva debe, por tanto, tenerse en cuenta su aspecto formativo como su incorporación en el plan de estudios. Sus muchos beneficios secundarios se encuentran en una base sólida en habilidades y una experiencia adecuada para aquellos que deseen capacitarse tanto para trabajar en cualquier empresa como en la profesión.

C. ¿SIRVE A LOS PROPÓSITOS DEL ESTUDIANTE O DEL CLIENTE?

Otra tensión, frecuente en los EE.UU., pero también es una característica en otras clínicas de atención directa, surge por las exigencias concurrentes de los estudiantes y los clientes. Si bien no son diametralmente opuestas, las necesidades de ambos pueden causar conflictos e incluso cuando no lo hacen, deben ser tenidas en cuenta.

La financiación en los primeros años del movimiento de clínicas de atención directa en los EE.UU. estaba estrechamente vinculada a la prestación de un servicio de la "ley de personas necesitadas". El legado de esto ha tenido un impacto duradero[41]. Sin disminuir en modo alguno la importancia de las necesidades del cliente, en mi opinión, el objetivo de la prestación del servicio sólo tiene un lugar en la licenciatura o en el nivel de estudios profesionales si es también útil para los objetivos educativos planteados por la clínica.

Siempre y cuando los servicios jurídicos que abordan los problemas de los clientes no sirvan para este objetivo educativo en el momento, no debería haber ninguna dificultad en el cumplimiento de los dos conjuntos de necesidades y expectativas. Pero la clínica deberá supervisar y regular el flujo de casos para asegurar que lo primero sea la experiencia de aprendizaje.

Nada de esto quiere decir que un servicio selectivo sea de mala calidad, ni que los clientes sean, de alguna manera, cobayas de laboratorio. Una vez que se acepta un caso en que hay un cliente, en mi opinión, sólo hay un nivel aceptable de trabajo: el de que se encuentra en la competencia profesional y la práctica ética.

Como ya se ha visto, una cuidadosa selección de los casos, junto con una supervisión eficaz desempeña un papel esencial en el intento de garantizar que se mantengan los criterios y que la clínica no se oriente por completo a la asistencia. Dicho de otra manera, la organización y el diseño de la clínica, junto con la

selección de los casos deben cumplir los objetivos educativos previamente establecidos. Una vez que los casos se aceptan, es de suma importancia el interés de los clientes. Al servir a esos intereses, también se persiguen los objetivos educativos. La buena disposición del profesorado y los estudiantes para servir al cliente o la insistencia de los donantes a que se proporcione un servicio de este tipo pueden comprometer la finalidad formativa.

Una tensión adicional surge en la evaluación.

D. HACER DE LA EVALUACIÓN PARTE DEL APRENDIZAJE

Una medida del valor educativo de cualquier unidad o curso es el establecimiento y la consecución de criterios realistas y útiles de evaluación. 'Realistas' y 'útiles' en este contexto quiere decir un sistema de evaluación que logra sus objetivos de enseñanza y aprendizaje, haciendo coincidir el progreso del estudiante con la resultados proyectados del curso. La clínica define las oportunidades y los obstáculos también en función de la evaluación.

La clínica, por su propia naturaleza y estructura, se presta a la retroalimentación y la evaluación **formativa**. Con esto me refiero a un proceso en el cual el estudiante aprende de la evaluación y no es simplemente calificado. Es fácil de usar y alienta fácilmente a la autoevaluación y la evaluación por pares. El trabajo en grupo a menudo se utiliza como base para el aprendizaje y esto se puede reflejar en la metodología de evaluación.

Los límites impuestos por los exámenes sorpresa pueden considerarse inadecuados e inaceptables para muchos clínicos. El examen tradicional de tres horas en el que el estudiante puede tener poca idea de lo que va a ser examinado es, en mi opinión, de uso limitado como método para evaluar el aprendizaje significativo y aplicado (aunque puede ser justificable como una prueba de competencia). La pregunta también hay que hacerse es '¿Qué se evalúa?'. ¿Cómo puede examinarse fuera de contexto la capacidad de un estudiante para tratar con sensibilidad a un cliente u organizar su carga de casos fuera de contexto?

Sin embargo, los retos son muchos. La evaluación en una forma distinta a la de un examen o la realización de un trabajo puede ser una labor ardua. A veces es difícil asegurarse que todos los estudiantes, especialmente en el trabajo con clientes, están expuestos al mismo tipo de calidad de la que se van a evaluar. Los evaluadores son propensos a favorecer a aquellos estudiantes con los que han disfrutado trabajando o de los que conocen bien su trabajo por su contacto en la clínica. ¿Cómo puede el evaluador evitar la discriminación inconsciente?

La evaluación de un estudiante que no recibe retroalimentación de forma regular es formativamente problemática. La clínica da la oportunidad para la retroalimentación periódica y detallada. A menudo los estudiantes obtienen altas calificaciones en el trabajo clínico, y esto a menudo levanta ampollas en el campo más tradicional por la supuesta pérdida de rigor académico. Los tradicionalistas pueden argumentar que de esta manera se produce una alta calificación. Pero ¿quién ha dicho que el establecimiento y la calificación de un examen escrito sea objetivo o que debería ser utilizado como una forma de garantizar los niveles más pobres de desempeño? La cuestión, por tanto, es ¿qué aprenden los alumnos?

La clínica lo que hace es proporcionar una oportunidad para romper con las convenciones de evaluación históricamente aceptadas. Le da a los estudiantes la oportunidad de hacer de la evaluación una parte de la experiencia de aprendizaje. Se ofrece a los estudiantes un entorno en el que puedan, a través de su esfuerzo y motivación, obtener una justa recompensa.

E. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Las instituciones, tanto dentro de la academia como fuera de ella, están cada vez más

preocupadas por las cuestiones de la igualdad de oportunidades. La clínica da lugar a reflexiones en este contexto. En primer lugar, ¿cómo se seleccionan los estudiantes? Los programas clínicos suelen ser muy populares y muchas veces hay un exceso de solicitudes. En segundo lugar, si la clínica es tan buena, ¿por qué algunos estudiantes tienen la oportunidad de acceder a la misma y otros no? Si se hace obligatoria, ¿es justo para los que no quieren aprender de manera experiencial? En tercer lugar, ¿cómo puede un programa de atención directa con clientes reales asegurar que todos los estudiantes tienen la misma experiencia de la que pueden aprender y ser evaluados? Por último, cuando los estudiantes hacen un buen trabajo, sobre todo en la elección de clínicas, ¿se les da efectivamente un trato preferencial, ya que son capaces de conseguir calificaciones más altas que los estudiantes que no eligen esos cursos?

Desde mi punto de vista el movimiento clínico, tal y como se encuentra en el Reino Unido y en otras partes del mundo, tiene una base educativa sólida en términos de teoría y práctica. Como ya se mencionó, es una forma de lo que se ha llamado "aprendizaje basado en problemas" (ABP). Por utilizar las palabras de un autor, este método de enseñanza se refiere más al aprendizaje que a la enseñanza[42]. El ABP trata también sobre el aprendizaje y no solo la resolución de problemas como tal, aunque muchos ejemplos de aprendizaje a través de ABP abarcan una dimensión de resolución de problemas, sobre todo cuando los estudiantes se plantean preguntas como si, por ejemplo, el asesoramiento a un cliente es parte integrante de la realidad, aunque sea una realidad simulada, del problema[43]. A continuación expondré un caso práctico en el que el ABP constituye el principal medio de aprendizaje en todo el plan de estudios, donde la clínica —tanto de simulación como de atención directa— está completamente integrada en el programa de estudios, donde se requiere que todos los estudiantes aprendan de esta manera y en la que se pueden encontrar los modelos de la clínica descritos anteriormente.

a) Un caso práctico[44]

Lo que sigue es una descripción del programa del Grado en Derecho (LLB) en una institución de educación superior en el Reino Unido —la Facultad de Derecho de York (YLS) en la Universidad de York. Se presenta aquí para demostrar cómo una clínica puede integrase como un elemento académico sólido y con créditos dentro del plan de estudios. También se utiliza para mostrar cómo todo un programa de estudio puede ser diseñado para ser clínico y cómo los conocimientos, habilidades y valores pueden enseñarse de una manera intelectualmente exigente a través de la aplicación de la teoría a la práctica con esta última nutriendo a la primera.

Todo el plan de estudios en YLS se centra en el ABP mediante la realización de simulaciones y la resolución de casos reales. Hay dos modelos de ABP, el 'abierto' y el descubrimiento 'guiado'[45]. En el primero, el estudiante dirige el proceso con muy poca orientación de tutor. Quienes se dedican a '*ABP'ing*' (por usar la terminología de York al corromper el término como si se tratara de un verbo), en un supuesto pueden explorar una variedad de problemas, algunos de los cuales pueden ser muy relevantes para el plan de estudios y otros quizás ser más tangenciales. En el modelo de descubrimiento abierto a los estudiantes se les deja tomar sus decisiones con retroalimentación al final del proceso, y no durante el mismo. Según el método de descubrimiento guiado los tutores orientan, tienen predeterminados los resultados de aprendizaje para cualquier sesión y, a pesar de que los estudiantes pueden desarrollar sus ideas, se trata de asegurar que los resultados de aprendizaje sean similares, sino idénticos a los ya establecidos. Esto se explicará en más detalle a continuación. Las diferencias de enfoque y de los posibles resultados se pueden describir brevemente. Para aclarar esta explicación, hay que tener en cuenta que los

alumnos están estudiando, como lo hacen en York, en grupos de 12, como si se tratara de un despacho de abogados de estudiantes (*students law firm, SLF*).

b) El modelo

La YLS aceptó sus primeros estudiantes en octubre de 2008. La admisión ese año fue pequeña (60) y ha crecido progresivamente, año tras año. El grupo anual actual está ahora alrededor de 130 y la Facultad de Derecho está funcionando a pleno rendimiento, con un aumento en la admisión prevista de los estudiantes de postgrado[46].

Desde el primer día del primer año se asigna a cada estudiante a un SLF y permanece en ese despacho durante todo el año de estudio. Al inicio del siguiente curso académico, se asigna a los estudiantes a un nuevo despacho. Trabajan en un SLF en cada uno de sus 3 años de estudios de Grado[47]. En la actualidad hay hasta 12 SLF cada año. A cada SLF se le pide que discuta y formule normas (la justificación y la analogía utilizada es la necesidad de existencia de normas que regulan a la sociedad en general) que regulen el funcionamiento del grupo, para asegurar el progreso del aprendizaje y cómo se va a gestionar los desafíos y conflictos que surjan. La manera en que se aborda cualquier disfunción en el grupo se examinará a continuación.

El ABP es fundamental para el aprendizaje y el SLF es el vehículo en el que eso ocurre. Como se mencionó anteriormente, el entorno de aprendizaje, tanto físico y filosófico, es significativo en términos del ABP en general y el aprendizaje en YLS en particular.

Por lo que se refiere al espacio, la YLS se trasladó a unas nuevas instalaciones construidas en septiembre de 2010. El lugar clave para el aprendizaje es el área de ABP, que consiste en un gran espacio abierto que tiene "oficinas" satélites equipadas con mini bibliotecas (de textos básicos), *pizarras digitales* y otras tecnologías y el mobiliario de un sala de juntas, con una gran mesa ovalada. Cada oficina cuenta con 3 'inquilinos' SLF —uno por cada año de estudio. Se les asigna un tiempo de uso exclusivo del despacho y para el resto del tiempo el espacio se puede reservar o se distribuye de manera autogestionada (para los propios SLF y sus miembros). Los estudiantes utilizan libremente y como deseen la zona abierta y en la práctica sirve para el estudio informal y el trabajo en grupo, también permite una forma de socialización— una dimensión importante de hacer el trabajo en el SLF con eficacia.

El entorno de aprendizaje filosófico se formula igualmente de manera cuidadosa. Un conjunto de valores y principios fundamentales impulsan e informan el aprendizaje y la enseñanza. Aunque no tenemos una 'constitución escrita' que recoja todas estas ideas, han surgido a través de la práctica, y se han afirmado en los eventos de desarrollo profesional. Los estudiantes son igualmente importantes en este proceso y las consultas que se realizan para enfatizar y reforzar estos valores y principios son, a nuestro juicio, importante en la obtención de la necesaria "participación " de los estudiantes para hacer que todo el proceso funcione con eficacia. La filosofía pedagógica se basa en las siguientes premisas:

La YLS como una comunidad de aprendizaje: —este es el punto de partida— una comunidad en la que el profesorado y los estudiantes son participantes activos. Partimos de la base de que, aunque puede haber diferencias en el énfasis y el grado, tanto entre los profesores, entre los estudiantes, y entre los profesores y los estudiantes, existe un *compromiso común y suficiente para aprender* que nos describe de manera significativa como una comunidad.

La *Ciudadanía Departamental*: Sugerimos que es útil y saludable estar en condiciones de ofrecer un modelo de organización del departamento que no sitúe al estudiante como consumidor. Existen otros modelos que se están explorando (por ejemplo, los estudiantes como clientes, estudiantes como socios) y se basan en nuestra visión de la naturaleza de las

relaciones en el departamento y, de hecho, en las relaciones fuera de la Facultad de Derecho, sobre todo en un entorno profesional. Hemos desarrollado el concepto de *ciudadanía departamental*, y el lenguaje de la ciudadanía se utiliza en las relaciones con los estudiantes, con la esperanza de que se sientan animados a participar en la vida del departamento, y ejerciten sus *derechos* y *responsabilidades* de una manera consistente con esta función. Una manifestación práctica de la ciudadanía es el "foro público" (*Town Hall Meeting*), en el que se presenta un informe y se consulta a los estudiantes sobre el funcionamiento del departamento, lo que permite el debate y que los estudiantes planteen sus inquietudes.

La confianza y el respeto: Nuestro objetivo es fomentar la confianza y el respeto con y entre el profesorado y los estudiantes. Entendiendo el último, e incluso el primero, como que los estudiantes adultos capaces se sentirán motivados a aprender para una variedad de razones, y que es probable que aprendan con éxito dándoles oportunidades razonables, incentivos razonables, información razonable y un apoyo razonable. El papel del profesorado es proporcionar un contexto en el que los estudiantes puedan beneficiarse de estas oportunidades.

La *colaboración como una "valor"*: Esperamos que los estudiantes colaboren intensamente durante sus estudios, y, a nivel de pregrado. La actitud hacia la experiencia de la colaboración es un asunto que tenemos en cuenta en las entrevistas de admisión[48]. El profesorado trata de facilitar una buena colaboración entre los estudiantes mediante el trabajo en equipo en un gran número de contextos en el plan de estudios: con el diseño de materiales, y la realización de actividades de aprendizaje presenciales. Tratamos de crear oportunidades de colaboración adecuada en la evaluación, con el fin de incentivar aún más. Así, por ejemplo, los estudiantes pueden tener la oportunidad de reflexionar sobre su experiencia de colaboración como parte de la evaluación de las *Habilidades Jurídicas* y las *Habilidades Jurídicas Avanzadas*. También se les proporciona, 48 horas antes de ser examinados, los supuestos sobre los que va a tratar de forma que puedan trabajarlo como ABP en su SLF. Ellos, por supuesto, no conocen las preguntas de exámenes, pero sí saben el tema. También hay presencia de profesores en rotación en la zona de ABP, además de las sesiones de enseñanza y aprendizaje en las que se trabaja con ABP.

Reflexión y aprendizaje: La YLS es una organización de aprendizaje. En la YLS es habitual, la reflexión crítica —individual y colectiva— sobre nuestros valores, principios, procesos y desempeño. Nuestro objetivo es identificar lo que hacemos bien, para comprender cómo y por qué lo hacemos bien, y para poder construir sobre esto. Del mismo modo, nuestro objetivo es identificar dónde podemos desarrollar y mejorar, reunir evidencias en relación con la forma en que podríamos hacerlo, y cuando sea posible, actuar para mejorar. El profesorado y los estudiantes discuten el cambio y el desarrollo en un espíritu de colaboración en el proyecto de llevar adelante la YLS.

Informalidad respetuosa: Intentamos fomentar una cultura de la *informalidad respetuosa* en la que todos los miembros de la comunidad de la YLS dan un reconocimiento y valor al aprendizaje, pero en el que se minimizan las relaciones jerárquicas innecesarias cuando sea posible.

Reconocemos que muchas facultades de Derecho adoptan y siguen algunos, sino todos, estos principios. También somos conscientes de la fortuna de tener instalaciones de enseñanza a medida, una facultad de Derecho relativamente nueva en los que no hay prácticas muy arraigadas e inflexibles y donde se ha reclutado todo el personal a sabiendas de que la norma es el compromiso con el ABP y con este enfoque filosófico general. También tenemos un alumnado muy capaz. Dicho esto, creemos que la atmósfera en la YLS es muy diferente a otras facultades de Derecho. Nuestro personal, estudiantes y visitantes captan todo esto.

Por lo tanto, ¿cómo funciona ABP en York? Todas las materias básicas se estudian a

través de este enfoque. Los problemas se han diseñado por el equipo docente y toman la forma de una petición de un cliente, un artículo de un periódico o de una tarea determinada. Cuando se da el problema el SLF debe seguir las "reglas" ABP. Por resumir y parafrasear, hay 10 "pasos" de ABP en YLS[49]. Son estos:

1. Lea y aclare el problema: El responsable (un estudiante designado por el grupo) lee en voz alta el supuesto y luego pregunta si los términos o palabras necesitan ser explicados o investigados.
2. Identifique las partes e intereses: El SLF identifica todas las partes relevantes en la situación descrita y cuáles son sus respectivos intereses.
3. Establezca la cronología de los acontecimientos: Se anota la secuencia de eventos del supuesto presentado para centrar el vínculo entre los hechos y Derecho y para garantizar que ningún acontecimiento significativo se omite.
4. Tormenta de ideas sobre las posibles cuestiones de "aprendizaje": El SLF examina en el sentido más amplio lo que el escenario podría abarcar y considera el Derecho de una manera no-compartimentalizada. Cualquier sugerencia se anota. Más tarde pueden ignorarse si se considera irrelevante[50]
5. Identifique los problemas y proporcione un nombre a cada problema (debe resumir la naturaleza del problema). Esto es parte del análisis inicial e incluso puede suponer un aspecto divertido, un descanso del análisis y algo en lo que los estudiantes disfrutan. Incluso a menudo se proponen nombres absurdos, y también un medio para recordar el problema cuando se discuten asuntos similares en el futuro[51].
6. Organice los temas: Volviendo al análisis de esta es la etapa, el SLF tiene que convertir las ideas surgidas en la actividad de lluvia de ideas en temas de investigación. Esto se puede hacer de varias maneras, y la tarea se hace más fácil en una *pizarra digital* donde los problemas detectados se pueden arrastrar físicamente en el tablero en temas de grupos con características comunes. El uso de un color para cada elemento temático también puede ser útil.
7. Defina los resultados de aprendizaje a partir de los temas: Una vez que los temas se han identificado y expresado con claridad, se deberían extraer los resultados del aprendizaje: uno para un tema o más de uno, en el caso de los temas se expresasen en términos generales. Lo normal es que haya 4 o 5 resultados. Los tutores están siempre presentes para asegurarse de que los resultados de aprendizaje esperados[52] en el plan de estudios sean identificados por el SLF y a través del métodos socrático, los estudiantes puedan ser guiados, si es necesario, a alcanzar los resultados deseados. En la práctica, cuando los grupos se encuentran más cómodos siguiendo el proceso ABP, la necesidad de un tutor llega a ser innecesaria.
8. Planifique, consensúe y realice la investigación: Al final de la sesión inicial de ABP todos los miembros del SLF deben documentar los resultados del aprendizaje y las tareas de investigación a realizar y en los 4-5 días antes de la siguiente sesión cada miembro debe llevar a cabo todas las investigaciones necesarias.
9. Comparta los resultados: Este es un proceso en dos etapas. Los miembros SLF informan sobre sus hallazgos de la investigación en la reunión intermedia, y luego de esos y cualquier otro hallazgo, lo trasladan en la reunión final del SLF, con sus bufetes y el tutor

designado. Estos informes están dirigidos por el coordinador de esa reunión y deben estructurarse de manera que todos los miembros del bufete puedan participar. Los estudiantes no saben de qué tarea van a ser llamados a informar y, por tanto, tienen que cubrir toda la investigación relevante, incluyendo las citas de las autoridades correspondientes.

10. Compruebe si se han alcanzado los resultados de aprendizaje: Los miembros del SLF, guiados por el tutor designado, tendrán que verificar cada resultado para asegurarse de que las 'respuestas' son apropiadas. Como se ha apuntado anteriormente, este no es un ejercicio de resolución de problemas (aunque las variantes del ABP pueden incluir un elemento de este en la Clínica YLS —véase en Extensiones del modelo) sino es un desafío para los estudiantes de identificar el conjunto de cuestiones jurídicas y los temas relacionados que se encuentran en los resultados del aprendizaje.

Normalmente, el tutor entrega un nuevo asunto a mitad de la reunión final en la que se resuelve el problema planteado (es decir, al final del ciclo de la semana y cuando el SLF ha informado sobre sus hallazgos), por lo que el proceso de ABP comienza de nuevo. Se incorpora una semana de reflexión en cada trimestre para proporcionar a los estudiantes un receso de los rigurosidad de la marcha de ABP y para darles la oportunidad de reunirse con sus *Socios Senior*[53] para discutir el progreso individual y el des su SLF. Un SLF puede estar trabajando, a la vez, en 2 o 3 asuntos.

En términos del entorno de aprendizaje hay otro tema que tiene que ser tenido en cuenta. El ABP es esencial para todo el aprendizaje a través tanto en las materias fundamentales como en las optativas. También se extiende hacia los cursos de postgrado. Aunque hay ocasiones en las que se llevarán a cabo sesiones de trabajo con grupos grandes —por ejemplo, hay sesiones plenarias una vez a la semana sobre las materias fundamentales para plantear cuestiones pertinentes a los temas tratados en el presente o pasada ciclo de ABP. Sin embargo, se evita que sean del tipo conferencias. Las sesiones plenarias (todavía a veces llamadas por los estudiantes "conferencias" o clases—¡los viejos hábitos tardan en morir!) son de estilo socrático y siempre están ligadas a lo que se está trabajando en el ABP. También pueden cubrir temas complementarios importantes que le proporcionan el contexto al estudio de los principios jurídicos pertinentes. Por ejemplo, si el ciclo correspondiente de ABP se ocupa de cuestiones del responsabilidad civil y penal tras un accidente de tráfico, la sesión plenaria podrá considerar que el concepto de "cultura de la compensación" es una base para una comprensión crítica del Derecho en la práctica.

Aunque las sesiones plenarias tratan de un tema específico, las sesiones de ABP no se limitan a una materia jurídica. En función de los resultados de aprendizaje esperados un escenario de trabajo puede llevar a una serie de consideraciones legales. En el ejemplo del accidente de tráfico proporcionado anteriormente, esto puede tratar sobre delitos y la relevancia de la negligencia y la intención en el Derecho penal. Puede que también se centre en la responsabilidad extracontractual y la valoración de los daños. También podría cubrir aspectos de Derecho público, las consideraciones de la UE, los costes y la financiación pública de los servicios jurídicos. El número y la variedad de resultados es una cuestión del diseño de plan de estudios, pero lo principal es esto: a los estudiantes se les pide que piensen cómo el Derecho se puede aplicar en una determinada situación y a las partes interesadas o implicadas; pero no sólo prestando atención a uno o más de los compartimentos jurídicos.

Para dar otra perspectiva, los estudiantes pasan alrededor de 10 horas a la semana de trabajo ABP asignado formalmente. Asisten a 5 horas de sesiones plenarias. Se espera de ellos individualmente y colectivamente que ocupen

el resto de su tiempo de manera informal en estudio autodirigido individual y colectivo. Además, tienen acceso a los profesores en cualquier momento en que sea conveniente para ambos.

c) Extensiones del modelo

Como se señaló anteriormente, la metodología de aprendizaje en YLS se centra en el ABP. Por lo tanto, es poco sorprendente observar que este método centrado en el estudiante y el estudio dirigido puede también impregnar otros aspectos no básicos del plan de estudios. En ningún lugar es esto más cierto que en la asignatura optativa de Clínica. Al igual que muchas facultades de Derecho, los estudiantes de la YLS pueden participar en el trabajo pro bono y en este caso se pueden también obtener créditos por ese trabajo[54]. Como hemos visto en este trabajo, se ha escrito mucho sobre los beneficios y los retos asociados con la educación jurídica clínica, y en particular, sobre los "beneficios" para todos los participantes[55]. Baste decir a los presentes efectos que el ABP añade una dimensión doctrinal crítica, abierta, interesante y valiosa al trabajo clínico. Todos los estudiantes de la clínica de YLS tienen que analizar el problema presentado por los clientes reales con "el ABP" antes de pasar a asesorar al cliente por escrito.

El aspecto "doctrinal" se refiere a la necesidad, en el proceso de ABP, de identificar los principios jurídicos que afectan a todas las partes en una situación dada. Esto va más allá de examinar los problemas que se centran solo el cliente o en una dimensión del Derecho.

La perspectiva "crítica" se vincula con esta visión general de situaciones que incorporan problemas: la necesidad de reconocer a todos aquellos que puedan verse afectados y reflexionar sobre el funcionamiento y el impacto del Derecho, incluyendo el papel de la política social y económica y la reforma legislativa.

El "interés", aunque se basa en gran parte en la reflexión personal y anecdótica, se refiere al tiempo empleado por los estudiantes para evolucionar desde una entrevista a un cliente real a redactar una carta de asesoramiento que es profesionalmente aceptable para su envío al cliente. Los estudiantes con experiencia en ABP parecen ser capaces de progresar más rápidamente y con mayor precisión en el asesoramiento de un caso que los estudiantes sin tal exposición al ABP. Es cierto que los grupos utilizados para la comparación son pequeños, en la Clínica YLS en 2010/11 (21 alumnos por grupo de clínica) y en 2011/12 (72 estudiantes que escogieron la Clínica optativa), el número de versiones de borradores de las cartas realizadas para cada cliente por los estudiantes que estaban familiarizados con ABP fue de alrededor de la mitad del número de las realizadas por los estudiantes en otras clínicas. En YLS los estudiantes rara vez realizan más de 2 o 3 intentos antes de que la carta está en condiciones de ser utilizada. En clínicas sin un marco ABP, según mi experiencia, el número de borradores es normalmente mucho más, aún teniendo en cuenta el nivel de estudios de los estudiantes[56].

El aspecto "valioso" de ABP y la clínica se encuentra en la visión de conjunto que tienen los estudiantes para llegar a ver el problema del cliente desde el punto de vista de todas las partes interesadas. Uno de los requisitos en el proceso de ABP de 10 etapas, expuesto anteriormente, es la necesidad de identificar a todos aquellos que tienen un interés en el resultado del caso y la de especificar de qué interés se trata. Por ejemplo, en una relativamente simple disputa de consumidores —por ejemplo sobre productos defectuosos— la potencial identificación del demandante y del demandado y de sus respectivos intereses centrarán el estudio de los estudiantes en las fortalezas y debilidades del caso para ambas partes y ayudará a los estudiantes a formular una teoría realista y sostenible del caso[57]. Yendo más allá de los intereses de las partes pueden aparecer otros intereses —por ejemplo, el papel de la autoridad local o de otras autoridades. O también las Normas y usos mercantiles, las de los juzgados o tribuna-

les o de un servicio relevante del Defensor del Pueblo. Los estudiantes no solo ven el Derecho y el marco jurídico sino que son capaces de apreciar problemas más amplios, por ejemplo, de los procesos de resolución de controversias, asuntos de política pública y el comercio o las cuestiones de responsabilidad profesional. Realmente es el Derecho en su contexto.

En la YLS, los estudiantes están acostumbrados a la ABP. En el momento en que llegan a la clínica trabajan los problemas con ABP como una cuestión de rutina. Esa es una de las muchas ventajas y el lujo admitido de seguir una metodología de aprendizaje integrado de esa índole.

F. ADOPTAR Y ADAPTAR EL MODELO

Después de haber tenido la suerte y el privilegio de asistir en la elaboración, ejecución y evaluación de los programas clínicos en todo el mundo y la observación de la discusión con los colegas que los experimentan, me gustaría concluir este trabajo con la siguiente pregunta: ¿es la clínica un modelo y una metodología de aprendizaje relevante y apropiada en sentido global? Además, ¿existen diferencias entre los sistemas de Derecho continental y anglosajón que afectan a la aplicación de la educación clínica? y si es así ¿cómo se manifiesta esto? Si bien, como se señaló anteriormente, es evidente que hay diferencias en la forma y el contenido y, en términos de la jurisprudencia de los dos sistemas jurídicos, nada de esto, presenta un obstáculo insuperable para la implantación de los programas clínicos. La experiencia en Europa del Este lo ilustra muy claramente con las clínicas establecidas desde hace tiempo que funcionan en muchas facultades que enseñan el modelo de Derecho continental. Para enfatizar la versatilidad y capacidad de adaptación de la metodología clínica, podemos encontrar ejemplos de iniciativas exitosas de educación jurídica clínica en países con tradiciones muy diferentes del "estándar" tanto del Derecho anglosajón como de Derecho continental (como en la República, culturalmente conservadora, islámica del Afganistán o la predominantemente budista e ideológicamente Comunista de Vietnam y en China, donde existen clínicas y, de hecho, se expanden)[58]. La educación jurídica clínica es un enfoque de aprendizaje. Yo diría que educativamente es la personificación de una buena práctica de la enseñanza —ni más, ni menos—. Por ello es importante en términos del aprendizaje de los estudiantes en cualquier jurisdicción, incluyendo los mundos del Derecho anglosajón y de Derecho continental.

11. CONCLUSIÓN

No quiero extenderme en la conclusión. Dado que tanto académica como profesional, nunca he entendido cómo el Derecho puede enseñarse, aprenderse o entenderse de otra manera sin hacer referencia a su funcionamiento y su contexto socio-político. No es necesario que uno sea solo un técnico para fabricar una máquina, recetar un medicamento o enseñar a una clase llena de alumnos cuáles son la reglas. Es un concepto muy diferente entender las consecuencias de hacerlo y las implicaciones de lo que trata. Lo mismo sucede con los abogados —en sus oficinas, en los tribunales o en un aula o en una clínica—. "Lidiar con la ciénaga", tal como había señalado Schön, proporciona una información inestimable sobre el mundo desordenado de la interacción humana. El aprendizaje basado en problemas en la educación general y en la clínica jurídica en particular, proporciona ese contexto. Aquí los estudiantes pueden experimentar, bregarse, incluso cometer errores. La supervisión profesional asegura no perjudicar al cliente. Todos pueden beneficiarse de la aplicación del Derecho en la práctica.

Tal como se describe en este trabajo los beneficios de la EJC son muchos. Adecuadamente supervisados y con los objetivos educativos claros, los principales beneficiarios son los estudiantes y los clientes, por no hablar de la

universidad o la facultad, los profesionales del Derecho y de la sociedad en general. La teoría y la experiencia sugieren que este modelo interactivo del aprendizaje es de gran importancia para cualquier jurisdicción e institución. Por supuesto que puede haber factores que deben tenerse en cuenta, por ejemplo, las consideraciones políticas, culturales, económicas o religiosas, sin embargo como un modelo de experiencia, la clínica puede adaptarse fácilmente para satisfacer cualquier exigencia concreta. Es la enseñanza y de aprendizaje de una manera que se involucra todo y es probable que continúe haciéndolo así en lo que en la actualidad es un contexto global.

Como resultará evidente a partir de lo que he dicho anteriormente, la enseñanza y el aprendizaje de los conceptos básicos —lo que uno de los críticos de este texto han descrito como la "arquitectura de la catedral"— se puede lograr de muchas maneras. Permitir a los estudiantes explorar estos fundamentos de una manera académica sólida y a la vez sencilla, en la que en vez de ser recipientes a rellenar se conviertan en participantes activos en el proceso de aprendizaje, es la esencia misma de la educación jurídica clínica. Tal vez sea más que un signo de reticencia (por razones comprensibles) a aceptar el cambio que las cautelas pedagógicas fundamentadas y argumentadas lo que ha dado lugar a una absorción lenta de la clínica en algunas jurisdicciones, especialmente en Europa occidental. Eso está por cambiar.

AGRADECIMIENTOS

Hay mucha gente a la que me gustaría y debo agradecer su influencia en mis planteamientos sobre la educación jurídica en general y las clínicas, en particular. Estoy muy agradecido a todos ellos, pero confío que perdonarán si me refiero, en esta ocasión a dos colegas que me han ayudado considerablemente en la comprensión del aprendizaje en el contexto del Derecho continental. Son la profesora Anne-Lise Sibony del Institut d'études juridiques européennes, Université de Liège y la Dr Katarzyna Gromek-Broc of the York Law School, University of York. Muchas gracias a ambas. Cualquier error en la interpretación de sus comentarios son, por supuesto, míos.

NOTAS

1. N. de T.: En este texto se ha traducido *Common Law* como Derecho anglosajón y *Civil Law* como Derecho continental.

2. Un programa integral de ABP puede encontrarse en un pequeño número de facultades de Derecho en todo el mundo entre los que destacan Maastricht en los Países Bajos y, más recientemente, en la Facultad de Derecho de York. Como veremos es más frecuente en la docencia de Medicina.

3. Schön, D., *Educating the Reflective Practitioner*, Jossey-Bass, 1987.

4. Hay muy pocos trabajos publicados que se centren en el valor que las clínicas pueden aportar al aprendizaje a través de la experiencia. Puede encontrarse una breve referencia en un estudio realizado a mediados de los años noventa en Grimes R. and Smith C., "Reviewing legal education – what do we want from our lawyers and how do we get it", XXVII – XXIX, *Delhi Law Review*, 2007, 1. Es inevitable, por lo tanto, señalar que las opiniones sobre la eficacia pedagógica de la clínica son en gran medida personales y anecdóticas. Dicho esto, la misma objeción puede hacerse sobre la valoración de la importancia pedagógica de lecciones o seminarios. Si un medio válido de evaluación es el rendimiento de los estudiantes a través de sus resultados académicos, entonces los estudiantes de la clínica se puede decir que obtienen altos niveles de desempeño. Esto quizás no es sorprendente dada la motivación mostrada por los estudiantes porque, en lo fundamental, los estudios clínicos les involucran de forma positiva y son proactivos en su diseño.

5. Véase el capítulo primero de Brayne, Duncan and Grimes (1998), ya citado.

6. Este pronóstico se basa en la experiencia de un número considerable y creciente de profesores de Derecho, tanto en el Reino Unido y otros países anglosajones, en particular Australia, Canadá, India, Sudáfrica, Reino Unido y los Estados Unidos. La importancia de un enfoque práctico para el aprendizaje del Derecho también se ha observado en una variedad de informes profesionales y gubernamentales (véase Arthurs (Canada) 1984, Pearce (Australia) 1987, MacCrate (EEUU) 1992, ACLEC (Reino Unido) 1994, The Law Society/ Council of Legal Education (Reino Unido) 1995 y Carnegie (EEUU), 2007. En el momento de escribir este artículo hay una revisión en curso de la formación jurídica en el Reino Unido, propiciada por los organismos reguladores de los abogados, tanto *barristers* como s*olicitors*, (la *Legal Education Training Review* (LETR)) que se espera que informe a mediados de 2013 y, a partir del contenido de los informes provisionales, es probable que se considere una aproximación más experimental. De acuerdo con una encuesta realizada por LawWorks más del 70% de las 100 facultades de Derecho del Reino Unido ofrecen a los estudiantes una experiencia clínica aunque, en la mayoría de los casos, no implica un reconocimiento de créditos – véase LawWorks, *Pro Bono law school survey*, The Law Society, 2011. En el ámbito del Derecho continental se está produciendo avances similares como destaca Jamin Ch., *La Cusine du Droit*, Lextenso, 2013.

7. Mientras escribía este texto, el LETR ha emitido su informe. Esto confirma las predicciones indicadas anteriormente y que el propio informe cita como the Legal Education and Training Review, *The future of legal services education and training regulation in England and Wales* (2013) y que se puede encontrar en: http://letr.org.uk/wp-content/uploads/LETR-Report.pd, consultado el 4 de agosto de 2013.

8. En el Reino Unido una persona que desea convertirse en abogado en ejercicio debe completar una licenciatura (normalmente en Derecho, a pesar de que puede realizarse un curso de adaptación para los no graduados en Derecho) y luego realizar un curso de formación en la profesión (1 año a tiempo completo) y las prácticas ya señaladas. En otros países, por ejemplo, en la Europa continental y los EE.UU., una persona puede ejercer libremente como abogado con la graduación en una facultad de Derecho y después aprobando el examen de abogacía correspondiente.

9. Para una discusión en detalle véase Spiegel M, *Theory and Practice in Legal Education: An Essay on Clinical. Legal Education*, UCLA Law Review 34, 1987, 577.

10. Véase Llewelyn K, *"Some Realism about Realism"*, 44 Harvard Law Review 1931, 1222.

11. Véase Peller G, *"The Metaphysics of American Law"*, 73 California Law Review, 1985, 1151.

12. Véase Scales A, *"The emergence of feminist jurisprudence": An essay*, 95 Yale Law Review, 1986, 1373.

13. Puede verse un relato sobre el funcionamiento de la clínica de Kent en Rees W. *Clinical Legal Education: An Analysis of the University of Kent Model*, 12 The Law Teacher, 1975, 125. Esta clínica, me complace informar, que ahora se encuentra sana y salva, y funcionando de nuevo después de una década de inactividad..

14. Véase Rees, ibid.

15. Una investigación inicial sobre la práctica clínica en las facultades de Derecho del Reino Unido puede verse en Grimes R, Klaff J, Smith C, *'Legal Skills and Clinical Legal Education - A survey of law school practice'*, The Law Teacher 30 (1), 1996, 44. La investigación más reciente puede encontrarse en la que ha realizado LawWorks (op. cit.). Una actualización de este investigación se ha planificado para llevarse a cabo en octubre de 2013.

16. Se puede contactar con CLEO a través del *International Journal of Clinical Legal Education* que tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Northumbria, Reino Unido. Véase: www.northumbria.ac.uk

17. El control de calidad y la evaluación se encuentran en todo el espectro educativo. ACLEC (sección 5, 19-23) reconoce esto como una característica importante del futuro de la educación jurídica. Para este fin también existe un marco legal en virtud de S70 de la ley para la educación complementaria y superior (*Further and Higher Education Act*) de 1992 (modificada).

18. La importancia de las habilidades se examina específicamente en ACLEC op. cit. (section 2, p.8), y *The Law Society/Council of Legal Education Announcement on Qualifying Law Degrees* 1995 (The Law Society/Council of Legal Education 1995). Para un examen en profundidad de las habilidades en la educación puede verse MacFarlane J, *'Look Before You Leap: Knowledge and Learning in Legal Skills Education'*, *Journal of Law and Society* 19, 1992, 293.

19. Véase ACLEC op. cit. (section 4, pág. 11) y *The Law Society/Council of Legal Education* op. cit. (págs. 2-3).

20. Nota del traductor: se refiere al grupo de las 24 universidades británicas líderes en investigación (http://www.russellgroup.ac.uk)

21. Nota del traductor: Las *red brick universities* son las que se crearon en las más importantes ciudades industrializadas del Reino Unido y, al principio, se utilizaba despectivamente esta terminología frente a las Universidades antiguas y tradicionales.

22. MacCrate op. cit. 1992. Arthurs, *"Law and Learning: Report to the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada by the Consultative Group on Research and Education in Law'*, Ottawa 1983. Pearce, *'Assessment for the Commonwealth Tertiary Education Commission'*, Canberra, 1987.

23. Véase Bloch F. S. (ed), *The Global Clinical Movement: Educating Lawyers for Social Justice*, OUP, 2010. (N.T.: Hay una reciente traducción al castellano, *El movimiento global de clínicas jurídicas. Formando Juristas en la Justicia social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

24. Pueden encontrar detalles más completos sobre las clínicas y otros programas ofrecidos en las facultades de Derecho de EEUU en *'Barron's Guide to Law Schools'*, 20th edition, 2013 (annual publication). Es un requisito para la acreditación por la American Bar Association que las facultades de Derecho en EEUU tengan un componente clínico.

25. Nota del traductor: Los programas de *Street Law* o de "Enseñanza del Derecho en la Calle" incluyen actividades de formación jurídica comunitaria o de alfabetización jurídica realizadas por los propios estudiantes. Los estudiantes se convierten en docentes, aprenden y preparan una materia (derechos humanos, derecho administrativo…) y se la explican a grupos sociales en los que se detecta esa demanda de formación: estudiantes de institutos, funcionarios, voluntarios de ONG…

26. La financiación "dura" y "blanda" se utiliza en este contexto para referirse a la interna (por ejemplo, la que proporciona la Universidad o la Facultad) y la externa (por ejemplo, otras instituciones, como el gobierno central o local, o fundaciones) respectivamente. Algunas de las implicaciones han sido examinadas por Tarr N, *'Current Issues in Clinical Legal Education'*, Howard Law Journal 37 (1),1993, 36-38.

27. La Clínica Jurídica en la Universidad de Chicago, por ejemplo, ha funcionado durante muchos años en un sótano (aunque palaciego en comparación con gran parte de los alojamientos de las clínicas en el Reino Unido), en marcado contraste con las instalaciones que ofrece para el resto de la Facultad de Derecho.

28. Una llamada a la necesidad de la investigación clínica puede verse en Hoffman P, *'Clinical Scholarship and Skills Training'*, Clinical Law Review 1 (1), 1994, 93.

29. Véase ACLEC (Abril 1996) op. cit. párrafos 3.2 y 3.5, y Apéndice F.

30. El origen del enfoque clínico en la enseñanza del Derecho a menudo se atribuye a Jerome Frank y, en particular a su artículo, *'Why not a clinical lawyer-school?'*, 81 University of Pennsylvania Law Review, vol. 81, 1933, 907-923; y la discusión en Ellmann S, Gunning I, Hertz R, *'Why not a clinical lawyer-journal?'*, Clinical Law Review 1, 1994.

31. Los debates contemporáneos del movimiento clínico de EE.UU. se centran en los objetivos, la forma y el contenido de los programas clínicos. También cuenta la aportación de recursos, la evaluación, la ética y las normas. Puede encontrarse una gran cantidad de artículos y ensayos sobre estos temas en *The Clinical Law Review*. Las suscripciones a la Revista se pueden hacer en: New York University School of Law, 249 Sullivan Street, New York 10012, USA.

32. Véase Tarr op. cit. (págs. 37-38). Los fondos *Title IX* eran ayudas federales que se hicieron efectivas en cumplimiento de la *Higher Education Act* 20 USC 1134 (U) 1988.

33. El auge de las clínicas generadoras de honorarios puede verse en Clinical Law Review (3), 677 and 685. En el Reino Unido la presión en las clínicas para que lleguen a auto-fianciarse en todo o en parte, bien puede provenir de la reestructuración de la asistencia jurídica gratuita. Un resumen de las implicaciones de esta evolución puede verse en Smith R, *'Essential Reading'*, Law Society Gazette 24/5/95, 16). Las observaciones de Smith han llegado a ser incluso más pertinentes desde la aplicación de los recortes a la financiación de la asistencia jurídica gratuita en el Reino Unido en abril de 2013. A partir de entonces los clientes están excluidos de la financiación pública en materia civil excepto en algunos casos.

34. Bloch op. cit., en concreto los capítulos 4 y 18.

35. Para una explicación completa del Tratado de Bolonia puede consultarse www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/ (consultado el 27 de julio de 2013).

36. Véase D.L. Carey Miller and R. Zimmermann, (eds)., *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays* [Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 20]. Duncker & Humblot, 1997.

37. Puede encontrarse una discusión sobre las diferencias de la enseñanza entre las tradiciones del Derecho anglosajón y el continental en un artículo anticuado pero aún pertinente: Kronstein H., *Reflections on the Case Method – in Teaching Civil Law*, Journal of Legal Education, 1950 (3), 265.

38. Para un estudio estudio de los posibles enfoques clínicos que se pueden aplicar a formas más convencionales de clases véase MacFarlane J, *An evaluation of the role and practice of clinical legal education with particular reference to undergraduate legal education in the UK*, PhD thesis, South Bank Polytechnic, 1988. Le Brun M. and Johnstone R. También exploran los métodos de enseñanza que promueven el aprendizaje del estudiante en *The Quiet (R)evolution*, The Law Book Co, 1994, capt. 6.

39. www.northumbria.ac.uk

40. En el lenguaje educativo actual "andragogía" es el término utilizado para describir la enseñanza de adultos y "pedagogía" a menudo se utiliza para la enseñanza en general. Ninguno de estos términos parecen ahora referirse a su significado original atribuible en la antigua Grecia a la enseñanza de los hombres adultos y el segundo a la enseñanza de los niños.

41. Véase Tarr op. cit., págs. 32-35.

42. Cruickshank D., *Problem-based learning in legal education*, in*Teaching lawyers' skills*, Maughan C. y Webb J., Butterworths, 1996, 187.

43. La diferencia entre la resolución de problemas en comparación con la investigación o el análisis de un problema se explora en Maudsley G., *Do we all mean the same thing by problem-based learning? A review of the concepts and formulation of the ground rules*, Academic Medicine, 74 (2), 178. Un enfoque sobre la resolución de problemas en un contexto médico se puede encontrar en una serie de artículos de Carrera L., Tellez T. and Ottavio A., en: www.bmj.com/rapd-response/2011/11/02/problem-solving-learning-versus-problem-based-learning (consultado el 2 Noviembre2012), pero estos artículo se centran en el aprendizaje en el contexto de la prestación de servicios sanitarios y en el cuidado del paciente, en lugar de en los ejercicios de simulación.

44. Esta parte del texto se basa, en parte, en el contenido de una presentación interactiva de Grimes R. and Fitzpatrick B., (2013) en el Congreso de la Global Alliance for Justice Education, Valencia, España, julio de 2011, con el título: *Social justice and curriculum development – the case for problem-based learning.*

45. Véase Norman G., *Assessment in problem-based learning*, in *The challenge of problem-based learning*, Boud D., y Feletti G., Kogan Page, 1997, 270.

46. Un Máster en teoría y práctica clínca comenzará en octubre de 2014.

47. A los estudiantes de postgrado en los programas actuales y previstos de máster se les asignará de manera similar a un SLF.

48. Todos los futuros estudiantes (es decir los que cumplen con los criterios académicos de admisión —se solicitan 'As' en todas las materias cursadas para la ingresan en la Facultad— y que deseen asistir) son entrevistados. Ningún estudiante es admitido en el programa sin ser entrevistado. Las entrevistas se realizan cara a cara, excepto para algunos estudiantes extranjeros que son entrevistados por teléfono o Skype. Esta enorme tarea involucra a todos los académicos, personal adjunto y más de 500 estudiantes al año.

49. La Guía de ABP en la YLS se refiere a 7 pasos, pero para hacer más claro el proceso a los no iniciados, los hemos ampliado a 10.

50. Esta etapa de intercambio de ideas es de suma importancia. En la actualidad se realiza como una actividad de grupo y se espera que el responsable anime a todos a participar. Como en todas las cosas "YLS" actualmente estamos revisando este proceso. Algunos han sugerido que el *brainstorming* de grupo puede excluir a ciertas líneas de pensamiento

que sean empujadas por las ideas del conjunto del grupo a través de presión indirecta de los compañeros a seguir las ideas de otros en lugar de buscar las propias, véase Sample J. *Nominal group technique: an alternative to brainstorming*, Journal of Extension, 22 (2), 1984, 21 and Pauhus P., Dzindolet M., Poletes G. And Camacho M., *Perception of performance in group brainstorming: the illusion of group productivity*, Pers Soc Psychol Bull, 19 (1), 1993, 78.

51. En la YLS las cuestiones doctrinales pueden revisarse posteriormen en el ABP y en las sesiones plenarias.

52. Un resultado de aprendizaje, tal como se utiliza en este contexto, significa el objetivo que a los estudiantes deben alcanzar después de la finalización de la tarea encomendada. Puede haber más de un resultado esperado en cada sesión.

53. Los profesores asignados a cada Despacho de Abogados de Estudiantes (*students law firm, SLF*).

54. *LawWorks Pro Bono law school survey*, The Law Society, 2011. En la YLS la asignatura optativa de Clínica tiene una carga de 20 creditos y se evalua con un portafolio de aprendizaje y un examen oral.

55. Grimes R. And Smith C., op. cit.

56. El número de borradores de cartas que realizan los estudiantes sin ABP es de alrededor de 4-6. ¡El record en mi clínica es de 11!

57. Véase la descripción y la justificación de la teoría de caso en Maughan C. and Webb J., *Lawyering and the legal process*, Cambridge University Press, Capítulo 10 2005, y en particular las páginas 368-376.

58. Bloch, op. cit., Capítulos 2, 3 y 6.

Fecha de recepción: 10/12/2013
Fecha de aceptación: 07/05/2014

EL MÁSTER EN ABOGACÍA Y LA FORMACIÓN DE LOS LETRADOS A RAÍZ DE LA LEY 34/2006, DE ACCESO A LA PROFESIÓN: REFLEXIONES Y PROPUESTAS

THE MASTER'S DEGREE IN LEGAL PRACTICE AND THE TRAINING OF BARRISTERS ACCORDING TO THE LAW 34/2006, ON ACCESS TO THE LEGAL PROFESSION: REFLECTIONS AND PROPOSALS

Rafael Verdera Server

Javier Palao Gil

RESUMEN

El sistema que debería utilizarse para regular el acceso de los licenciados en Derecho en España a las profesiones de abogado y procurador ha sido objeto de discusión durante décadas. Por fin, en el año 2006 una Ley determinó que dicho acceso se efectuase mediante un examen al que debería preceder la realización de un curso de formación específico, que se articuló con el formato de un máster en el caso de ser organizado por las universidades. El presente trabajo analiza dicho curso de formación, ahora conocido como Máster en Abogacía. Partiendo de una introducción sobre los modelos de abogacía y la formación de los letrados, muestra la pluralidad de normas por que se rige, así como su estructura y funciones, la diversidad apreciable entre el profesorado y también en el alumnado y, por último, las prácticas externas y el trabajo de fin de máster. El estudio acaba con una reflexión sobre el examen de acceso (de acuerdo con los términos en que se ha convocado) y su adecuación a los contenidos y dinámicas del máster.

PALABRAS CLAVE

Estudios de Máster, Acceso a la abogacía, Ejercicio de la abogacía, Formación de los abogados, Examen de acceso

ABSTRACT

The system established to regulate the access of Law graduates to the professions of barrister and solicitor has been discussed in Spain for decades. Finally, in 2006 a law determined that such access should be done taking an exam, which should be preceded by a specific training course, designed as a master organized by the universities. This paper analyzes this training course, also known as "Master en Abogacía" (Master's degree in Legal Practice). It begins with an introduction to the models of legal profession and training of lawyers, and also shows its complex legal framework, its structure and functions, the noticeable diversity among the staff and the students also, and finally the Internship and a Master's dissertation. The paper ends with a reflection on the access exam and its adjustment to the Master's content and dynamics.

KEYWORDS

Master's degree, Access to legal profession, Practice of legal profession, Practice of legal profession, Lawyers' training, Access exam

EL MÁSTER EN ABOGACÍA Y LA FORMACIÓN DE LOS LETRADOS A RAÍZ DE LA LEY 34/2006, DE ACCESO A LA PROFESIÓN: REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Rafael Verdera Server
Director del Máster en Abogacía
Universitat de València

Javier Palao Gil
Vicedecano de Posgrado de la Facultat de Dret
Universitat de València

Sumario: 1. Los modelos de Abogacía y los procedimientos de formación del Abogado. 2. La pluralidad normativa: el tejer y destejer de un proceso complejo. 3. Las funciones del Máster en Abogacía, o quien mucho abarca, poco aprieta. 4. La estructura de un Máster en Abogacía: los condicionantes para su diseño. 5. La heterogeneidad de los docentes: profesores y abogados, o tanto monta… 6. La heterogeneidad de los discentes: cómo impartir un Máster a quien no desea seguirlo. 7. Las prácticas externas en el Máster en Abogacía, o cuando la realidad estropea un buen titular. 8. ¿Tiene sentido un trabajo final en un Máster profesionalizante? La guinda o la puntilla. 9. La evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado: algo más que un examen.

1. LOS MODELOS DE ABOGACÍA Y LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL ABOGADO

1. Antes de entrar en el análisis de las características y de los elementos que configuran el título oficial de Máster Universitario en Abogacía, creemos conveniente proporcionar algunos datos sobre el relieve que la profesión de abogado tiene en nuestro país. Salvo entre los propios profesionales, no es usual reparar en esa importancia que un simple vistazo a tales datos pone de manifiesto. Así, hasta 2008 el número de abogados ejercientes en nuestro país era de 120.000, a los que había que sumar otros 40.000 no ejercientes. Sumados unos con otros, suponían el 0,85% de la población ocupada de España, con una tasa de 2,7 abogados por cada 1.000 habitantes; es decir, 1 por cada 380. Además, la actividad de los letrados daba empleo a otras 160.000 personas. Todo ello, en más de 90.000 despachos profesionales, de los que 2.300 —el 2,5%— tienen forma societaria, si bien facturan más del 15% del total. Las rentas asociadas a la actividad de la abogacía eran de 6.000 millones de euros, lo que suponía un 0,65% del PIB.

Si atendemos a los datos demográficos, lo primero que hay que señalar es que, frente a la creencia común de que la mayoría de los titulados en Derecho se gradúa y ejerce la profesión, en realidad sólo un 45% de ellos se incorporan como colegiados en los distintos Colegios de Abogados al concluir sus estudios. Del total, el 84% lo hace como ejerciente y el 16% como no ejerciente. Es decir, del total de titulados en Derecho, hasta fechas recientes sólo unos 5.000 iniciaban el ejercicio profesional como abogados, lo que supone un 37% del total de licenciados. Lo que es menos sabido es que, de los que se incorporan, aproximadamente el 40% abandona el ejercicio en los cinco años siguientes a la colegiación —la cifra supera el 50% a los 10 años—[1].

La entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, y de su vertiente formativa —el Máster en Abogacía—, ya ha producido una primera alteración profunda en estos datos. Y es que entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2013, el censo de abogados aumentó en 26.000 —casi la mitad, en el mes de octubre—, de los que 20.500 se inscribieron como no ejercientes. Quede como anécdota —o no, a lo mejor— que más de 6.000 engrosaron las filas del Colegio de Abogados de Lucena (Córdoba), que hasta entonces sólo tenía 183 miembros. Miles de licenciados en Derecho que no trabajaban como letrados decidieron asegurarse de que el nuevo modelo de acceso a la profesión no les sería de aplicación nunca; y una cuarta parte optó por inscribirse en el Colegio que ofrecía las cuotas de colegiación más baratas del país.

2. El mundo profesional de los abogados es diverso, y éste es uno de los principales problemas a los que se enfrenta cualquier Máster en Abogacía. No existe un único modelo de ejercicio profesional: desde el trabajo en grandes despachos, fuertemente especializado, hasta el ejercicio en solitario, de carácter muy general, pasando por las denominadas "boutiques" jurídicas o el asesoramiento interno o externo a empresas e instituciones, que a menudo comporta una labor de asesoría, análisis, dictamen y redacción de documentos, no coincidente con la tradicionalmente estimada como más propia de comparecer ante los tribunales —la litigiosa—[2]. Incluso la existencia de internet y la capacidad que otorga a los despachos de prestar servicios jurídicos online supone otro de los cambios importantes. La estandarización de los servicios que no requieran del contacto personal con el abogado permitirá ofrecerlos virtualmente, suprimiendo las barreras de entrada de nuevos competidores, profesionales no necesariamente vinculados al sector jurídico.

3. Pero no se trata sólo de la diversidad de formas de ejercicio y de organización, sino que hay algo más: el propio modelo de Abogacía se encuentra en una fase de transición. Hasta hace relativamente pocos años, asistíamos a un ejercicio casi artesanal de la profesión, con una

peculiar relación con el cliente y la observancia de unas formas que provenían en lo esencial del siglo XIX. Todo ello se encuentra en la actualidad sometido a revisión y por esa razón resulta tan complejo proporcionar a través de un máster unos elementos que permitan dar una respuesta satisfactoria a unas situaciones tan diversas y en proceso de transformación. En otras palabras: algunas de las tensiones y de las contradicciones que acechan a los másteres en Abogacía no son sino el reflejo de las que afectan al propio ejercicio de la Abogacía.

4. Una clara constatación de lo expuesto se aprecia en el contenido del Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales, cuya última redacción de 20 de diciembre de 2013 establece expresamente la compatibilidad del ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y de procurador excepto para aquellas funciones para las que este último ostente la condición de agente de la autoridad.

La reforma propuesta por el Ministerio de Economía ha recibido amplias críticas desde el mundo del Derecho, incluyendo sendos informes contrarios del Ministerio de Justicia, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado —este último, con un dictamen que incluye algunas observaciones esenciales que obligarán a variar el texto definitivo—. En el fondo, puede verse aquí una pugna entre paradigmas dominantes —el económico y el jurídico— que responden a razones muy diferentes y que, al menos en nuestro país, no dialogan entre sí sino es mediante el intercambio de leyes e informes. En cualquier caso, parece evidente que, de aprobarse esta redacción, será necesaria una revisión en profundidad de todos los másteres en Abogacía y en Procura, para permitir dar respuesta adecuada a la compatibilidad en el ejercicio simultáneo por la misma persona de las profesiones de abogado y de procurador.

Y, yendo más allá, a lo que apunta el Anteproyecto es, como antes señalábamos, a la entrada en el mercado jurídico de operadores distintos con una formación diferente de la usual. Los profesores de la Universidad vemos cómo los economistas hace tiempo que explican derecho tributario, laboral o mercantil en sus aulas, o los politólogos hacen lo propio con el derecho público —constitucional o administrativo—. De ahí han pasado a elaborar dictámenes sobre cuestiones que hasta hace unos años parecían reservadas a abogados veteranos y prestigiosos. Materias como el marketing jurídico o la innovación en la gestión, de gran actualidad, habrán de obligar a diversificar la formación de los letrados y acostumbrarlos a trabajar en equipo con otros profesionales. La crisis de la intermediación —uno de los ámbitos usuales de actividad del abogado individual— en una era en que internet se configura como el gran prestador de servicios en el futuro impulsará transformaciones profundas en un mundo —el jurídico— acostumbrado hasta ahora al inmovilismo y a la inercia. También el Máster en Abogacía, diseñado a priori como la principal herramienta de formación de los letrados previa al ejercicio profesional, debería ofrecer al menos algunas pistas sobre las cuestiones que acabamos de apuntar. ¿Lo hace, en la práctica, de una manera efectiva? Las páginas que vienen a continuación tratan de dar respuesta a éste y a otros interrogantes, que son los que constituyen el eje y el guión del presente trabajo.

2. LA PLURALIDAD NORMATIVA: EL TEJER Y DESTEJER DE UN PROCESO COMPLEJO

1. En el Máster en Abogacía confluyen dos líneas diferentes, y cada una de ellas tiene su propia regulación. Por un lado, encontramos el acceso reglamentado a la profesión de Abogado, que se enmarca en un escenario más amplio de reforma de la justicia y que ha sufrido profundos cambios en los últimos años —todavía continúan—. Por otro, el establecimiento de un nuevo sistema de organización de los

estudios universitarios —el llamado "proceso de Bolonia"—. Ambos tienen su origen a fines del siglo pasado y acaban convergiendo a mediados de la primera década del actual. No nos vamos a ocupar en profundidad de las circunstancias de esa convergencia, pero sí queremos poner de manifiesto que hay una cierta dosis de casualidad en ello —el mecanismo de acceso pudo haberse resuelto de muy diversas maneras— y que la elección del formato de Máster como requisito formativo previo a la prueba de acceso ha determinado una cierta alteración formal y material del esquema con el que se concibieron esta clase de títulos; de algunas de las consecuencias de ello sí trataremos a lo largo de este trabajo. Veamos ahora los marcos normativos de ambos procesos.

2. El acceso reglado a la profesión de abogado comienza a plantearse en el Libro Blanco de la Justicia aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997. Tras el Libro Blanco, también el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 2001-dispuso que se aprobara un nuevo Estatuto de la Abogacía y que se establecieran "fórmulas homologables con los países miembros de la Unión Europea para garantizar la preparación en el ejercicio de la profesión" (punto 20). El siguiente paso lo constituye la promulgación de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, que se demoró a causa del cambio de gobierno en 2004 y el alargamiento de las negociaciones entre el Ministerio de Justicia, los Consejos Generales de Abogados y Procuradores, y las Universidades españolas. La Ley regula las condiciones de obtención del título profesional de abogado tras conseguir la aptitud o capacitación necesaria. Dicha aptitud se alcanzaría mediante la participación en cursos de formación que, organizados por las Universidades o las Escuelas de Práctica Jurídica de los colegios profesionales, prepararían a los estudiantes para la evaluación que ha de acreditar la capacitación. La norma se refiere a "cursos de formación"; aún no usa el término "Máster", que sin embargo ya se recogía en el Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, promulgado casi dos años antes. Ello demuestra que la clase y contenidos de dichos cursos no eran materia pacífica… La Ley daba, como es sabido, una *vacatio legis* de 5 años, tiempo suficiente en principio para ejecutar el desarrollo reglamentario previsto en la disposición final segunda. Pero fue preciso agotarlo prácticamente para que se promulgase el Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley. Entre medias, queda un amplio debate —un tira y afloja— acerca del contenido y la responsabilidad sobre los "cursos de formación". El Reglamento ya se refiere abiertamente al Máster como proceso formativo y título válido para optar a la evaluación prevista por la Ley —que también se concreta— cuando las Universidades intervienen en la impartición de los cursos.

Los cambios posteriores del marco normativo no han hecho sino confirmar la falta de planificación de nuestros gobiernos a la hora de regular todo el procedimiento, incluidos el propio título y la prueba o evaluación. Así, la disp. final 4ª de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, modificó las disp. adicionales 8ª y 9ª, el apartado 3 de la disp. transitoria y el art. 2.3 de la Ley de Acceso; en esencia, se buscaba con ella conceder una moratoria en la aplicación de la norma a los estudiantes de Derecho que aún no se habían licenciado, pero al precio de consagrar una desconcertante transitoriedad en la vigencia de los criterios legales.

Los últimos peldaños de esta peculiar escalera de Jacob son recientes: como se desarrolla en el apartado 9 de este trabajo, el Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo, ha modificado el Reglamento de la Ley en el sentido de variar el formato de la evaluación e introducir una nueva ponderación entre la calificación obtenida en el máster y en la evaluación final. Y sólo una semana después, la Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo, ha dispuesto la convocatoria de la prueba de evaluación de la aptitud profesional —el llamado examen de acceso— para el año

2014, con ¡al fin! los criterios de evaluación y el programa de materias para el ejercicio.

3. En cuanto a los estudios universitarios, el proceso de convergencia europea comenzó con la llamada "Declaración de Bolonia" y la creación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), que había de modificar profundamente los planes de estudios creados a raíz de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria y del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, en el que se establecieron las directrices generales comunes aplicables a todos los planes de estudios conducentes a los títulos universitarios de carácter oficial. La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), inició el proceso de adaptación. Pero habría que esperar al Real Decreto 55/2005, de 21 de enero, por el que se establece la estructura de las enseñanzas universitarias y se regulan los estudios universitarios oficiales de Grado, y, sobre todo, al Real Decreto 56/2005, de la misma fecha, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de Posgrado, para encontrar el primer elemento tangible de la reforma en cuanto a nuestra materia. En el RD 55/2005 ya se establece —de forma escueta— que la superación del segundo ciclo de los estudios universitarios dará derecho a la obtención del título de Máster. En el RD 56/2005 se dedican los arts. 8 y 9 a regular dichos estudios, y en el art. 8.3 se prevén los llamados Másteres profesionalizantes.

Este primer procedimiento experimentó poco después una profunda reforma, cuando la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, modificó la LOU y dio una nueva redacción a sus artículos 34 a 38. Su fruto fue el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, y que en nuestro caso conforma el marco normativo básico y general. La finalidad principal de este Real Decreto no es tanto la de delimitar los contenidos de las diversas enseñanzas —lo hace de modo somero en los arts. 8 a 11—, sino la de establecer un procedimiento de verificación y acreditación de los títulos (arts. 24 y ss.). Dado su carácter general, no suministra ningún criterio acerca de cuál deba ser el contenido concreto de las enseñanzas jurídicas, sean de Grado o de Máster; no puede ocuparse de todas y cada una de las disciplinas que conforman el sistema universitario, pero ello supone la falta de referentes adecuados para el diseño de los respectivos títulos. No obstante, viene a definir con más detalle los Másteres profesionalizantes en su art. 15.4:

> "Cuando se trate de títulos que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España, el Gobierno establecerá las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios, que además deberán ajustarse, en su caso, a la normativa europea aplicable. Estos planes de estudios deberán, en todo caso, diseñarse de forma que permitan obtener las competencias necesarias para ejercer esa profesión. A tales efectos la Universidad justificará la adecuación del plan de estudios a dichas condiciones".

Las bases para encajar con los cursos de formación previstos por la Ley de Acceso ya estaban puestas, aunque habría que esperar varios años para la conformación definitiva.

Un mayor nivel de concreción —aunque sin especificar por titulaciones—aparece en el Real Decreto 1027/2011, de 15 de julio, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para la Educación Superior (MECES). Este Real Decreto diferencia, en la línea del RD 1393/2007, y en un plano muy general, entre el nivel de Grado y el nivel de Máster, en el que se incluyen aquellas cualificaciones que tienen como finalidad la adquisición por el estudiante de una formación avanzada, de carácter especializado o multidisciplinar, orientada a la especialización académica o profesional, o bien a promover la iniciación en tareas investigadoras. No obstante, una parte de los resultados de aprendizaje que se contienen en él (art. 7.2) resultan incompatibles o difícilmente incluibles en un máster atípico como el de Abogacía.

Como resultado del Real Decreto 1393/2007, se produjo un intenso proceso

de redacción y verificación de títulos oficiales dentro de los tres ciclos de los estudios universitarios. Entre ellos encontramos los primeros másteres universitarios —oficiales— en Abogacía, como el de la Universitat de València, pero aún sin el carácter profesionalizante que le otorgará el Reglamento de 2011. Este Real Decreto, a su vez, ha sido modificado por los Reales Decretos 861/2010, de 2 de julio; 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de Doctorado; 534/2013, de 12 de julio; y 96/2014, de 14 de febrero.

A este maremágnum reglamentista debemos añadir: algunas normas que regulan aspectos concretos o especiales por razón de la materia, como el Real Decreto 1002/2010, de 5 de agosto, (la expedición de títulos universitarios oficiales —entre ellos, los de máster—) o el Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre (las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios), anulado para más inri por la Sentencia de 21 de mayo de 2013, del Tribunal Supremo; las regulaciones autonómicas, que inciden en cuestiones tan sensibles como las tasas, o la verificación de los títulos en aquellos casos en que disponen de agencias de calidad propias; y las de las mismas Universidades, que tienen sus propios reglamentos y disposiciones sobre los estudios de posgrado. Por último, los planes de estudios concretos y los convenios que se han de firmar entre las Universidades y los colegios profesionales a la luz del art. 5 del Reglamento introducen también sus reglas, que son igualmente vinculantes.

Hay otros elementos que, sin tener rango de ley, también han actuado con fuerza normativa, en la práctica, a la hora de confeccionar los planes de estudios de la titulación. Por ejemplo, el documento "Orientaciones para la elaboración de las memorias de verificación de los títulos de Máster vinculados al acceso a las profesiones de abogado y procurador", elaborado por la Red Española de Agencias de Calidad Universitaria (REACU), de 27 de diciembre de 2011, estableció una serie de criterios que han afectado a la estructura y constreñido de forma notable los contenidos del título. La tarea posterior de los informes de evaluación de la ANECA —a veces muy tajantes, y más con las Universidades públicas, como se ha visto a posteriori— ha acabado dibujando sus líneas y contornos finales, que pocas veces han coincidido con los propósitos formativos de las comisiones elaboradoras de los planes de estudios.

4. De este modo, la pluralidad normativa a la que nos estamos refiriendo constituye el primer problema al que se enfrenta la gestión de un Máster en Abogacía. Basta reparar en que la toma de cualquier decisión debe tener en cuenta la regulación estatal, sea legal, sea reglamentaria; la universitaria; el contenido del convenio firmado con el correspondiente Colegio de Abogados; y la memoria de verificación del título. Y son normas sujetas a frecuentes modificaciones y retoques…

Es verdad que no resulta fácil afrontar reformas de este calado, que afectan por un lado a todos los estudios universitarios de un modo global, y por otro al acceso a una de las profesiones liberales más prestigiosas y solicitadas. Pero lo que no parece razonable es que se sucedan las modificaciones y los parches y se tenga permanentemente la sensación de la provisionalidad de los esfuerzos. No se ha valorado suficientemente el coste que supone cada línea de BOE en relación con la gestión universitaria: las horas que cada modificación implica deberían hacer reflexionar a quienes alegremente introducen cualquier tipo de cambio, sin ser consciente de sus externalidades. Pero parece que no escarmentamos: mientras Universidades y Colegios profesionales —más las primeras que los segundos, todo hay que decirlo— se afanan por implantar y consolidar sus másteres en Abogacía, ya se anuncian cambios en el panorama jurídico, económico y docente que habrán de condenar a este título a una inestabilidad permanente. El anteproyecto de ley de servicios y colegios profesionales y la equiparación que introduce entre abogados y procuradores; la reforma de la justicia gra-

tuita y su repercusión sobre el acceso al Turno de Oficio; la implantación del nuevo Estatuto General de la Abogacía española; o la permanente amenaza de reformar la estructura global de los estudios universitarios, sustituyendo el actual modelo 4+1 (cuatro años de grado y uno de máster) por el de 3+2, son, todas ellas, líneas de falla del actual sistema de acceso a la profesión de abogado que pueden conducir en el futuro a su modificación y, en consecuencia, a la revisión de todos los planes de estudios actualmente vigentes.

3. LAS FUNCIONES DEL MÁSTER EN ABOGACÍA, O QUIEN MUCHO ABARCA, POCO APRIETA

1. La Ley 34/2006 supedita el acceso a la profesión de Abogado a la acreditación de una capacitación profesional mediante la superación de la correspondiente formación especializada y la evaluación regulada por dicha Ley. En la medida que esa formación se articula a través de los Másteres en Abogacía, actualmente, dicho título cumple una pluralidad de funciones:

a) Por un lado, en tanto que Máster, debe proporcionar a quienes lo cursan una formación avanzada, orientada a la especialización profesional, conforme a las exigencias del Real Decreto 1393/2007.

b) Y, por otro lado, en tanto que elemento tomado en consideración por la Ley 34/2006, debe cumplir las exigencias legales (y reglamentarias) en cuanto al contenido y orientación de la formación que se imparte; y preparar para la superación de la evaluación exigida por la Ley.

Las funciones descritas pueden (y deben) coincidir si un Máster en Abogacía se diseña adecuadamente. No obstante, es importante subrayar que pueden no coincidir. Cabe imaginar un Máster que se dedique fundamentalmente no a suministrar a quienes lo cursen una formación avanzada, sino a facilitarles la superación de la evaluación (esto es, un curso de preparación del llamado examen de acceso). O a la inversa, cabe imaginar unos cursos que proporcionen a sus estudiantes una magnífica formación profesional, de calidad y versatilidad, pero que no cumpla las exigencias legales y reglamentarias, o que descuide absolutamente la superación de la evaluación. Y, una vez afirmada la (indeseable) escindibilidad de las funciones que acompañan a un Máster en Abogacía, la cuestión que debemos plantearnos es cuál de ellas valorarán más intensamente quienes vayan a matricularse en este tipo de Máster.

2. Un elemento indispensable en la configuración de los Másteres en Abogacía conforme a la Ley 34/2006 se encuentra en la colaboración institucional entre las Universidades y los Colegios de Abogados (art. 5 del Reglamento). Los convenios exigidos por la Ley no constituyen un juego de suma cero, sino que proporcionan un cauce institucional para que la colaboración sea incluso más intensa que lo que deriva de las propias exigencias de la Ley.

La colaboración con los Colegios de Abogados permite también plantear la relación de los Másteres en Abogacía con las Escuelas de Práctica Jurídica, que han desempeñado un importantísimo papel en la formación profesional de los licenciados en Derecho que se incorporaban a la Abogacía. La Ley 34/2006 permite que esas Escuelas puedan seguir desempeñando un papel similar, pero es sabido que, por diversas razones, muchas de ellas han preferido optar por acentuar la colaboración con la Universidad a través del Máster en Abogacía.

Naturalmente, las Escuelas de Práctica Jurídica seguirán cumpliendo una importante función en el ámbito de la formación profesional continua y especializada, pero hay algo más que debe subrayarse. Sería, a nuestro juicio, imperdonable que todo el "know how" de las Escuelas de Práctica Jurídica no se incorporara en la medida de lo posible a los Másteres en

Abogacía. Éstos deben intentar enriquecer sus contenidos y sus metodologías con los diversos elementos que componen las Escuelas de Práctica Jurídica. Por lo general, acumulan una experiencia muy superior a la de los Másteres y ello les ha permitido una depuración más intensa de materias, métodos y docentes. En el fondo, todo ello ha de redundar en la mejora de la calidad en el acceso a la Abogacía.

Lo anterior no debe significar, en modo alguno, que pueda confundirse un Máster en Abogacía con una Escuela de Práctica Jurídica. Al tratarse de un Máster Universitario, se encuentra sometido a una serie de exigencias y procedimientos que no concurren en las Escuelas: piénsese, por poner un par de ejemplos, en los procedimientos universitarios de evaluación (plazos, convocatorias, calificaciones, etc.) o en la imprescindible conexión del Máster con el examen de acceso a la Abogacía. Se deben tomar de las Escuelas de Práctica Jurídica aquellos aspectos que contribuyan a propiciar una formación avanzada en el ámbito profesional de la Abogacía, pero sin olvidar nunca que esa formación se articula a través de un Máster universitario con las ventajas y los inconvenientes que ello supone[3].

3. Del mismo modo que es necesario destacar las diferencias entre el Máster en Abogacía y la Escuela de Práctica Jurídica, es imprescindible rechazar cualquier asimilación del Máster a un quinto curso de Grado[4]. Ciertamente, la comparación con los cinco cursos de la Licenciatura y la necesidad de que los graduados cursen el Máster para el acceso a la profesión de Abogado, pueden hacer que lo concibamos como una continuación de los estudios de Grado. Sin embargo, las características del Máster en Abogacía difieren sustancialmente de dichos estudios y, por ello, deben enfocarse de un modo radicalmente diferente, sobre todo en lo que se refiere a la metodología a seguir y las competencias a desarrollar.

Igualmente, es absurdo que se pueda concebir un Máster en Abogacía como un apretado (e imposible) resumen de los conceptos, técnicas y categorías jurídicas abordados durante los cuatro años de Grado. Sin perjuicio de que la docencia en el Máster pueda servir de necesaria actualización de cuestiones afectadas por reformas recientes, su función es bien distinta: basta con reparar en la diferencia que existe entre estudios de Derecho y ejercicio de la Abogacía. El Máster no sirve para colmar las lagunas que surgieron a lo largo de los estudios de Grado en Derecho.

4. La principal característica en la metodología del Máster en Abogacía se encuentra vinculada a su función básica: capacitar para el adecuado ejercicio de la profesión de Abogado. Para ello, la metodología ha de intentar fundamentalmente situar al estudiante ante los problemas reales con los que se encontrará diariamente en el ejercicio de su profesión. Y además se pretende que el enfoque con el que se aborde la resolución de esos problemas reproduzca los criterios con los que actuará en su ejercicio profesional. Se huye por tanto de esquemas metodológicos tradicionales de la enseñanza de Grado, potenciando la actuación del estudiante en un contexto lo más real posible. Por esta razón, resulta crucial la participación activa de los estudiantes en las discusiones, debates o simulaciones que se lleven a cabo a lo largo de las sesiones presenciales. Del mismo modo, la redacción de escritos, contratos o documentos procesales, sobre la base de situaciones reales, para su análisis en público constituye otra pieza esencial. Como puede imaginarse, teniendo en cuenta la metodología empleada, el aprovechamiento por parte de los estudiantes sólo puede conseguirse mediante un adecuado *feedback* o retorno de información, a través de valoraciones globales o individualizadas de las aportaciones efectuadas, y una argumentación relativa a las formas de mejorar las decisiones adoptadas.

Es también evidente que buena parte de estos elementos no pueden proyectar su eficacia al llamado examen de acceso, dada su configuración derivada de la Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo. Pero entendemos que el contenido y la forma del examen de acceso

no pueden convertir el Máster en un curso de mera preparación para su superación: sin perder de vista esas exigencias, el Máster debe metodológicamente insistir en la formación como profesional de la Abogacía, y para ello son indispensables los elementos anteriormente descritos.

5. Un aspecto que está llamado a cobrar una extraordinaria importancia en los próximos años es el de la coordinación del Máster en Abogacía con otros Másteres. En algunas Universidades, fundamentalmente privadas, ya se plantea la posibilidad de cursar simultáneamente una doble titulación de Máster: de este modo, en un plazo aproximado de dos años, el graduado obtendrá la titulación necesaria para presentarse al denominado examen de acceso, con un carácter generalista, y una titulación más especializada en algún concreto sector (por ejemplo, laboral, penal o tributario).

Las ventajas de este planteamiento son indudables. Por un lado, permiten a los estudiantes maximizar sus esfuerzos, y obtener una titulación más acorde con sus necesidades: en las circunstancias actuales es difícil escapar a la obligación de cursar el Máster en Abogacía pero, tratándose de graduados que no pueden colegiarse ni ejercer como abogados, es perfectamente posible que estén dispuestos a dedicar un mayor esfuerzo a sus estudios para completar su formación en un período en el que no pueden actuar profesionalmente.

Para propiciar este resultado, que en nuestra opinión constituye un elemento de gran interés, cabe pensar en dos fórmulas. Por un lado, se pueden establecer entre los diversos Másteres pasarelas o mecanismos de reconocimiento automático de los créditos ya cursados. Y, por otro, se pueden diseñar desde un principio con ese carácter combinado, de modo que institucionalmente esté ya prevista esa doble titulación. Esta última opción, aun siendo más compleja, se revela a nuestro juicio como preferible.

4. LA ESTRUCTURA DE UN MÁSTER EN ABOGACÍA: LOS CONDICIONANTES PARA SU DISEÑO

1. Como es sabido, las enseñanzas de Máster "tienen como finalidad la adquisición por el estudiante de una formación avanzada, de carácter especializado o multidisciplinar, orientada a la especialización académica o profesional, o bien a promover la iniciación en tareas investigadoras" (art. 10.1 del Real Decreto 1393/2007). Es evidente que un Máster en Abogacía debe centrarse en una formación avanzada orientada a la especialización profesional. Ahora bien, la cuestión inmediata es la de determinar las materias sobre las que fundamentar un Máster de estas características.

¿Cuáles son las exigencias que contiene el Reglamento de la Ley 34/2006 respecto a la configuración del Máster en Abogacía? Conforme al planteamiento del Reglamento, esas exigencias se presentan como "competencias profesionales" y la formación especializada (sea universitaria, sea colegial) debe proporcionar, al menos, las siguientes (art. 10):

> "Poseer, comprender y desarrollar habilidades que posibiliten aplicar los conocimientos académicos especializados adquiridos en el grado a la realidad cambiante a la que se enfrentan los abogados para evitar situaciones de lesión, riesgo o conflicto en relación a los intereses encomendados o su ejercicio profesional ante tribunales o autoridades públicas y en las funciones de asesoramiento.
> Conocer las técnicas dirigidas a la averiguación y establecimiento de los hechos en los distintos tipos de procedimiento, especialmente la producción de documentos, los interrogatorios y las pruebas periciales.
> Conocer y ser capaz de integrar la defensa de los derechos de los clientes en el marco de los sistemas de tutela jurisdiccionales nacionales e internacionales.
> Conocer las diferentes técnicas de composición de intereses y saber encontrar soluciones a problemas mediante métodos alternativos a la vía jurisdiccional.
> Conocer y saber aplicar los derechos y deberes deontológicos profesionales en las relaciones del

abogado con el cliente, las otras partes, el tribunal o autoridad pública y entre abogados.
Conocer y evaluar las distintas responsabilidades vinculadas al ejercicio de la actividad profesional, incluyendo el funcionamiento básico de la asistencia jurídica gratuita y la promoción de la responsabilidad social del abogado.
Saber identificar conflictos de intereses y conocer las técnicas para su resolución, establecer el alcance del secreto profesional y de la confidencialidad, y preservar la independencia de criterio.
Saber identificar los requerimientos de prestación y organización determinantes para el asesoramiento jurídico.
Conocer y saber aplicar en la práctica el entorno organizativo, de gestión y comercial de la profesión de abogado, así como su marco jurídico asociativo, fiscal, laboral y de protección de datos de carácter personal.
Desarrollar destrezas y habilidades para la elección de la estrategia correcta para la defensa de los derechos de los clientes teniendo en cuenta las exigencias de los distintos ámbitos de la práctica profesional.
Saber desarrollar destrezas que permitan al abogado mejorar la eficiencia de su trabajo y potenciar el funcionamiento global del equipo o institución en que lo desarrolla mediante el acceso a fuentes de información, el conocimiento de idiomas, la gestión del conocimiento y el manejo de técnicas y herramientas aplicadas.
Conocer, saber organizar y planificar los recursos individuales y colectivos disponibles para el ejercicio en sus distintas modalidades organizativas de la profesión de abogado.
Saber exponer de forma oral y escrita hechos, y extraer argumentalmente consecuencias jurídicas, en atención al contexto y al destinatario al que vayan dirigidas, de acuerdo en su caso con las modalidades propias de cada ámbito procedimental.
Saber desarrollar trabajos profesionales en equipos específicos e interdisciplinares.
Saber desarrollar habilidades y destrezas interpersonales, que faciliten el ejercicio de la profesión de abogado en sus relaciones con los ciudadanos, con otros profesionales y con las instituciones".

Más allá de cuestiones estrictamente vinculadas al ejercicio profesional de la Abogacía (deontología, organización del despacho, responsabilidades, etc.), el listado de competencias jurídicas no condiciona las materias sobre las que se proyecta: exige una serie de habilidades y destrezas, sin necesidad de referirlas a concretas materias u órdenes jurisdiccionales. El planteamiento es probablemente adecuado, pero ello no impide constatar que dificulta la concreción de los módulos en que se estructura la correspondiente formación.

2. La estructura de cualquier Máster en Abogacía se halla afectada por una serie de elementos que recortan su margen de singularidad. Ante todo, su duración debe ser equivalente a 90 créditos ECTS[5], de los cuales 30 deben conectarse con las prácticas externas y un número entre 6 y 30 con el Trabajo de Fin de Máster[6]. Partiendo de la hipótesis de menor relevancia del Trabajo de Fin de Máster, nos encontramos con 54 créditos ECTS de docencia, a lo largo de dos cuatrimestres.

Del documento de la REACU, que contiene orientaciones para la elaboración de las memorias de verificación de los títulos de Máster vinculados al acceso a las profesiones de abogado y procurador, y que ha tenido un peso decisivo en el diseño de esos Másteres, conviene destacar las siguientes cuestiones:

a) El diseño global del título de Máster, y no una posible especialidad dentro del mismo, habrá de garantizar la formación necesaria para la adquisición de las competencias profesionales establecidas para la profesión de abogado. Por tanto, no se aceptarán títulos orientados al acceso a través de una especialidad de Máster.

b) El Trabajo Fin de Máster debe estar orientado a cerrar y validar la adquisición de las competencias definidas en la propuesta del título y su defensa pública se ha de programar en la parte final del máster, preferentemente al final del tercer cuatrimestre.

c) Se recomienda que las prácticas externas no se programen antes del segundo cuatrimestre y que éstas tengan un carácter esencialmente presencial.

d) Los 90 créditos ECTS de cada máster no podrán impartirse únicamente en tan solo 2 cuatrimestres —aunque en la práctica constatamos que este límite se incumple en el caso de algunos másteres "on line" o virtuales—.

3. ¿En qué medida afectan los anteriores factores al diseño del Máster en Abogacía? Hay que tomar en consideración, además, como exigencia no impuesta normativamente, sino de carácter lógico, que el Máster en Abogacía debe incorporar una serie de asignaturas que aborden cuestiones estrictamente profesionales vinculadas con el ejercicio de la Abogacía[7]. De todo ello resulta que, por lo general, las materias tradicionales, ya asimiladas por los estudiantes en la licenciatura o el grado en Derecho, suelen ser objeto de un máximo de 42 créditos ECTS. Constatado este dato, se comprende con mayor claridad la imposibilidad de tratar de resumir en esos créditos los conceptos, técnicas y categorías jurídicas del título en Derecho.

El problema que se suscita a continuación es el de intentar distribuir del mejor modo posible esos créditos ECTS entre las materias y técnicas fundamentales desde la perspectiva del ejercicio profesional de la Abogacía. Y en este punto se plantean dos dudas básicas: (a) ¿es preferible ofrecer una visión interdisciplinar de los problemas, o más centrada en los ámbitos tradicionales de conocimiento? (b) ¿es preferible optar por un planteamiento de generalización de conocimientos, técnicas y estrategias, o, por el contrario, propiciar la especialización en determinados ámbitos o sectores jurídicos?

(a) La aproximación a la realidad del ejercicio profesional impulsa la estructuración del Máster por ámbitos de ejercicio en lugar de áreas de conocimiento académico. De este modo, las asignaturas del Máster no tienen por qué identificarse necesariamente con un área universitaria de conocimiento, sino que las cuestiones deben ser abordadas desde una perspectiva interdisciplinar.

El planteamiento resulta, sin duda, más adecuado para responder a la realidad de la Abogacía. Ahora bien, concurren determinadas dificultades operativas que deben también ponerse de relieve, teniendo en cuenta fundamentalmente las exigencias relativas al profesorado, universitario y profesional.

a. En primer lugar, resulta muy complejo localizar un profesorado adecuado para esas materias interdisciplinares. Por un lado, no es fácil que en el profesorado universitario concurra esa visión interdisciplinar de los problemas jurídicos. Justamente, la división en áreas de conocimiento acentúa la especialización, pero también la compartimentación de las materias. No será fácil, por ejemplo, que un profesor universitario sea capaz de exponer, desde una perspectiva profesional, los problemas sustantivos, internacionales, procesales y fiscales vinculados con un conflicto sucesorio. Lo anterior supone que el profesorado universitario suela ofrecer una visión parcial de los problemas, sin analizar todos los aspectos conflictivos del mismo.

Pero, por otro lado, no se piense que encomendar estas cuestiones al profesorado profesional solventa todos esos inconvenientes. Precisamente por el alto grado de especialización de esas cuestiones, no es infrecuente que entre los propios profesionales exista una división de funciones (piénsese en la forma de trabajo de los grandes despachos y los equipos que se forman para determinados asuntos), de tal modo que sea muy difícil colaborar con abogados que sean capaces de ofrecer una perspectiva integral de los problemas.

b. En segundo lugar, en las materias interdisciplinares, y como consecuencia de la necesaria intervención de una pluralidad de docentes, los mecanismos de evaluación y, en general, de coordinación se complican mucho, dificultando la aplicación de procedimientos de evaluación, aumentando la distancia entre docentes y discentes, e incrementando sobremanera los conflictos entre los agentes implicados en la formación.

(b) La combinación entre asignaturas obligatorias y optativas constituye uno de los aspectos más delicados en el diseño de un Máster en Abogacía. Algunos Másteres han optado por una solución radical, consistente en la eliminación de toda optatividad, de tal forma que, al margen de sus asignaturas de carácter profesional o instrumental, sus materias se vinculaban básicamente con los cuatro

órdenes jurisdiccionales. Este enfoque contaba con la aprobación de la ANECA, enemiga de especializaciones en los Másteres en Abogacía. La ventaja de este planteamiento, más allá de su simplicidad organizativa, se encuentra en que ofrece una formación muy amplia a los estudiantes del Máster, sin condicionar su enfoque profesional. Y además es probable que sea adecuado para quienes pretenden completar su formación con Másteres más especializados.

Sin embargo, la supresión de cualquier optatividad casa mal con las exigencias del mercado de servicios jurídicos que exige una cierta especialización y, lo que a estos efectos es más relevante, con la configuración del llamado examen de acceso. En efecto, si, como se desprende de la Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo, "los aspirantes únicamente deberán elegir una especialidad jurídica entre las cuatro posibles", no serán pocos quienes prefieran preparar más intensamente una de esas especialidades para asegurar la superación de la evaluación.

No se puede obviar que la optatividad plantea problemas de aplicación. Las materias objeto de asignaturas optativas no deberían exponerse en el marco de las obligatorias. Por ejemplo, si existe una asignatura optativa dedicada a la Práctica en Derecho de Familia (con incidencia en sus aspectos civiles, canónicos, procesales, penales, internacionales y tributarios), no tiene sentido reiterar esas cuestiones en una asignatura obligatoria; pero entonces el problema surge porque quienes no hayan cursado esa asignatura optativa carecerán del conocimiento de las técnicas y estrategias correspondientes, conforme al modelo metodológico del Máster en Abogacía.

5. LA HETEROGENEIDAD DE LOS DOCENTES: PROFESORES Y ABOGADOS, O TANTO MONTA…

1. El éxito o el fracaso de un Máster en Abogacía responden en buena medida a factores humanos. En primer lugar, la calidad de su profesorado constituye un dato esencial. Pero también lo es su experiencia, su capacidad de adaptación a los requisitos de una docencia que presenta un perfil diferente a las enseñanzas del Grado y a las de las Escuelas de Práctica Jurídica, o su interés por innovar o por trasladar al alumnado del modo más eficaz posible la pericia profesional que posee. En pocas palabras: el interés que ese profesorado muestre en el desarrollo del máster constituirá un elemento clave de su futuro.

2. El art. 13 del Reglamento de la Ley de Acceso se ocupa de las características del profesorado de los cursos de formación. La norma exige una composición equilibrada entre abogados y profesores universitarios, de forma que en conjunto cada uno de estos colectivos no supere el sesenta por ciento ni sea inferior al cuarenta por ciento. Además, los abogados que integren el personal docente deben haber estado colegiados como ejercientes al menos desde tres años antes, y los profesores universitarios poseer relación contractual estable con una Universidad. Más allá de los mecanismos establecidos por la ANECA mediante los programas de seguimiento y acreditación de titulaciones, no se prevén otros diferentes para comprobar el grado de cumplimiento de estos requisitos, que confieren al Máster en Abogacía un perfil propio y diferenciado. Tampoco queremos dejar de hacer constar un defecto —a nuestro juicio— en la configuración del título, y es la ausencia de referencias a un tercer grupo de profesores que resultan de un gran interés potencial para estas enseñanzas: nos referimos a los profesionales del Derecho que no son abogados, es decir, jueces y magistrados, notarios y registradores, abogados del Estado y letrados al servicio de instituciones públicas, inspectores de Hacienda, etc. En especial, la experiencia y conocimientos de los primeros nos parecen esenciales en la formación de un letrado. Algunos títulos optan por incluirlos en el cupo que corresponde a los abogados, y otros, por introducirlos a través de la docencia que se reserva al profesorado externo en mu-

chos másteres. Y aún cabría señalar un cuarto tipo de docente, que puede ofrecer un perfil idóneo a la hora de exponer materias tan interdisciplinares y prácticas como las del Máster en Abogacía. Nos referimos al profesor asociado, es decir, un profesional —usualmente un abogado— que imparte clases en la Universidad tras su contratación. A priori reúne las mejores cualidades: es un jurista práctico, pero sabe exponer contenidos teóricos y conjugarlos con los otros; conoce los entresijos de la metodología docente y sus instrumentos en las aulas; está acostumbrado a ajustarse a las normas que rigen las relaciones entre profesores y alumnos y a coordinarse con otros profesores; etc. A menudo acceden a la docencia a través de los departamentos universitarios; pero también los pueden proponer los Colegios profesionales.

3. La heterogeneidad de este profesorado constituye una de las principales dificultades organizativas de todo Máster en Abogacía. Para empezar, a los profesionales no les resulta fácil acostumbrarse a los controles y mecanismos universitarios que, cada vez con más frecuencia, encorsetan la propia docencia. Los abogados deben familiarizarse con sistemas que no suelen conocer y que, a menudo, les resultan incómodos o hasta molestos; un ejemplo sencillo de entender lo conforman las plataformas de comunicación virtual, que no son las de los colegios profesionales, sino las aulas o pizarras virtuales de las Universidades. Si a ello añadimos que éstas no suelen tener prevista una contingencia como la de la incorporación de profesorado externo abundante y estable que debe disponer de un fácil acceso a esos recursos, podemos entender hasta qué punto todo ello dificulta el desarrollo de las sesiones.

4. Por otro lado, debe considerarse un objetivo fundamental de cualquier Máster en Abogacía conseguir una cierta estabilidad en su claustro docente. En caso contrario, dada la relevancia de la concreta personalidad de los profesores en la metodología utilizada, podemos encontrarnos ante acusadas —e indeseadas— alteraciones en el sistema de enseñanza según los cursos. En cuanto al profesorado universitario, un primer problema puede llegar a producirse, precisamente, si no se consolida ese claustro dotado de estabilidad. La asignación de la docencia de máster suele corresponder a los departamentos, y estos se ajustan para la elección a criterios generales de categoría y antigüedad. Dichos criterios dotan de gran volatilidad a la composición del claustro, que variará cada año. Ello puede paliarse por las comisiones académicas que gobiernan los másteres dando preferencia a quienes ya hubieran dado clase en el máster frente a otros criterios, bien a través de mecanismos como la venia docendi, bien mediante acuerdos concretos con los departamentos.

En la práctica, sin embargo, puede resultar insuficiente si no se consigue dotar de un cierto atractivo o de alguna clase de aliciente a este tipo de enseñanzas especializadas y profesionales. Es usual que las Universidades no valoren adecuadamente la complejidad subyacente a la docencia de posgrado, o que reconozcan y contabilicen como docencia de cada profesor la que efectivamente se imparte de forma presencial en un aula; este criterio deja fuera del reconocimiento docente las tareas de preparación de las clases y de valoración de la actividad de los estudiantes, que en el caso de los másteres, y más en el de Abogacía, son especialmente intensas, relevantes y exigentes. Este hecho puede ahuyentar al profesorado, que prefiere escoger la docencia de Grado, más sencilla, y a la que ya está acostumbrado. Si, a los efectos de dedicación docente, es indiferente impartir una clase en Grado o una clase en Máster, con la dificultad adicional que entraña ésta última, deberán ofrecerse buenas razones para que un profesor universitario, pudiendo elegir, escoja impartir una de Máster.

Paradójicamente, es la ANECA la que ofrece una de esas razones, al conceder a la docencia en el Posgrado un reconocimiento especial dentro del baremo de sus programas de acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios y a las figuras de profesor universitario contratado; ello hace que esa enseñanza tenga un atractivo cualificado para aquellos docentes

que desean acreditarse bien como profesores titulares y catedráticos de Universidad, bien como profesores contratados doctores. Pero una vez obtenida la acreditación, el interés cesa, al menos hasta que se produce el concurso-oposición que permite ocupar la plaza para la que se ha sido acreditado y entrar de nuevo en la progresión curricular basada en méritos; pero, en el caso de los profesores titulares acreditados a catedráticos, y en el de estos últimos, que son justamente los cuerpos docentes más cualificados para impartir clase en los másteres, este aliciente académico no existe y no juega el papel promotor que acabamos de señalar. Los incentivos, pues, habrán de ser otros…

5. Adicionalmente, sería deseable que los Colegios profesionales dispusieran de mecanismos de reclutamiento del profesorado transparentes y que permitieran de un modo efectivo la selección de profesionales especialistas que, al mismo tiempo, fuesen docentes acreditados y prácticos en las nuevas metodologías de impartición de las enseñanzas. Es cierto que en el seno de las comisiones académicas se puede abordar el asunto y tratar de consensuar un claustro óptimo de profesionales, sobre todo partiendo de la experiencia de años precedentes, que muestra cuáles de ellos se adaptan mejor a la metodología y la dinámica de estas enseñanzas; el actual contexto de crisis económica favorece el interés de los abogados por participar en las clases del máster, pero no todos valen para ello ni tienen una verdadera motivación docente. Con todo, la confección del mejor claustro posible habrá de depender de la asiduidad con que se reúnan las comisiones, y de la capacidad que muestren para cooperar con franqueza y alcanzar acuerdos de forma consensuada. Además, las Universidades —sus unidades y servicios de Calidad— deben poner en marcha mecanismos y sistemas que permitan la evaluación de la docencia impartida por este profesorado; aunque tenga la consideración de externo, no se va a limitar a impartir un seminario o dar una conferencia, sino que asume la explicación de asignaturas completas y decenas de créditos. Los resultados serán un elemento más a tener en cuenta a la hora de seleccionar a los profesionales.

6. Debemos volver a insistir en la importancia del trabajo combinado de profesores universitarios y profesionales, tanto en las comisiones académicas que gobiernan los másteres en Abogacía como en las reuniones concretas de coordinación de la enseñanza; son una pieza fundamental de la gestión del título y no siempre la frecuencia y la asistencia a ellas son las adecuadas, en buena medida por ese carácter heterogéneo de los docentes que tratamos de poner de relieve en este epígrafe. Y aquí puede detectarse un riesgo patente de falta de cohesión entre unos y otros, de consecuencias indeseadas. En el caso de las reuniones de coordinación de los docentes del título, la experiencia demuestra que una forma eficaz de sustituir convenientemente esa falta de autocoordinación es mediante la previsión detallada, por parte de las comisiones académicas, de los contenidos y metodologías de las sesiones o de las guías docentes y las fórmulas de evaluación. Con ello se introduce cierta rigidez, pero es preferible porque se evitan otros problemas mayores. Y es que algunos másteres han optado por definir sus contenidos desde el principio con base en guías docentes muy elementales que dan al profesorado un margen amplísimo a la hora de concretar el objeto de las explicaciones de clase; ello permite alcanzar acuerdos sobre la materia a impartir con cierta facilidad y sin discusiones, pero genera protestas y quejas constantes tanto entre los docentes como entre los alumnos a causa de los solapamientos y coincidencias inevitables que acaban surgiendo. También las comisiones tienen un papel importante a la hora de calibrar cada año el reparto de las horas de enseñanza entre los dos colectivos docentes mediante su asignación en la OCA; los déficits lectivos que pueden presentar los departamentos implicados en las clases, o la mayor o menor disponibilidad de abogados suficientemente preparados, son —entre otros— factores que recomiendan hacer una valoración previa a la elaboración de la OCA para efectuar el reparto concreto de la

docencia dentro del rango comprendido entre el 40% y el 60%.

7. Hay otros problemas adicionales derivados del carácter mixto de este título. Por ejemplo, la dificultad a la hora de practicar una adecuada utilización de los mecanismos de la evaluación continua. Pensemos también en la imposibilidad de sujetar al profesorado profesional a las normas de la Universidad que participa en el convenio. Los estudiantes están acostumbrados a que las notas se publiquen dentro de un plazo determinado y conocido; o que los docentes se ajusten en su relación con ellos a algún código académico —una carta de derechos y deberes, por ejemplo— que los abogados desconocen y al que no se sienten ligados. En su caso, el incumplimiento de estos extremos no comporta reproche efectivo alguno, más allá de las advertencias que puedan hacer los coordinadores de grupo o asignatura. No queremos ser exhaustivos; sólo pretendemos poner de manifiesto algunos de los rasgos que hacen peculiares estas enseñanzas y que, como ya hemos reseñado con anterioridad, hacen que escapen al formato tradicional de los másteres y planteen dificultades y problemas peculiares que no siempre se perciben como tales por los colegios profesionales y, sobre todo, por las Universidades que las acogen.

6. LA HETEROGENEIDAD DE LOS DISCENTES: CÓMO IMPARTIR UN MÁSTER A QUIEN NO DESEA SEGUIRLO

1. Aunque es un hecho que, al contrario que el anterior, tiene un carácter transitorio, uno de los rasgos que caracterizan actualmente el Máster en Abogacía se encuentra en la heterogeneidad de quienes lo cursan. Los discentes presentan una acusada variedad, que obedece a diversos factores. La contraposición básica es la que existe entre los que han cursado estudios de Grado o de Licenciatura en Derecho; pero también merecen una mención especial los titulados provenientes de otros países[8]. En el caso de graduados y licenciados, los primeros cursan el máster por exigencia de la Ley 34/2006, como requisito para su acceso a la profesión, y tras cuatro cursos de estudios de Grado (con un total de 240 créditos ECTS). Los segundos se matriculan tras cinco cursos de estudios de Licenciatura (con un total de 300 créditos ECTS) y sin verse requeridos para ello por la Ley de Acceso. Hay que recordar que, en el momento actual, y para el grupo mayoritario de titulados en Derecho, la variación introducida por la Ley 34/2006 es más formal que real, pues los efectos en cuanto al acceso a la profesión que se derivan de dicha Ley no les resultan de aplicación. La limitación en su eficacia se ha acrecentado mediante la modificación de su disposición adicional 8ª por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. De este modo, al no exigirse los títulos profesionales regulados en la Ley 34/2006 a quienes "obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes", se consagra una desconcertante transitoriedad en la vigencia de los criterios legales. Mientras existan esos estudiantes de licenciatura, la aplicación de la Ley 34/2006 no será plena.

2. ¿Cuáles son las razones que impulsan a un licenciado a cursar el Máster en Abogacía? Es imposible enumerarlas con exhaustividad, pero sí podemos referir las principales: por ejemplo, la convicción de la necesidad de una formación más cercana al ejercicio profesional; pero no son pocos los que lo cursan por la conveniencia de una actualización de conocimientos, al haber transcurrido algunos años desde la conclusión de sus estudios —la crisis ha puesto en el mercado de trabajo a numerosos licenciados que antes tenían ocupaciones diferentes, ahora inviables—; también influye el menor coste de estas enseñanzas —o la po-

sibilidad de becas— con respecto a los cursos de las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados, su menor carga docente y la posibilidad de acceder por esta vía a las pruebas CAP (Certificado de Aptitud Profesional) y al turno de oficio; no debe desdeñarse tampoco el interés por relacionarse con otros profesionales por interés laboral —el máster acerca a los alumnos al entorno profesional en que aspiran a desenvolverse, aunque sólo sea a través de parte de su profesorado—; etc. Esta disparidad de razones constituye otra heterogeneidad más de los discentes e influye en su actitud ante el máster y sus contenidos.

3. En general, estos títulos han podido convivir pacíficamente con los cursos de las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados hasta el proceso de verificación iniciado en 2011. A partir de ese momento, se convierten en dos procesos formativos diferentes diseñados para estudiantes con necesidades también distintas. Como señalamos páginas atrás, el máster recoge y expone las enseñanzas que han de cursar los graduados para preparar el examen de acceso; tiene igualmente un amplio periodo de prácticas externas (30 créditos) que sirve como iniciación al ejercicio profesional. Los cursos de las Escuelas de Práctica Jurídica se destinan a licenciados que en su mayor parte ya se han colegiado y están trabajando, y que completan su formación teórico-práctica mientras acaban de reunir los requisitos que los distintos colegios profesionales exigen para acceder al turno de oficio. Esta disparidad de razones influye en la actitud de los estudiantes, y aun influye mucho más la constatación de que algunos de ellos deberán superar una evaluación para acceder a la profesión, mientras otros no se ven ante esa situación.

Precisamente por lo que acabamos de exponer hay que analizar lo oportuno de que los licenciados cursen el Máster en Abogacía, y más aún si ya se han colegiado y están ejerciendo la profesión. Este título requiere de una dedicación amplia por parte del alumnado; durante meses, hasta exclusiva. Compaginar el desempeño como abogados con las prácticas profesionales es materialmente imposible, aparte de paradójico: ¿para qué necesita un abogado en ejercicio esas prácticas? Para nada, evidentemente; pero es que las prácticas, como el resto del plan de estudios, se diseñaron pensando en otra clase de alumno, que no puede ejercer y dispone de tiempo para realizar todas las tareas que le supone la enseñanza. Los estudiantes que provienen de la licenciatura muestran mayor resistencia a la metodología y a las dinámicas propias del título, como la evaluación continua o los exámenes —sobre todo, los de tipo test—. Pese a ello, el hecho de que la obtención del título de Máster en Abogacía habilite por el momento para trabajar en el turno de oficio seguirá siendo un acicate para que los licenciados continúen solicitando plazas de matrícula y, eventualmente, compartiendo aula con los graduados; máxime en aquellos lugares, como Valencia, en los que el Colegio territorial ha decidido suprimir los cursos de formación de la Escuela de Práctica Jurídica.

4. En cuanto a la admisión, puede presentarse un problema adicional relacionado con el número de estudiantes inscritos y los grupos en que se organicen. En las universidades públicas con mayor demanda y matrícula en el Grado es previsible que haya también una fuerte presión sobre la admisión al máster, de manera que ésta puede ser numerosa —100 o más plazas—. Ello supone unas importantes exigencias en cuanto a la organización de grupos, disponibilidad de aulas y coordinación de docentes. Y aquí se detecta un elemento de gran importancia: la metodología propia de un Máster en Abogacía sólo puede ofrecer resultados positivos si la dimensión de los grupos es la adecuada. Con más de 25 alumnos por aula resulta casi imposible que la participación activa de profesores y estudiantes que debe caracterizar su metodología pueda resultar mínimamente efectiva. Pero en este punto las Universidades difícilmente acceden a regir el máster con parámetros distintos a los de otros títulos, y tienden a sobrecargar las aulas estableciendo criterios de OCA ina-

sumibles en la práctica, con 40 o 50 alumnos por grupo. La diferencia estriba en que la mayoría de los demás títulos de máster nunca llegan a estas cifras, y acaban conformando un solo grupo con 15 o 20 estudiantes, que es lo deseable. Aun así, sigue siendo tarea casi imposible el convencer a las autoridades y funcionarios de los servicios centrales de que el Máster en Abogacía no es en realidad un quinto curso de Grado en Derecho equivalente al antiguo de Licenciatura en Derecho, y que las exigencias metodológicas y organizativas del posgrado difieren esencialmente de las del nivel anterior.

7. LAS PRÁCTICAS EXTERNAS EN EL MÁSTER EN ABOGACÍA, O CUANDO LA REALIDAD ESTROPEA UN BUEN TITULAR

1. Ha sido tradicional que los despachos de abogados acogieran en su seno a licenciados con estudios recién concluidos (la llamada "pasantía"): en algunos casos, esta situación se ha dado de modo informal; y en otros, en el marco de las Escuelas de Práctica Jurídica. Sin embargo, el Máster en Abogacía implica un serio esfuerzo en la institucionalización de esas prácticas externas. De acuerdo con lo previsto en el art. 6 de la Ley 34/2006, las prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la Abogacía deben constituir la mitad del contenido formativo de los cursos, quedando como parte integrante de los mismos. Esas prácticas en ningún caso implicarán relación laboral o de servicios. También exige la Ley que las prácticas se realicen bajo la tutela de un abogado, con un ejercicio profesional acreditado superior a cinco años.

El Capítulo III del Reglamento se orienta al desarrollo de esa previsión legal. Las prácticas externas tuteladas suponen 30 créditos ECTS adicionales a los 60 créditos ECTS de formación (art. 14.1). El programa de prácticas tendrá como objetivos, entre otros: enfrentarse a problemas deontológicos profesionales; familiarizarse con el funcionamiento y la problemática de instituciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado; conocer la actividad de otros operadores jurídicos, así como de profesionales relacionados con el ejercicio de su profesión; recibir información actualizada sobre el desarrollo de la carrera profesional y las posibles líneas de actividad, así como acerca de los instrumentos para su gestión; y, en general, desarrollar las competencias y habilidades necesarias para el ejercicio de la profesión de abogado (art. 14.2). Como es natural, la institución que imparta la formación debe hacer constar el contenido genérico de las prácticas, los lugares donde se desarrollan, su duración, los resultados esperables, las personas, instituciones o entidades que participan en ellas, la existencia o no de un procedimiento de evaluación del resultado, el número de alumnos por tutor o los procedimientos de reclamación o sustitución de tutores (art. 14.3).

Las prácticas externas deben ser tuteladas por equipos de profesionales, a cuyo frente debe situarse un abogado con al menos cinco años de experiencia profesional (art. 16.1). Y esos equipos de tutoría deberán redactar semestralmente una memoria explicativa de las actividades que han llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones, con una referencia sucinta de la evolución de cada alumno. Además, a estos efectos, y para el mejor desarrollo de las prácticas, los alumnos tienen derecho a entrevistarse con los miembros del equipo de tutoría a cuyo cargo se encuentren (art. 16.2).

2. A pesar de los intentos del Reglamento por perfilar y concretar el sentido y el alcance de las prácticas externas, que suponen un tercio de los créditos ECTS del Máster en Abogacía, es necesario subrayar las dificultades que plantea su correcta articulación.

El primer problema que surge deriva de la conveniencia de establecer unas diferencias apreciables en relación con la asignatura "Prác-

ticum" del Grado. Efectivamente, las prácticas vinculadas con el Grado pueden no tener conexión con el ejercicio de la profesión de abogado[9]. Pero tampoco puede desconocerse que una buena parte de los graduados en Derecho ha realizado sus prácticas en despachos profesionales de abogados, en los últimos meses de su carrera. Una posible vía para diferenciarlas se encuentra en la posibilidad de aplicar en las prácticas de Máster las técnicas, estrategias y conocimientos derivados de la docencia del propio Máster, pero se antoja un elemento que no permite sustentar diferencias apreciables.

Las previsiones reglamentarias acerca de la articulación de las prácticas (por ejemplo, el funcionamiento de los equipos de tutoría) presentan serios inconvenientes en su aplicación ordinaria cuando se trata de másteres en los que se matricula un gran número de estudiantes[10]. La burocratización de esta gestión puede alcanzar proporciones considerables y desbordar los medios administrativos de que disponen las Universidades o los Colegios. Además, el convenio con el correspondiente Colegio de Abogados simplemente dota de un marco institucional a su relación con la Universidad. Aunque el art. 5 del Reglamento diga que se celebra con el objeto de "garantizar el cumplimiento de los requisitos del periodo de prácticas establecidos en el presente reglamento", no hay modo de imponer al Colegio ni a sus colegiados la oferta de plazas para que los estudiantes realicen las prácticas correspondientes.

Si además se tiene en cuenta que, por exigencias combinadas de la ANECA y del llamado examen de acceso, las prácticas deben desarrollarse en un período de tiempo muy concreto (deben empezar no antes del segundo cuatrimestre y concluir con la antelación suficiente para que los estudiantes puedan defender el Trabajo de Fin de Máster y presentarse al examen de acceso), se introducen unas rigideces que dificultan sobremanera la gestión de las prácticas y que permiten augurar problemas en su desarrollo futuro.

8. ¿TIENE SENTIDO UN TRABAJO FINAL EN UN MÁSTER PROFESIONALIZANTE? LA GUINDA O LA PUNTILLA

1. Ya hemos notado con anterioridad la escasez de datos que la legislación vigente proporciona sobre los contenidos que debe tener un Máster en Abogacía y las competencias jurídicas que deben adquirir los alumnos que lo cursan. Si esto es así en cuanto a las materias sustantivas, dicha insuficiencia es aún mayor en el caso del Trabajo de Fin de Máster. El Real Decreto 1393/2007 establece en su art. 15.2 que los planes de estudios de los másteres contendrán dicho trabajo, mientras que el apartado 3 determina que tendrá entre 6 y 30 créditos y que su defensa pública supondrá la conclusión de las enseñanzas[11].

2. La exigencia del Trabajo de Fin de Máster entre los contenidos del Máster en Abogacía debe ser objeto de reflexión. Teniendo en cuenta su perfil claramente profesional, es necesario plantear qué función desempeña en ese ámbito (es decir, qué aporta al estudiante su elaboración y su defensa). Si se quiere que reporte alguna utilidad a quienes cursan este máster, es preciso tener en cuenta las características propias del título, en cuanto a los temas y a la metodología a emplear en su desarrollo, y en cuanto a la composición de su profesorado, con esa combinación entre docentes universitarios y abogados exigida por ley. La normativa propia de cada Universidad no suele ser sensible a esas particularidades y aplica al Trabajo de Fin de Máster en Abogacía los mismos criterios que al resto de másteres.

La mayoría de títulos de nuestras Universidades han dotado al trabajo con la mínima carga lectiva que permite la ley: 6 créditos. Ésta parece la opción más lógica, dada la gran cantidad de materias que deben explicarse dentro de los 60 créditos que la norma reserva al plan de estudios del curso de formación propiamente dicho, y el difícil encaje del trabajo en un título claramente enfocado al ejercicio profesional. Cuando encontramos la asignación de

un número de créditos mayor, el hecho puede deberse a la necesidad de algunos centros para cubrir deficiencias y carencias de profesorado especializado para impartir la formación.

3. Con todo, es preciso reconocer que existe una cierta inercia en concebir el Trabajo de Fin de Máster como un trabajo de investigación, cuando lo cierto es que el Real Decreto 1393/2007 no impone ningún sentido específico al mismo. La comodidad de lo ya conocido y lo innecesario de una preparación previa individualizada son elementos que inclinan la balanza hacia este tipo de enfoque. Lo adecuado, sin embargo, es que el Trabajo de Fin de Máster ponga de manifiesto los conocimientos y competencias adquiridas a lo largo del máster, mediante una aportación autónoma y original del estudiante.

4. Un problema adicional lo encontramos en los tribunales que deben evaluar los Trabajos de Fin de Máster. La segura proliferación de estos trabajos, al socaire de la expansión de la matrícula, acabará exigiendo un replanteamiento de los tribunales de defensa, máxime si tenemos en cuenta la gran dedicación de tiempo que requiere a los profesores que se integran en ellos —son muchas horas de lectura, evaluación y presencia en el acto del examen— y el escaso o nulo reconocimiento que las Universidades conceden a efectos de docencia —en el caso de los abogados, tampoco se suele remunerar este trabajo—. Además, la práctica de años demuestra la conveniencia de constituirlos con profesores y profesionales especialistas en la materia sobre la que el trabajo verse. Siempre pueden arbitrarse soluciones alternativas; por ello resulta muy conveniente que los reglamentos y normativas que regulen los Trabajos de Fin de Máster en las Universidades contemplen las peculiaridades de éste y de otros másteres profesionalizantes a la hora de fijar las normas por que han de regirse, para favorecer y agilizar su defensa y evaluación.

5. En este caso, la materia tiene su importancia. Las estadísticas demuestran que el Trabajo de Fin de Máster constituye el verdadero talón de Aquiles de esta clase de títulos y es el componente principal de las tasas de fracaso escolar asociadas a las enseñanzas de máster. Y en el supuesto de uno como el de Abogacía, preceptivo para acceder al examen que capacita para el ejercicio profesional, la superación del trabajo en los plazos indicados resulta esencial a la hora de concurrir al único examen anual que la Ley de Acceso y su Reglamento prevén, lo que prueba lo delicado de la cuestión.

En ese contexto, podría parecer incluso más adecuado un replanteamiento del sentido del Trabajo de Fin de Máster para aproximarlo en la medida de lo posible al contenido de las pruebas para la obtención del CAP. Es decir, la resolución, por escrito, de un caso interdisciplinar, con la ayuda de la bibliografía de apoyo que se considerara oportuna¬y la preparación de un escrito procesal o extrajudicial vinculado con ese supuesto; y la exposición oral y pública de los principales aspectos jurídicos de ese caso, con la necesidad de debatir con un tribunal acerca de esos u otros aspectos relacionados con el caso. De este modo, el estudiante se vería ante una situación real y debería ser capaz de comportarse como un abogado. Este planteamiento permitiría compensar algunos de los defectos del examen de acceso y poner de relieve algunas de las competencias y habilidades que se adquieren a través del Máster. El problema, sin duda, se encuentra en la dificultad de formulación de los casos con la variedad suficiente que exijan las circunstancias, y la complejidad de la corrección. Además, debe reconocerse que es un modelo de Trabajo de Fin de Máster que encaja con ciertas dificultades en los modelos generales que acostumbran a utilizarse en la Universidad.

9. LA EVALUACIÓN DE LA APTITUD PROFESIONAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE ABOGADO: ALGO MÁS QUE UN EXAMEN

1. A nadie se le escapa que un elemento crucial en la configuración del Máster en Abo-

gacía estriba en el diseño de la evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado (el llamado examen de acceso). En función del tipo de examen la metodología y los contenidos del Máster deben orientarse en uno u otro sentido. Quizá por ello éste debería ser el primer epígrafe de todas estas páginas, o dicho de otro modo: no debían haberse diseñado los contenidos de los másteres hasta saber cómo sería definitivamente el examen.

La Ley 34/2006 se limita a indicar que

> "[l]a evaluación de la aptitud profesional, que culmina el proceso de capacitación profesional, tiene por objeto acreditar, de modo objetivo, formación práctica suficiente para el ejercicio de la profesión de abogado o de la profesión de procurador, así como el conocimiento de las respectivas normas deontológicas y profesionales" (art. 7.1)[12].

En su Exposición de Motivos, el Reglamento de la Ley de Acceso señalaba la presencia de tres factores a combinar en la organización de la evaluación:

> "En primer lugar a la necesidad de que su enfoque sea eminentemente práctico y responda a las situaciones reales a las que van a enfrentarse los futuros Abogados y Procuradores. En segundo lugar, se persigue que la prueba comporte los menores costes y cargas administrativas posibles, tanto para los aspirantes como para las administraciones públicas […] En tercer y último lugar, y en directa conexión con lo anterior, el Reglamento parte de que la prueba no puede desconocer el esfuerzo realizado por los estudiantes durante todo el proceso formativo previo".

La modificación reglamentaria efectuada en virtud del Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo, altera sustancialmente la evaluación, puesto que

> "[c]on la finalidad de conseguir un sistema coherente de evaluación de la aptitud profesional, que permita valorar con absoluta objetividad la formación obligatoria teórico-práctica, que al mismo tiempo beneficie a los aspirantes, permitiendo una mayor agilidad en la calificación final y por tanto en la obtención de los títulos necesarios para ejercer la profesión, y comportando los menores costes posibles, se ha considerado oportuno sustituir el formato de la prueba con dos partes por una única prueba escrita de contestaciones o respuestas múltiples con preguntas teóricas y supuestos prácticos sobre situaciones reales a las que van a enfrentarse los futuros Abogados y Procuradores. Con ello, se garantiza que la expedición de los títulos profesionales se base en la suficiencia de los conocimientos, de las aptitudes y de las competencias de los postulantes. Se ha considerado oportuno, asimismo, reconsiderar los porcentajes de ponderación entre la calificación obtenida en el curso de formación y la obtenida en la evaluación final, de manera que ésta no sea el único medio de evaluación, sino que tal y como se ha expresado con anterioridad, la misma forme parte de un conjunto de evaluaciones sucesivas en el periodo de formación teórico-práctica que garantice que los futuros abogados y procuradores han adquirido los conocimientos necesarios que les prepare para el ejercicio de dichas profesiones. La modificación que se realiza mediante este Real Decreto resulta necesaria al objeto de diseñar un formato más idóneo y válido para acreditar la cualificación y las competencias profesionales para el ejercicio de la profesión de Abogado o de Procurador de los Tribunales…".

Como consecuencia de esta modificación, la evaluación pasa a consistir en "una prueba escrita objetiva de contenido teórico-práctico con contestaciones o respuestas múltiples" (art. 17.3) y se modifica la incidencia de la calificación del Máster, puesto que "[l]a calificación final resultará de la media ponderada entre el 70% de la obtenida en la evaluación y del 30% de la nota obtenida en el curso de formación" (art. 20.2)[13].

2. La Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo, por la que se convoca la prueba de evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado para el año 2014 desarrolla las previsiones del Reglamento y concreta que la evaluación consistirá en una prueba escrita objetiva de contenido teórico-práctico con contestaciones o respuestas múltiples (los conocidos como "micro-casos") cuya duración será de 4 horas; que su finalidad es medir los conocimientos teórico-prácticos de los participantes acerca del ejercicio de la pro-

fesión de Abogado; que habrá 50 preguntas sobre "Materias comunes al ejercicio de la profesión de Abogado", y 25 preguntas sobre una especialidad jurídica a elegir (civil-mercantil; penal; contencioso y laboral); y que no estará permitido el uso de textos legales ni manuales jurídicos ni otros documentos de apoyo. Una transcendental novedad, que debe ser, en principio, aplaudida, se encuentra en la previsión de un programa que contiene una "descripción orientativa de las materias y competencias necesarias para el acceso a la profesión de Abogado". En efecto, no era razonable la sustitución de una parte de la evaluación consistente fundamentalmente en la resolución de un caso práctico, con el apoyo de textos legales, por una prueba objetiva, sin esos textos, pero sin que hubiera una mínima concreción de las materias sobre las que podía versar esa prueba. ¿Cuál debía ser entonces el modo de afrontar la preparación de esa evaluación por parte de los graduados? La indicación de un programa básico, a pesar de su carácter en ocasiones genérico o de las críticas que puedan efectuarse a determinadas reiteraciones u omisiones, constituye un paso en la dirección adecuada. Sí que debe indicarse que en la enumeración de las materias recogidas se detecta un exceso de elementos teóricos y abstractos, alejados de la visión práctica que debe proporcionar los cursos de formación, y un peso acaso demasiado elevado de los aspectos jurisdiccionales, obviando la pluralidad de ámbitos de actuación del Abogado.

3. ¿En qué medida afectará este sistema de evaluación a los propios Másteres? Nos permitimos aventurar que su transcendencia será doble. Por un lado, el tipo de evaluación (los "micro-casos") va a ser un elemento que va a proyectarse también en la forma de evaluar las competencias, habilidades y conocimientos en los másteres (y probablemente también en el Grado en Derecho). El planteamiento tradicional de redacción de escritos procesales o extraprocesales, exposiciones orales o análisis jurisprudenciales, que constituía el aspecto más importante, deberá ser complementado con la resolución continua de "micro-casos". Por otro lado, esa "descripción orientativa de las materias y competencias necesarias para el acceso a la profesión de Abogado" será tenida en cuenta por todos los Másteres a la hora de diseñar sus contenidos. El programa de la evaluación de acceso influirá en los programas de los másteres[14]. Una vez más, los enormes esfuerzos previos encaminados al diseño del Máster en Abogacía se verán afectados por una decisión posterior (como es la concreción de la evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de abogado), que puede tornar en inútiles buena parte de los mismos.

4. Una conclusión adicional se impone y revela un extremo en el que quizá no se ha reparado adecuadamente. La evaluación única genera una uniformidad en la estructura, contenido y metodología de los Másteres en Abogacía que resulta paradójica, si se compara con el Grado en Derecho, que, precisamente por la ausencia de una evaluación final y única, ofrece una sensible diversidad en sus contenidos en función de las distintas Universidades. Además esa falta de diferenciación en cuanto a estructura, contenido y metodología de los Másteres en Abogacía impide que exista una real competencia en ese ámbito. El interesado comprobará que esos elementos son, al menos, aparentemente, muy similares en todos los Másteres y por tanto orientará su decisión en función de otros factores, sin duda muy respetables (como el coste o la proximidad a su domicilio, y más si no hay una política efectiva de becas), pero ajenos a la búsqueda de una formación de calidad en el acceso a la profesión de abogado.

Si a ello se añade que el resultado de la evaluación única y nacional sólo puede ser "apto" o "no apto", no se ve de qué modo pueden llegar a establecerse valoraciones objetivas (más allá de porcentajes de aptos o no aptos, que no ponderan más detalladamente su nivel real) que permitan comparar la calidad de la formación recibida por los egresados de cada Máster.

NOTAS

1. Los datos se han obtenido de *La Abogacía española en datos y cifras*, publicado por el Consejo General de la Abogacía Española en 2008, con algunas correcciones propias efectuadas a través de estadísticas del INE.

2. El propio Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado el 12 de junio de 2013, pero aun no plasmado en Real Decreto, reconoce esta diversidad en sus arts. 36 a 44, donde reconoce cuatro formas o modelos de ejercicio: el individual, el colectivo y los que se realizan en régimen laboral o de colaboración multiprofesional. La realidad es aun más diversa…

3. Una cuestión de especial relevancia es la conexión del Máster en Abogacía con el turno de oficio. La Orden de 3 de junio de 1997, por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, fijaba, entre otros requisitos [art. 1.c)]: "Estar en posesión del diploma del curso de Escuela de Práctica Jurídica o de cursos equivalentes homologados por los Colegios de Abogados, o haber superado los cursos o pruebas de acceso a los servicios de turno de oficio y asistencia letrada al detenido establecidos por las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados". La modificación del Reglamento del Consejo General de la Abogacía Española, de Homologación de las Escuelas de Práctica Jurídica, de 14 de diciembre de 2012 equipara a los efectos de acceso al turno de oficio a los licenciados y graduados en Derecho que hayan seguido los cursos de las Escuelas de Práctica Jurídica o de los Másteres en Abogacía. Este dato ha aumentado el éxito en la matrícula en los Másteres en Abogacía a costa de aumentar también la heterogeneidad de los estudiantes y dificultando la organización de la docencia.
Conviene apuntar que la Orden de 3 de junio de 1997 está pensando en un escenario en el que la formación encaminada al ejercicio de la profesión de abogado sólo era impartida por las Escuelas de Práctica Jurídica. La presencia de los Másteres en Abogacía y las exigencias de la Ley 34/2006 obligan a redefinir ese escenario. Desde nuestra perspectiva, carece de sentido que exista una evaluación para el acceso a la profesión y que adicionalmente se exija, para acceder al turno de oficio, una prueba específica.

4. Una correcta secuenciación de las enseñanzas jurídicas aconseja un diseño conjunto de los estudios de Grado y de Máster. No se puede establecer adecuadamente los contenidos y las competencias, destrezas y habilidades del Grado, sin tener presente de forma permanente esos elementos del Máster, y a la inversa. Por ello, la situación que se ha verificado en la práctica con una clara separación e independencia de ambos extremos no puede sino conducir a descoordinación, omisiones y reiteraciones. Podrá decirse, acertadamente, que la formación general del Grado debe ponerse en relación con una pluralidad de estudios de Posgrado. Mas siendo ello cierto, no puede ignorarse la relevancia de determinados Másteres a fin de articular la capacitación profesional más habitual de los graduados.

5. El art. 4.3 de la Ley 34/2006 prevé que la duración de los cursos de formación (sin prácticas) sea de 60 créditos. El Reglamento concreta que esos 60 créditos ECTS deben contener toda la formación necesaria para adquirir las competencias profesionales exigidas reglamentariamente para el desempeño de la Abogacía (art. 12.1). Dado que las prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la Abogacía deben, conforme al art. 6.1 de la ley 34/2006, constituir la mitad del contenido formativo de esos 60 créditos (esto es, 30 créditos), resulta que la Ley 34/2006 impone necesariamente que los cursos de formación tengan como mínimo una carga lectiva de 90 créditos.

6. Exigencia del art. 15.3 del Real Decreto 1393/2007.

7. Aunque el documento de la REACU, de 27 de diciembre de 2011, no se ocupa de la cuestión, la ANECA suele exigir la presencia, con una carga de unos 12 créditos, de asignaturas dedicadas, entre otras cuestiones, a deontología, organización del despacho, relación con el cliente, responsabilidad del abogado, asistencia jurídica gratuita y turno de oficio, o medios judiciales o extrajudiciales de resolución de conflictos.

8. Entre los titulados extranjeros se detecta una pluralidad de razones para cursar un Máster en Abogacía en España. Conviene recordar que, en tanto que Máster, tiene una función formativa, pero que el acceso a la profesión de Abogado puede verse sometido a criterios específicos: es perfectamente posible que, en función de su titulación, una persona sea admitida para cursar el Máster, pero que no pueda llegar a colegiarse.

9. Ciertamente, el art. 15 del Reglamento de la Ley 34/2006 permite que las prácticas se desarrollen total o parcialmente en otras instituciones.

10. Pero la situación no será necesariamente mejor en Universidades de menor tamaño en la medida que se encuentren vinculadas a poblaciones más pequeñas y donde las posibles ofertas de prácticas por los Colegios de Abogados también será menor.

11. Mayor concreción ofrece el documento de la REACU, citado en el apartado 4.2 de este trabajo.

12. Vid. también art. 17.2 del Reglamento.

13. Con ello se abandona el sistema que preveía una división de la evaluación en dos partes. El primer ejercicio consistía en una prueba objetiva de contestaciones o respuestas múltiples. Aquí se incorporaba la calificación obtenida en el curso de formación, ponderada en un 20 %. La no superación del primer ejercicio impedía la corrección del segundo. El segundo ejercicio de la evaluación consistía en resolver un caso práctico previamente elegido por el aspirante entre varias alternativas.

14. Y pronto aparecerán, como es lógico, los manuales o textos adaptados a ese programa.

Fecha de recepción: 27/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

HERRAMIENTAS PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA: EL DISEÑO DE UN LITIGIO DE ALTO IMPACTO DESDE LA EDUCACIÓN LEGAL CLÍNICA

TOOLS FOR PROTECTING THE PUBLIC INTEREST IN LATIN AMERICA: THE DESIGN OF HIGH IMPACT LITIGATION FROM THE CLINICAL LEGAL EDUCATION

María Lucía Torres Villareal

Beatriz Londoño Toro

RESUMEN

La educación legal clínica es un modelo pedagógico de enseñanza del derecho que desde hace muchos años se implementó en las Escuelas de Derecho de Estados Unidos y de manera más reciente, en América Latina, cobrando cada vez más importancia, pues plantea un objetivo doble: enseñar a los estudiantes, a partir de la práctica real del derecho, la aplicación de los conocimientos adquiridos a lo largo de su carrera y proveer servicios legales a las comunidades vulnerables, defendiendo así el interés público y los derechos humanos y proyectando el carácter social de la profesión. Para ello, las clínicas deben valerse de una serie de herramientas que materializan sus fines, tales como el litigio de alto impacto, las alianzas estratégicas y otros instrumentos que persiguen objetivos afines. Este modelo implica un cambio en la concepción del derecho, en su enseñanza, en el aprendizaje y en el ejercicio mismo de la profesión, basándose en elementos pedagógicos y sociales, por lo cual los retos son muchos; sin embargo, el balance es muy positivo, revelando que es un movimiento que tiende a avanzar en la región, en diferentes áreas del derecho, con un fin común: la transformación social.

PALABRAS CLAVE

Educación Legal Clínica, Litigio Estratégico, Derechos Humanos, Alianzas Estratégicas, Interés Público, Modelo Pedagógico

ABSTRACT

Clinical legal education is a pedagogical model of legal education that for many years was implemented in Law Schools in the United States and more recently, in Latin America, becoming increasingly important, because it raises a twofold objective: to teach students, from the actual practice of law, the application of the knowledge acquired throughout his career and provide legal services to vulnerable communities, defending the public interest and human rights and projecting the social character of the profession. To do this, clinics should make use of a number of tools to materialize its objectives, such as high impact litigation, strategic alliances and other instruments that pursue similar objectives. This model implies a change in the concept of law, in its teaching, learning and in the practice, as the basis of pedagogical and social elements, so the challenges are many; however, the balance is very positive, revealing that it is a movement that tends to advance in the region, in different areas of law, with a common goal: the social transformation.

KEY WORDS

Clinical Legal Education, Strategic Litigation, Human Rights, Strategic Alliances, Public Interest, Teaching Model.

HERRAMIENTAS PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA: EL DISEÑO DE UN LITIGIO DE ALTO IMPACTO DESDE LA EDUCACIÓN LEGAL CLÍNICA

María Lucía Torres Villarreal

Beatriz Londoño Toro

Universidad del Rosario
Bogotá (Colombia)

Sumario: 1. Introducción. 2. Herramientas para la defensa del interés público: la necesidad de la "alianza estratégica de alianzas". A. La experiencia de la clínica jurídica de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia): la materialización de las herramientas para la defensa del interés público. a) Trabajo con aliados estratégicos. b) La estructuración de estrategias alternas a la estrategia jurídica. 3. El trabajo de las Clínicas en América Latina y sus herramientas para fortalecer la labor de Educación Legal Clínica y Litigio Estratégico. 4. Algunas conclusiones y retos. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El abogado del Siglo XXI se enfrenta no solo a un proceso de formación jurídica que difiere de la enseñanza clásica y magistral del derecho, sino a un escenario de práctica donde se concibe como parte de un contexto, con unas necesidades y unas realidades, frente a las cuales tiene un rol social desde el ejercicio mismo de su profesión (Londoño: 2010: 56). El abogado de hoy es un ciudadano del mundo, que se forma a partir de los principios del modelo democrático y que por ende entiende su papel en la sociedad, procurando la defensa de los derechos de todos los sectores de la población en condiciones de igualdad y no discrimi-

nación, esperando no solo ser parte del cambio sino propiciar el cambio mismo, sin que ello implique dejar de lado su profesión ni dejar de ejercerla desde el área del derecho que se acoja a sus preferencias e intereses académicos.

En virtud de ello, surgen modelos de enseñanza que superan las concepciones clásicas del derecho y colocan al estudiante frente a la reflexión que le suscita la aplicación de sus propios conocimientos, en casos reales, de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, procurando el acceso real y efectivo a la justicia, como premisa básica del Estado Social y de Derecho, esto es, la educación legal clínica y todas las herramientas de las cuales ésta se vale para la defensa y garantía del interés público (Londoño: 2010: 57).

En ese sentido, este artículo propone, en una primera parte, una aproximación al modelo clínico y a las herramientas que resultan útiles para su estructuración, funcionamiento y logros, como parte de un esquema integral de defensa del interés público, visto desde la experiencia del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), que es la clínica jurídica de interés público de la universidad, para lo cual se describirán los elementos centrales de esta labor y se ejemplificarán, a partir de casos, las estrategias utilizadas para lograr una propuesta metodológica novedosa. Una segunda parte, presenta las principales herramientas que utilizan las clínicas jurídicas en América Latina para fortalecer la labor de Educación Legal Clínica y Litigio Estratégico, para lo cual se ilustrará su ejercicio con casos reales en Argentina, Chile, Perú, México y Colombia. Finalmente, la tercera parte plantea algunas conclusiones y recomendaciones dirigidas especialmente a las clínicas en formación, como parte de los retos que siempre acompañan a la educación legal clínica en la región.

2. HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO: LA NECESIDAD DE LA "ALIANZA ESTRATÉGICA DE ALIANZAS"

El modelo de educación legal clínica, busca integrar en un mismo esquema elementos de enseñanza y aprendizaje basados en destrezas, habilidades y competencias propias del abogado, a fin de que el estudiante de derecho adquiera las herramientas idóneas para el ejercicio de su profesión, aprendiendo a partir de sus propias experiencias (Abramovich: 2007:100; Alvarez: 2007:225). En ese sentido, no existe un modelo único de clínica, ni un formato que se adopte de manera idéntica en las facultades de derecho para impartir la enseñanza legal desde ese modelo pedagógico, pero sí existe unanimidad al entender que "se trata de espacios de formación para estudiantes de derecho donde, para el caso de América Latina, ponen en práctica los conocimientos jurídicos aprendidos en su carrera mientras prestan servicios legales gratuitos a comunidades menos favorecidas" (Torres: 2013:3).

Para lograr el doble ¿objetivo misional, (pedagógico y de prestación de servicios legales)?, las clínicas de la región abordan casos reales, atendiendo diferentes temáticas que representen situaciones socialmente relevantes y académicamente novedosas, que respondan a las necesidades del contexto en el cual se desarrolla la clínica y a los objetivos pedagógicos que ésta misma se ha trazado (Torres: 2013:3). De esta forma, la educación legal clínica, además de valerse de los instrumentos propios del modelo, acude a herramientas que le permiten materializar sus actividades y lograr los fines propuestos; es el caso de figuras como el litigio estratégico, las alianzas estratégicas, la creación y fortalecimiento de redes académicas de conocimiento, el trabajo ProBono, entre otras.

Como lo ha señalado el profesor LUCAS ¿CORREA?, el litigio estratégico permite el manejo de casos con elementos e instrumentos

que conlleven a "lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un Estado (…) a partir de lo cual es factible promover casos concretos para alcanzar soluciones integrales de modo que sea posible lograr cambios sociales sustanciales" (2008:7). En ese sentido, el litigio estratégico resulta ser la herramienta por excelencia a la cual acude el modelo pedagógico clínico para el manejo de sus casos, pues permite no solo el abordaje de éstos a partir de las herramientas que el propio ordenamiento jurídico propone, sino el diseño de esquemas de trabajo y litigio que mezclen diferentes elementos para la defensa del interés público, trascendiendo del eje meramente jurídico y entrando en escenarios como el pedagógico, el político, el social, etc., es decir, el litigio de alto impacto de causas socialmente relevantes, que superan la noción de individualidad y protegen los derechos e intereses de las colectividades, en búsqueda de la justicia social y material (Villarreal: 2007:11, 17, 19).

En ese mismo sentido, para lograr un litigio de alto impacto resulta apropiada la implementación de alianzas estratégicas con "socios" que compartan objetivos comunes, de un lado, en lo referente a promover acciones para lograr un efectivo acceso a la administración de justicia de los grupos en condición de vulnerabilidad y, de otro lado, en cuanto a aportar elementos para la transformación social; ello permitirá el diseño de estrategias de litigio que denoten la unión de esfuerzos y la entidad social de la situación objeto de discusión legal. Así las cosas, el trabajo entre clínicas jurídicas, bien sea de la misma ciudad, del mismo país[1], con otras de países de la región o incluso de países desarrollados y con modelos diversos, con organizaciones sociales o incluso con entidades públicas, permiten la consolidación de estrategias de litigio que no solo contemplen acciones judiciales, sino también administrativas, pedagógicas, sociales, políticas, mediáticas, entre otras, de cara a la defensa del interés público y los derechos humanos. En este punto, resulta de especial importancia señalar que el trabajo de las clínicas jurídicas no solo tiende a la interposición de acciones judiciales en pro de la defensa del interés público, pues existen muchas situaciones en las cuales la judicialización del caso no representa la solución más apropiada para el bien común y para la colectividad afectada; por lo cual las alianzas también son muy útiles en la búsqueda y estructuración de todas esas estrategias que superan las acciones judiciales, tal como se refirió en el párrafo anterior.

De igual forma, este trabajo compartido propicia la creación de redes académicas, de carácter nacional e internacional, a fin de compartir experiencias en el manejo de casos de interés público, en la formación de estudiantes y profesores inmersos en el modelo clínico[2] y el intercambio de reflexiones jurídicas a partir de la elaboración de publicaciones académicas.

Por supuesto la implementación de las diferentes herramientas plantea retos interesantes, pues algunas veces representan resultados positivos inmediatos, otras veces demorados en el tiempo, negativos o sin respuesta; por lo cual, cada caso debe significar una experiencia de mejoramiento, que propicie el fortalecimiento de las clínicas jurídicas, de la enseñanza clínica como modelo pedagógico y el fomento de nuevas clínicas y nuevas alianzas estratégicas.

A. LA EXPERIENCIA DE LA CLÍNICA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (BOGOTÁ, COLOMBIA): LA MATERIALIZACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS PARA LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO

La clínica jurídica de la Universidad del Rosario, denominada Grupo de Acciones Públicas, existe desde el año 1999; durante estos 15 años, la clínica ha mantenido su trabajo de manera ininterrumpida, consolidándose como uno de los proyectos de responsabilidad social y extensión más sólidos de la Facultad de Jurisprudencia[3] y constituyéndose en un importante referente para la conformación de clínicas

jurídicas en el país. De esta forma, la clínica ha procurado mantener de manera equilibrada el doble objetivo que soporta las clínicas en América Latina, atendiendo casos de comunidades vulnerables y dotando al estudiante de las habilidades y destrezas que no le son impartidas en las aulas a los estudiantes de derecho, de lo cual se ocupa el modelo pedagógico clínico (Devoto: 2012:214). En estos 15 años, la clínica ha formado a más de 250 estudiantes que se han vinculado a la clínica en su último año de carrera y ha recibido casos de diversa naturaleza, abordando siempre la defensa del interés público y los derechos humanos.

Para lograr sus fines, la clínica ha puesto en marcha una agenda temática ?que guarda relación con la coyuntura y la realidad nacional, así como con los pronunciamientos legales y jurisprudenciales en los asuntos que le atañen, para lo cual se ha valido del litigio estratégico como herramienta que propicia el litigio de alto impacto, a partir de la creación de esquemas de defensa de derechos que involucren diversos elementos y de las alianzas con socios estratégicos, procurando siempre involucrar y empoderar a las personas afectadas para la defensa de sus propios derechos, lo cual supone un trabajo clínico directo con las comunidades y con ello, el uso de herramientas que superan el escenario jurídico.

En las siguientes líneas se plantearán, a manera de síntesis, las acciones más recientes adelantadas por la clínica, ?organizando por segmentos las herramientas utilizadas para la consolidación del trabajo clínico, la búsqueda del acceso a la justicia de las comunidades y la firme pretensión de defensa del interés público. Es pertinente señalar que la clínica ha hecho un esfuerzo permanente porque sus casos, tanto en una etapa ?previa como posterior a su admisión por parte de la clínica, ?, estén basados en reflexiones jurídicas, legislativas y jurisprudenciales, a partir de la investigación formativa, propiciando en los estudiantes importantes habilidades relacionadas con la redacción de piezas jurídicas y artículos académicos susceptibles de publicación en revistas de estudiantes y en los textos elaborados por la misma clínica. Para esto, la clínica recibe soporte de los profesores del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia, quienes apoyan a los estudiantes en la estructuración de los documentos en el marco del ejercicio investigativo que rodea cada caso[4].

a) Trabajo con aliados estratégicos

La clínica ha considerado de especial relevancia el abordaje de casos en los que se evidencie un trabajo con aliados que compartan fines comunes respecto de aquellos trazados como objetivos para el trabajo de la clínica; en ese orden de ideas, se puede resaltar el trabajo colaborativo con otras clínicas jurídicas y con organizaciones sociales, unas y otras de carácter nacional e internacional, lo cual permite, además de los fines de interés público inherentes a la clínica: la visibilización de las problemáticas nacionales y la puesta en marcha de posibles soluciones en derecho por parte de las clínicas y las organizaciones de la sociedad civil; la internacionalización del trabajo clínico universitario como reflejo de la globalización del mundo moderno; las relaciones interinstitucionales como muestra de la necesidad de aunar esfuerzos para el cambio social y la transformación en el ejercicio mismo de la profesión, especialmente esta última como preocupación actual de la Academia; la necesidad de revestir a los estudiantes de una conciencia social como parte de la formación integral del abogado moderno, entendiendo las problemáticas nacionales e internacionales desde la perspectiva dinámica, amplia y flexible, propia del desarrollo progresivo del derecho internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, en desarrollo de los vínculos académicos que la Facultad de Jurisprudencia ha ido estableciendo con distintas universidades y organizaciones, la clínica ha adelantado casos en alianza? con la Clínica de Derechos Humanos de la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington (EE.UU), para

la construcción de un *Amicus Curiae* ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en un caso de defensa de la libertad de expresión, como elemento fundamental para el modelo democrático y el Estado Social y de Derecho; este caso puso de presente, una vez más, la importancia, no solo de las acciones ante el Sistema que pueden ser adelantadas por los particulares, sino también de dotar a los estudiantes de las capacidades y habilidades jurídicas necesarias para formular este tipo de documentos, cada vez más valiosos si se tiene en cuenta la relevancia que día a día cobran los Tribunales Internacionales y sus pronunciamientos. Este caso ya fue fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH) y en su providencia se tomaron elementos abordados por las clínicas en su Amicus, lo cual refleja la pertinencia de las acciones de las clínicas en ese tipo de escenarios y el alcance de sus reflexiones, denotando un gran aporte al mundo jurídico, pero especialmente a la formación integral de los estudiantes de las Escuelas de Derecho.

De igual manera, se han aunado esfuerzos con la clínica jurídica de la Universidad de La Sabana (Bogotá, Colombia) para la construcción conjunta de una *acción popular*[5] para la defensa de los derechos colectivos de una comunidad residente en una isla, que dicen ser la isla más poblada del planeta, en la cual sus habitantes? viven en condiciones que amenazan su salubridad y seguridad por cuenta de no tener acceso a una infraestructura de servicios públicos y por ende, a una prestación eficiente y oportuna de éstos, lo cual conlleva, igualmente, riesgos ambientales importantes. Es importante señalar, que en este último caso también se dio una alianza estratégica con una organización que materializa una de las figuras que cada vez parece estar más cerca al trabajo de las clínicas, como lo es el Trabajo ProBono, pues se ha evidenciado el interés del ProBono en el mundo entero, como cultura, por incidir en el litigo de alto impacto, desde el ejercicio socialmente responsable de la profesión, por parte de los abogados que destinan horas de su tiempo para atender este tipo de causas (Torres: 2013: 9,10); en este caso se sumó la Fundación ProBono Colombia[6], la cual, por medio de algunos Estudios de Abogados que la conforman, se involucró tanto en la construcción de la acción judicial, como de las diferentes estrategias de litigio que se han implementado a lo largo del proceso. El caso aún no ha sido fallado, pero desde la perspectiva jurídica ha implicado importantes acciones por parte del Tribunal ¿convendría explicar la figura?que tiene a su cargo el caso, el cual ha aportado elementos invaluables para la protección de los derechos vulnerados en la comunidad afectada, denotando un importante "garantismo" para el manejo de los derechos humanos de los afectados; así mismo, ha significado un importante aporte al fortalecimiento del modelo clínico desde la perspectiva pedagógica, pues la alianza ha permitido el intercambio de experiencias entre las firmas de abogados y las clínicas, en la defensa del interés público, lo cual en Colombia se trata de un hecho que hasta ahora inicia su proceso de formación, pues no contamos con una cultura de ProBono en los términos en los que se concibe en Estados Unidos o en Europa.

En desarrollo de esta alianza "ProBono", también se asoció la clínica con la Fundación para la realización de un *Amicus Curiae* ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en un caso de refugiados, reflexionando alrededor de la importancia de la protección y defensa de los derechos de este sector de la población, atendiendo al importante aumento en los flujos migratorios en el mundo entero. Este caso aún no ha sido fallado por la CorteIDH, pero se espera un pronunciamiento para este año 2014.

En el mismo sentido, la clínica también se ha aliado estratégicamente con la Fundación Corazón Verde, una organización social nacional que promueve la defensa de los derechos de las familias de policías que han sido heridos o dados de baja en ejercicio de sus funciones de seguridad y defensa de la ciudadanía, especialmente en lo referente a la garantía de la vivien-

da digna. El caso se encuentra aún pendiente de fallo, pero ha representado para la clínica un reto interesante desde el ejercicio académico, pues contempla elementos y estrategias que no habían sido abordados antes por la clínica.

Teniendo en cuenta la importancia de las alianzas estratégicas, como medio procura la globalización de la enseñanza, aprendizaje y ejercicio del derecho y su estrecha relación, ?con los fines de la educación legal clínica, se han propiciado y adelantado vínculos con clínicas extranjeras, con miras a fortalecer los lazos académicos entre clínicas, la internacionalización de los derechos humanos y el dinamismo de las normas que en esa materia se han proferido y el intercambio de conocimientos para la construcción colectiva de piezas jurídicas. Para adelantar estos trabajos que entre las clínicas se pueden propiciar,?, tomamos como punto de partida un escenario que permitiera la interacción de extranjeros en el marco del derecho nacional, por lo cual seleccionamos las Acciones Públicas de Inconstitucionalidad, siendo éstas figuras previstas en nuestro ordenamiento jurídico a través de las cuales se procura que cualquier ciudadano plantee ante la Honorable. ?Corte Constitucional cuestionamientos debidamente razonados en derecho, sobre la concordancia de una norma del ordenamiento jurídico respecto del texto constitucional.

El primero de los trabajos adelantados, fue realizado con la Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (España) y la Clínica Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de Los Andes (Bogotá, Colombia), con quienes se realizaron aproximaciones preliminares e intercambio de ideas para la estructuración de *Amicus Curiae* dentro del proceso de inconstitucionalidad promovido por nuestra clínica jurídica contra una norma del ordenamiento jurídico colombiano que consagra una restricción de acceso a los subsidios de vivienda para un determinado sector de la población, lo cual resulta problemático en el sentido de igualdad y no discriminación, siendo esto un principio fundamental por el cual propende no solo nuestra Constitución sino los tratados vigentes en materia de derechos humanos suscritos por Colombia. Tanto la demanda de inconstitucionalidad como las intervenciones hechas por los aliados fueron debidamente admitidas por la H?onorable Corte Constitucional y se espera un fallo de fondo para junio de 2014.

El segundo trabajo, fue en el marco de un proceso de inconstitucionalidad contra varias disposiciones de la ley colombiana que creó en el año 2012 el sistema nacional de migraciones, por considerar que éstas contrarían la Constitución Política en lo referente a la protección de los derechos de los extranjeros residentes en Colombia, los cuales deben protegerse y garantizarse de igual forma en la cual se protegen los derechos de los ciudadanos colombianos residentes en el territorio nacional e incluso en otros Estados. Para ello, se realizaron alianzas estratégicas con el Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante CELS) y la Comisión de Apoyo al Refugiado (CAREF), ambas organizaciones sociales de Argentina, la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la Universidad de Valencia (España) y la Fundación ProBono Colombia, en desarrollo de las labores ProBono promovidas desde nuestra clínica jurídica para fortalecer la cultura de ProBono en Colombia y sumarnos como Academia a la cadena de trabajo ProBono. Cada uno de los aliados, realizó un escrito de intervención en el proceso, en calidad de *Amicus Curiae* y tanto la demanda de inconstitucionalidad como las intervenciones, fueron debidamente admitidas por el H. Tribunal Constitucional; se espera fallo de fondo para julio de 2014.

El aprendizaje de estos casos fue en todo sentido, ya que se trataba de experiencias piloto que nos permitieron acercarnos como clínica al trabajo adelantado por otras clínicas y a la forma en la cual éstas abordan el conocimiento y manejo de los temas, planteando interesantes discusiones entre nuestros estudiantes, quienes se mostraron muy interesados en el desarrollo de este tipo de alianzas para ampliar sus co-

nocimientos, especialmente en términos de la visión de las problemáticas nacionales desde la perspectiva del derecho internacional.

b) La estructuración de otro tipo de estrategias: más allá de la estrategia jurídica

Este segmento de casos evidencia una vez más que el litigio estratégico es una herramienta que permite acceder a la justicia, incidir en la formulación de leyes o políticas públicas o, en general, buscar un resultado de alto impacto en el interés público, superando la noción del ejercicio de una acción judicial y permitiendo la materialización de la justicia (Londoño: 2010:71). Para la planeación de las actividades que se iban a adelantar en estos casos, la clínica se valió del litigio estratégico como herramienta para estructurar acciones no solo de contenido jurídico, sino también acudir a otro tipo de instrumentos que permitirían el abordaje jurídico del caso, en la forma en la cual se hizo posteriormente. De igual forma, la puesta en marcha de estas estrategias supuso un trabajo directo con la comunidad en desarrollo de una labor previa de empoderamiento de sus derechos y de concientización de la problemática desde una perspectiva jurídica, incluyendo las posibles acciones en derecho que podían ponerse en marcha.

En los diferentes casos, la *estrategia jurídica* se vio concretada en la construcción e interposición de una acción popular por parte de la clínica, previa labor de investigación de las características fácticas y jurídicas del caso; sin embargo, antes de la presentación de cada acción, se realizaron talleres y capacitaciones con las comunidades afectadas, en desarrollo de una *estrategia pedagógica*. Esta estrategia permite que las comunidades tengan claridad respecto de las alternativas viables en derecho, resuelvan sus inquietudes y se apoderen de la defensa de sus propios derechos, para lo cual suelen elaborarse escritos que respaldan la acción (conocidos como coadyuvancias en el marco del proceso de acción popular) y que son presentadas ante el Juez que conocerá la acción, una vez ésta sea instaurada ante el respectivo despacho judicial La importancia de la estrategia pedagógica, es que los mismos estudiantes de la clínica son quienes diseñan y realizan los talleres y planean todas las actividades que se desarrollan al interior de estos. De igual forma, en algunos casos, de acuerdo con las particularidades de las comunidades en las cuales se imparten los talleres, suelen adelantarse también algunas *estrategias sociales,* las cuales se pueden ver representadas en actividades culturales alternadas con espacios de aprendizaje, empoderando a la población en el conocimiento de sus derechos y concientizándolos de su importancia como comunidad, a partir de su contexto particular, y lo que ello representa para la consolidación de un Estado, tal como lo ha reconocido el legislador y las Altas Cortes, en lo referente a los adultos mayores, los grupos étnicos y demás miembros de grupos con especial protección en atención a su condición de vulnerabilidad.

En otros casos, suele ser útil, además de pertinente y necesaria, la *estrategia de medios,* la cual se materializa en una labor de acercamiento de los medios de comunicación, nacionales o regionales, a la situación que está siendo objeto de estudio por parte de la clínica, a fin de que ésta sea lo suficientemente visible, permitiendo así que los medios llamen la atención sobre la gravedad de la situación, la vulneración de derechos y las condiciones de la comunidad afectada y con ello las autoridades implicadas asuman una actitud positiva para garantizar los derechos humanos o las autoridades judiciales, que van a conocer de la acción, tengan clara la situación de la comunidad afectada y con ello se preste a tomar las medidas preventivas y de fondo más adecuadas. En el mismo sentido, puede hacerse uso en algunos casos de la *estrategia política*, la cual puede verse reflejada en actuaciones con las autoridades políticas de carácter nacional o regional, buscando que éstas se aproximen a la realidad del contexto de la población afectada y conozcan las acciones judiciales que serán adelantadas por la comu-

nidad, en asocio con la clínica. También puede realizarse esta estrategia respecto de las entidades que tienen a su cargo la defensa de los derechos humanos, (v.gr. Defensoría del Pueblo o Personerías Distritales), para que se sumen a la causa y asuman, por ejemplo, una labor cercana de seguimiento al proceso y a las decisiones que eventualmente se adopten en un fallo judicial producto de la acción interpuesta; para ello puede, por ejemplo, invitarse a estas entidades a los talleres que se realicen con la comunidad, pues en últimas, su función es la defensa y garantía de los derechos humanos.

En cualquier caso, el uso de estas dos últimas estrategias supone un manejo muy académico y jurídico de la situación por parte de la clínica, desprovisto de apreciaciones o juicios preliminares, para lo cual se han dictado a los estudiantes de la clínica varios cursos de elaboración de comunicados de prensa y se trabaja en asocio con el área de la Universidad que maneja las comunicaciones externas de ésta, con el fin de actuar siempre en el marco de las políticas institucionales, pues la clínica funciona dentro de la Institución.

El gran aporte que representan las estrategias alternas a la jurídica, se ve reflejado en el acercamiento que la clínica puede hacer con la comunidad afectada, a fin de conocer las particularidades del contexto, pues teniendo en cuenta que cada caso es diferente, toda estrategia de litigio debe atender las condiciones particulares de cada situación y plantear una estrategia jurídica que verdaderamente atienda las necesidades de la comunidad afectada y procure la defensa de sus derechos. De igual forma, permite la creación de un espacio de confianza entre la comunidad y la clínica que facilita el empoderamiento de derechos y con ello, la participación activa de la comunidad en el proceso judicial que se lleve a cabo; esto conlleva, además, a evitar que la clínica trabaja en reemplazo de la comunidad y se adelante, por el contrario, un trabajo conjunto con la comunidad.

En este punto es muy importante traer a colación un aspecto en lo referente al alcance de las estrategias de litigio de cara a una actuación judicial, especialmente por lo que ello implica respecto de los estudiantes, y es que no siempre se requiere tener una sentencia absolutamente favorable para entender que el caso ha sido exitoso, pues en realidad se trata de una labor que traiga como principal consecuencia efectivizar los derechos (Centro de Estudios Legales y Sociales: 2008). Esto es pertinente porque muchas veces las sentencias no tienen contenidos absolutamente favorables a las pretensiones perseguidas por la clínica o no conllevan una solución de la problemática a largo plazo, pero plantean los elementos básicos y necesarios para incidir en política pública, en la legislación o para tomar acciones preliminares que sirvan de base a la comunidad para la consecución de una posterior solución de sus problemáticas.

Se destacan dentro de este segmento de casos, algunos relacionados con la defensa de derechos ambientales y de protección de ecosistemas, salubridad y seguridad pública, acceso eficiente a una infraestructura óptima de servicios públicos, protección de territorios étnicos, derechos de los adultos mayores, entre otros. Algunos de estos casos se desarrollaron en la ciudad de Bogotá y municipios aledaños, otros en regiones con especiales características como la región insular de San Andrés y Providencia, entre otros. La mayoría de estos casos están pendientes de fallos judiciales, pero por las connotaciones de cada uno, pueden llegar a tener alcances importantes para el precedente de la protección que se pretende; en el caso de los derechos de los adultos mayores, que al interior de la clínica recibió la denominación "ciudadanía de oro", los fallos de primera y segunda instancia fueron favorables a las pretensiones de la clínica y de la comunidad de adultos mayores, emanando de éstos ordenes hacia el Gobierno Nacional y demás entidades encargadas de proteger a este sector de la población, con el fin de dar cumplimiento inmediato a las disposiciones contenidas en normas

que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, tendientes a amparar desde diversos ámbitos a los adultos mayores, constituyéndose en un caso que representa una notable incidencia de la clínica en procura de un fallo con impacto en materia de política pública.

3. EL TRABAJO DE LAS CLÍNICAS EN AMÉRICA LATINA Y SUS HERRAMIENTAS PARA FORTALECER LA LABOR DE EDUCACIÓN LEGAL CLÍNICA Y LITIGIO ESTRATÉGICO

Esta sección plantea un recorrido por cinco prácticas exitosas en América Latina, que han permitido fortalecer el litigio estratégico, la educación legal y el trabajo ProBono, a través de las Clínicas Jurídicas. La sistematización de estas acciones se deriva de la investigación "Educación Legal Clínica y Litigio Estratégico en Iberoamérica. Estudio de Caso en Argentina, Chile, México, Perú, Colombia y España", donde se visitaron clínicas en seis países de Iberoamérica y se realizaron entrevistas en profundidad a docentes y encuestas a los estudiantes de las Clínicas.

Se destaca en primer lugar la participación activa y real de los docentes clínicos en los procesos de construcción y pedagogía de las reformas constitucionales de los países latinoamericanos y en la aplicación de las normas que permiten la incidencia en la toma de decisiones por las vías políticas, sociales, administrativas y judiciales. Especial atención debe fijarse en los temas del desarrollo conceptual y el ejercicio directo del derecho internacional de los derechos humanos por expresa disposición de las constituciones, la conceptualización y ejercicio de derechos económicos sociales, culturales y colectivos y la ampliación de mecanismos de protección de estos derechos.

En el caso argentino, después de la Constitución de 1994 el movimiento clínico, especialmente el CELS, impulsa una estrategia pedagógica de enorme trascendencia, a través de la investigación y capacitación en derecho internacional de los derechos humanos, dirigida especialmente a los jueces y magistrados de dicho país (Baladrón: 2013). La fase siguiente fue el ejercicio de acciones para la aplicación de dichas normas por los Tribunales internos.

La experiencia mexicana muestra la necesidad de formación especializada dirigida a las ONG's. La ONG LITIGA, realizó en el año 2010 talleres itinerantes de litigio estratégico en la República, financiados por la Suprema Corte en un proyecto para formar capacidades de litigio; para ello, seleccionaron 4 lugares de México y allí se reunieron con abogados en talleres de 3 o 4 días, donde las personas presentaban casos de derechos humanos o interés público de sus localidades. En el taller se examinaban casos, estrategias jurídicas basadas en la constitución y en las normas internacionales de derechos humanos y se decidía en conjunto llevar un caso a la práctica real. (Rodríguez: 2013: 1).

En el caso colombiano, los docentes clínicos participaron en el fortalecimiento de los mecanismos de protección de derechos fundamentales y colectivos y continúan realizando seguimiento permanente a estas conquistas democráticas, con amplia discusión y aportes en materia de acciones de inconstitucionalidad, tutelas, acciones populares y de grupo (Londoño: 2009).

Los profesores ARTURO CARRILLO y NICOLAS ESPEJO (2011), consideran que este es uno de los aspectos diferenciadores de las Clínicas Latinoamericanas, el cual definen como la combinación de estrategias pedagógicas para la enseñanza del derecho, con un gran compromiso social. Estiman que las clínicas latinoamericanas se consideran agentes de cambio democrático en casos de debilidad institucional o insuficiencia de los Estados. Señala además que hay una orientación clara de las agendas de las clínicas hacia la defensa de imperativos de justicia social, incorporando

a diversos actores sociales de sus democracias constitucionales; y por último resaltan que el litigio en estas clínicas ha revigorizado la adopción e implementación del Derecho internacional de los Derechos humanos, por sus estrategias creativas orientadas hacia los derechos económicos, sociales y culturales.

Como una segunda práctica, debemos reconocer que la reflexión y acción permanente de los docentes clínicos al interior de las Facultades o Escuelas de Derecho ha permitido algunos cambios, aún leves, en la docencia, en las prácticas jurídicas, en el servicio social y en los currículos (Castro : 2013: 137-158). La educación legal clínica es un nuevo modelo de formación que rompe con los parámetros y metodologías tradicionales, ha llegado como una novedad desde los años 90 y en las Facultades ha contado con amigos y con opositores. Bien lo afirma el profesor González al señalar que las clínicas tienen que "luchar constantemente en el cambio de paradigmas sobre cómo enseñar derecho y sobre cómo ejercer la profesión" (González: 2013:1).

En este proceso ha existido un gran interés de las clínicas Latinoamericanas por divulgar sus investigaciones y publicaciones. Se reconoce el gran aporte de la Revista Cuadernos de Análisis Jurídico (Universidad Diego Portales), que en el período 1997-2003 se dedicó anualmente a examinar la situación de las Clínicas en Latinoamérica, a presentar reflexiones teóricas sobre temas de interés público y derechos humanos prioritarios en la región y a consolidar propuestas y experiencias en torno a la educación legal clínica con sello latinoamericano[7]. De igual forma, las publicaciones elaboradas en Argentina (CELS: 2008; Baladrón: 2013), México (Villarreal: 2007) y Colombia (Londoño: 2009; 2013), han permitido la sistematización de experiencias y son herramientas pedagógicas de valor incalculable para las clínicas en formación. Otro de los grandes aportes de las Clínicas en Argentina, Chile y Perú han sido los Informes sobre la situación de derechos humanos, los cuales son documentos de referencia obligada en la materia (CELS: 2013).

Una tercera práctica que debe destacarse, se orienta a que las Clínicas Latinoamericanas plantean en la teoría y en la práctica un concepto propio de litigio estratégico, construyen agendas basadas en problemas reales y posibilidades de incidencia y a través de estos ejercicios aportan de forma creativa al concepto formalmente planteado por la doctrina.

Conocemos que este concepto de litigio estratégico o litigio estructural ha evolucionado en la cultura anglosajona desde los años 70 hasta la fecha[8]. Inicialmente, se orientó el concepto sólo al denominado litigio público, con un énfasis marcado en derecho público, reformas públicas y las políticas públicas. De allí surge luego el concepto de litigio estructural y se orienta a reformar instituciones, donde se vulneran derechos humanos como las cárceles, las escuelas, los hospitales. (Puga: 2013:123).

El litigio estratégico o estructural se nutrió en América latina con el concepto de interés público, el cual amplió la mirada de los casos y luego evolucionó hacia un enfoque integral de derechos humanos. Las áreas de lo estatal y de lo privado empiezan a tener elementos de interés público que exigen acciones en temas antes inexplorados como la vivienda, la alimentación de los niños y las niñas, la discriminación laboral de las mujeres, la violencia de género entre otros.

Para los profesores Latinoamericanos, el concepto de litigio estratégico se relaciona con la búsqueda y trabajo en casos emblemáticos o casos testigo que se presentan ante los tribunales, es decir, casos que cuestionan de forma directa la implementación de políticas o estándares internacionales, constitucionales o legales en derechos humanos (CELS: 2008:28). Se complementa el concepto con el análisis de las repercusiones o impactos de los casos en lo jurídico, sociopolíticos o de expansión hacia la sociedad y como contribución democrática, en el campo pedagógico y en el fortalecimiento de las condiciones institucionales para realizar

litigio estratégico (autonomía y respaldo institucional). (Olea: 2013:1).

El criterio de litigio estratégico ante los tribunales está cambiando en varios países Latinoamericanos y se abren espacios para el trabajo por los derechos humanos ante instancias administrativas, buscando ante todo la prevención o la aplicación de procedimientos administrativos en tiempos más cortos y con mayor eficacia, tal es el caso de Perú.

Un debate que igualmente surge, se orienta al cuestionamiento sobre el cumplimiento de las decisiones judiciales, luego de largos y desgastantes procesos litigiosos. Existe una tendencia grave al incumplimiento y esto deslegitima la opción judicial en muchas ocasiones, perdiendo la confianza de las comunidades en el aparato judicial, las acciones judiciales y por ende, las sentencias.

Se concluye con el concepto aportado por el profesor DIEGO MORALES: "Los cambios estructurales no se logran con acciones, se precisa del acompañamiento de las organizaciones y es necesario entender, reflexionar e investigar; el concepto está hoy basado en la incidencia y cada vez menos en el litigio judicial. Se realiza en mayor medida una búsqueda de los problemas de fondo. El litigio estratégico implica la necesidad de que las ONG's y la Universidades trasciendan ciertas circunstancias y trabajen en temas de verdad y justicia, en realidad se trata de promover "juicios", no sólo ante los jueces sino ante diversas instituciones. Se trata de recuperar la reflexión de los primeros tiempos" (Morales, 2012).

Para la selección de los casos, las clínicas Latinoamericanas en general examinan, en primer lugar, su impacto social, jurídico y académico; en ocasiones se atiende al criterio de tratarse de casos estructurales, aunque esta pretensión es cada vez más irrealizable. Para las clínicas, el enfoque de derechos humanos en la selección de sus casos les permite analizar si existen grupos de especial protección, su grado de acceso a la justicia, la fundamentación de sus pretensiones y a través de un análisis de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades, conocido (como DAFO[9]) , se toman decisiones sobre la importancia del caso, la existencia de una teoría del caso y sus posibilidades de éxito o debate en las diversas instancias, no sólo judiciales sino también administrativas.

La viabilidad jurídica o posibilidades de un resultado a través del uso de las diversas herramientas que el derecho ofrece, es un segundo parámetro que las clínicas examinan. En ese sentido, las acciones jurídicas que más se utilizan son las de amparo, inconstitucionalidad, acceso a información o derecho de petición, solicitud y participación en audiencias públicas, intervenciones administrativas y en el caso colombiano, las acciones populares. En tercer lugar y como un criterio determinante, se examina la relación con los afectados directos por el caso (comunidades, grupos de vecinos, etc.) y las alianzas o redes de apoyo que puedan existir para impulsar el estudio y planteamiento del caso.

Surge aquí la cuarta práctica que debemos destacar y es la relacionada con la búsqueda permanente de aliados para el litigio estratégico. Cuando surge una Clínica y durante su trabajo, requiere del contacto directo con organizaciones sociales e incluso públicas (Defensoría del Pueblo por ejemplo), que le permitan un acercamiento a las comunidades y personas que requieren asesoría y apoyo para el trámite de casos de interés público en el área de la Clínica.

Las redes constituyen además espacios de formación, debate y aprendizaje permanente para los docentes y estudiantes de las Clínicas. Sus contribuciones son muy valiosas y permiten no solamente acceso a información, sino coordinación de actuaciones conjuntas, por ejemplo *Amicus Curiae*, informes, proyectos o demandas interpuestas por varias clínicas.

En América Latina no han existido espacios formales que se ofrezcan a los docentes para formarse en Educación Legal Clínica. Esta carencia la han suplido los encuentros y

trabajos de las redes y proyectos regionales y nacionales, en algunos casos con recursos de la cooperación internacional. Se han realizado igualmente algunos esfuerzos en materia de pasantías de profesores y estudiantes en otras clínicas y en organizaciones que propician el trabajo ProBono. Estas experiencias permiten intercambio de experiencias, fortalecimiento de relaciones académicas y trabajo conjunto.

Es necesario reconocer que estas alianzas son muy valiosas y que en la fase actual se empiezan a construir algunos casos comunes que mostrarán la vía futura de trabajo interclínicas y al interior de las redes, como se evidenció en el apartado anterior, para el caso de la clínica jurídica de la Universidad del Rosario.

La quinta práctica que resulta pertinente destacar, se relaciona con el papel de los estudiantes en las clínicas jurídicas latinoamericanas, las cuales se conciben como un semillero de docentes e investigadores. Muchos de los estudiantes, luego de su experiencia clínica, continúan procesos de formación académica de postgrado y/o se vinculan a la academia o a las principales ONG's u organizaciones estatales e internacionales de derechos humanos. En el caso colombiano, los actuales docentes principales o supervisores de las principales clínicas, han tenido una experiencia clínica previa como alumnos(as).

En una encuesta realizada por el Semillero de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario (Colombia)[10], a estudiantes de las Clínicas en América Latina en el año 2013, se encontró que la percepción sobre la importancia y calidad de la educación legal clínicas es muy favorable y la reconocen como una experiencia pedagógica de gran impacto en su futuro profesional (65% de los encuestados).

Para los estudiantes una de las actividades más destacadas es la atención a casos de Alto Impacto o Litigio Estratégico (80.3%). Reconocen también que en las clínicas desarrollaron tareas de Investigación (77%) y participación en actividades de docencia, charlas y/o conferencias (75.4%).

Cuando miramos el desarrollo de competencias en la educación legal clínica, se encontró que para los estudiantes, su trabajo en las Clínicas les fortaleció especialmente en áreas de responsabilidad social, con una valoración media de 4.56 sobre 5; además consideran que estos procesos les fortalecen competencias específicas en materia de comprensión de problemas (4.49 sobre 5) y la capacidad para la investigación (4.43 sobre 5).

4. ALGUNAS CONCLUSIONES Y RETOS

El desarrollo del modelo de educación clínica en América Latina ha tenido, sin lugar a dudas, significativos e importantes avances; sin embargo, existen retos en los cuales debe pensarse y respecto de los cuales las clínicas, en sus diversas modalidades de estructuración y funcionamiento, deben idear propuestas para superar las debilidades, enriquecer las fortalezas y propiciar su fortalecimiento, siempre de cara a evitar un estancamiento o retroceso en los avances del modelo lo cual, en últimas, implicaría una regresividad en la protección, defensa y garantía del interés público y con ello, de los derechos humanos.

Algunos de los retos que pueden plantearse, son los siguientes:

- Es indispensable propiciar y apoyar espacios de formación de profesores con habilidades en el escenario clínico, que entiendan el modelo y sean parte de éste, desde su concepción hasta su puesta en marcha. En ese sentido, las redes académicas, nacionales e internacionales, son un espacio ideal para ello, pues las experiencias ajenas permiten tomar y aportar elementos importantes para el trabajo clínico en cada país o región.

– En consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, es fundamental la creación de redes académicas o el fortalecimiento de las existentes,, pues ello permite la evolución de las clínicas y la consolidación del modelo. Estas redes deben procurar la alianza con otras redes (no necesariamente de clínicas, pero que sí que compartan fines semejantes, v.gr. PILnet).

– Propiciar, promover y fortalecer las alianzas estratégicas con diversas organizaciones que compartan fines sociales y académicos afines al trabajo clínico, máxime teniendo en cuenta los importantes resultados que se pueden lograr a partir de este trabajo colaborativo, en virtud de herramientas como el litigio estratégico.

– Fomentar la creación de nuevas clínicas jurídicas, en las universidades o por fuera de éstas, pero cuyo trabajo se desarrolle a partir de alianzas con las Escuelas de Derecho de la Universidades.

– Resulta interesante propiciar, a partir de las redes académicas y las alianzas estratégicas, la creación de espacios internacionales de interacción, (tanto para profesores como para estudiantes de clínicas jurídicas); puede tratarse de espacios como pasantías, estancias de investigación, investigaciones transnacionales, estructuración de casos que permitan el manejo conjunto, v.gr. los *Amicus Curiae*, la formulación de consideraciones frente a opiniones consultivas de Tribunales internacionales o la elaboración y publicación de informes sobre casos de vulneración a derechos humanos.

– Es a todas luces necesario la publicación de las experiencias clínicas, lo cual permite fortalecer el modelo y adoptar elementos de experiencias ajenas que puedan mejorar las propias. Estas publicaciones pueden, además de revisar los casos clínicos como tal, aportar elementos de discusión alrededor de la estructuración de los diversos modelos clínicos, la enseñanza clínica del derecho, su funcionamiento, estructura, alcances y objetivos, lo que termina incidiendo en la formación de nuevas clínicas.

– Una importante debilidad que suele evidenciarse, en escenarios nacionales e internacionales, es lo relacionado con los recursos económicos, pues suelen requerirse para el manejo de casos en las regiones o para la asistencia a eventos académicos, por lo cual el factor económico sigue siendo un obstáculo a tener en cuenta.

– El litigio estratégico es un escenario de gran valor para la formación integral en materia de competencias éticas, sociales, académicas y de investigación en los estudiantes de derecho; contribuye igualmente a aportarles herramientas para conocer y buscar transformar la realidad social.

NOTA

1. Es importante anotar que las necesidades de un país y con ello las problemáticas que se generan, pueden variar incluso de región a región o de ciudad a ciudad al interior del mismo país; por ello, las clínicas jurídicas tienden a estructurar sus objetivos a partir de los intereses de cada contexto, los cuales pueden tener aristas comunes con la realidad nacional, pero tienen una serie de particularidades propias, que es necesario preverlas a la hora de diseñar estrategias de litigo para atender la situación.

2. A manera de ejemplo, está The Global Alliance for Justice Education (GAJE), la Red Latinoamericana de Clínicas de Interés Público, la Red ProBono Internacional, la Red Colombiana de Clínicas de Interés Público, The Global Network for Public Interest Law (PILNet), entre otras.

3. En ese sentido, ver: Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.91.IV.2), cap. I, secc. B.3, anexo, párr. 9.

4. Ejemplo de ello son los 5 artículos escritos por estudiantes de la Clínica, que hoy se encuentran publicados en libros de nuestra misma Clínica, así como en revistas de derecho, nacionales e internacionales, los cuales versan sobre temáticas abordadas por la clínica en sus casos.

5. La acción popular es una acción colectiva, de carácter público, creada por la Constitución Política de Colombia, en su artículo 88 y reglamentada a través de la Ley 472 de 1998. Esta acción supone la posibilidad de que las comunidades defiendan sus derechos directamente, sin el concurso de un abogado, lo cual plantea la conclusión de entender esta acción como una herramienta para la defensa de los derechos humanos, que supera la condición del tipo litigio jurídico, pues permite acceder a la justicia directamente para la defensa de los derechos colectivos, sin tener que demostrar ningún interés particular para actuar, distinto a ser persona. Un importante número de las actuaciones jurídicas adelantadas por la Clínica, versan sobre la interposición de esta clase de acciones.

6. La Fundación ProBono Colombia nace en 2009, como una entidad sin ánimo de lucro, conformada por algunas de las firmas de abogados más importantes del país. Su objetivo principal es hacer las veces de puente entre la población vulnerable que por sus circunstancias y falta de recursos económicos no tiene como acceder a los servicios legales de un abogado, y un grupo de más de 900 abogados que donan su tiempo para prestar servicios jurídicos gratuitos a este tipo de población. En el mismo sentido, ver: Declaración de Trabajo ProBono para el continente americano, disponible en: http://www.urosario.edu.co/Subsitio/trabajo-probono/ur/Que-es-el-Trabajo-Probono/ Consultada el 05/06/14.

7. Vid: González, Felipe, Editor. Cuadernos de Análisis Jurídico. Santiago de Chile, 1997-2003. Revistas disponibles en: http://www.derechoshumanos.udp.cl/cuaderno-de-analisis-juridicos-serie-publicaciones-especiales-n%C2%BA11-derechos-humanos-e-interes-publico/ fecha deconsultaConsultada el 06/05/14.

8. Se atribuyen los primeros aportes teóricos sobre el tema a Abram Chayes, Lon Fuller y Owen Fiss en Estados Unidos.En: Puga.M. referencias Litigio estructural, Buenos Aires, 2013. Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga Consultada el 06/05/14.

9. DAFO por sus siglas en español; por sus siglas en inglés, SWOT (Strenghts, Weaknesses, Opportunities, Threats). Ver: http://www.matrizfoda.com/ Consultada el 05/06/14.

10. Muestreo desarrollado a nivel regional (Colombia y países de Iberoamérica. Dirigido a estudiantes del programa de Derecho, que hayan participado o participen formalmente en el desarrollo y funcionamiento de Clínicas Legales, al interior de instituciones de educación profesional formalmente reconocidas.
La Encuesta se desarrolló de modo virtual, entre marzo 28 y mayo 28 de 2013 a través del sistema SurveyMonkey, implementándose tres compiladores: link directo a formulario, invitación específica a encuestado e invitación a participar a través de redes sociales (Facebook). Fueron resueltos 61 formularios, entre los tres compiladores activos: link (13), invitación (44/85), redes (4).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Abramovich, V. (2007). La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática. En M. Villarreal y otro (Eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. (91-121). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México D.F.
Alvarez, A. (2007). La educación clínica. Hacia la transformación de la enseñanza del derecho. En M. Villarreal y C. Courtis ? (Eds.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. (225-245). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México D.F.

Carrillo, A. y Espejo, N. (2011). "Reimaging Human Rignts Law Clinic". Maryland Journal of International Law, Vol. 26:80, 2011, (80-112).
Centro de Estudios Sociales y Legales CELS. (2008). *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho,* Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., Buenos Aires.
Centro de Estudios Sociales y Legales, CELS. (2013). Derechos Humanos en Argentina. Informe 2013. Siglo Veintiuno Editores, buenos Aires, 600 páginas.
Correa, L. (2008). *Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho*, 7 Opinión Jurídica, nº. 14.
Devoto, C. (2012). Enseñar derecho y preparar futuros abogados, ¿una cuestión metodológica? En *Actas del Primer Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, (205-225). Disponible en: http://www.derecho.uchile.cl/ensenanzadelderecho/docs/articulos/carolina%20devoto.pdf Consultada el 06/05/14.
González, F., Entrevista sobre la situación de las Clínicas Jurídicas en Iberoamérica, V. Solano, Entrevistadora, Santiago de Chile, 10 de Febrero de 2013.
Londoño, B. Et Al. (2009). *Educación Legal Clínica y defensa de los derechos humanos. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas GAP*, Bogotá, Universidad del Rosario.
Londoño, B., Et Al. (2010). *El concepto de Litigio Estratégico en América Latina,* en *Revista Vniversitas*, No. 121, (49-76).,
Disponible en: fechahttp://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt3.pdf Consultada el 06/05/14.
Morales, D. Entrevista sobre situación de las Clínicas Jurídicas en Argentina. B. Londoño, entrevistadora, Buenos Aires, 14 de Diciembre de 2012.
Olea, H. Entrevista sobre situación de las Clínicas Jurídicas en Chile. V. Solano, entrevistadora. Santiago de Chile, 20 de Enero de 2013.
Puga, M. Litigio estructural, Buenos Aires, 2013. Disponible en: http://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga fecha Consultada el 06/05/14.
Rodríguez, G. Entrevista sobre situación de las Clínicas Jurídicas en México. B. Londoño, Entrevistadora, México, 29 de Agosto de 2013.
Sánchez, F. (2007). *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil,* (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, DF.
Torres, M.L. (2013). Educación legal clínica, trabajo ProBono y litigio estratégico: el diseño de una trilogía para la protección del interés público y social. En B. Londoño, (Ed.), *Litigio Estratégico en Colombia. Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas*. (1-13). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
Villarreal, M. (2007). El litigio estratégico como herramienta del Derecho de Interés Púb*lico*. En F. Sánchez, (Ed.), *El Litigio Estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico*, (17-30). México D.F.: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Fecha de recepción: 24/02/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

COMPRENDER Y ENSEÑAR EL DERECHO DESDE EL CINE
UNDERSTANDING AND TRAINING LAW FROM THE CINEMA

Javier de Lucas

RESUMEN

El presente artículo contribuye a la reflexión sobre la didáctica de la pantalla en la Universidad, sobre la Universidad y el cine. Se apuntan primero las razones que sirven para tener en cuenta cómo el recurso al cine es útil en la formación universitaria y a esos efectos se destaca la utilidad del cine en la formación de los juristas. Con mayor motivo, cuando el cine es una herramienta didáctica si y solo si se ha aprendido su historia y su técnica. A continuación, se desarrolla cómo la contribución del cine a la formación de una conciencia crítica a propósito de la crisis que nos afecta, es decir, la utilidad del cine en términos de la formación de ciudadanía activa que sepa superar el mensaje del miedo. Y porque que crear una ciudadanía crítica es una tarea irrenunciable de la Universidad.

PALABRAS CLAVE

Cine, Historia del cine, Derecho, Juristas, Formación universitaria

ABSTRACT

This paper contributes to reflect on the didactic in Cinema at the University, on the University and the Cinema. Some reasons are said to take into account how Cinema is an appropriate tool within the high-education training, and with this aim, it should be noted the utility of Cinema in the training of jurists. In particular, when the Cinema becomes a didactic tool only if its history and technique has been learned. So on, it explains how Cinema has contributed to the raising of a critical consciousness, regarding the current crisis. This is, the utility of Cinema in relation to the creation of an active citizenship able to tackle the message of fear. Mainly, when creating a critical citizenship is a mandatory task of the University.

KEYWORDS

Cinema, History of cinema, Law, Jurists, high education training

COMPRENDER Y ENSEÑAR EL DERECHO DESDE EL CINE

Javier de Lucas
Catedrático de Filosofía del Derecho
Instituto de Derechos Humanos
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Una cuestión de principio y método: sobre el lugar del cine en la docencia universitaria 2. Sobre el ideal ilustrado y la misión de la Universidad. 3. De la utilidad del cine en la formación de los juristas. 4. Contribución del cine a la formación de la ciudadanía hoy: pensar con la propia cabeza frente al mensaje del miedo. 5. Recomendaciones de lecturas.

1. UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIO Y MÉTODO: SOBRE EL LUGAR DEL CINE EN LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

Una prueba de la dificultad —del retraso— que afecta a la cuestión objeto del monográfico en el que nos invita a participar el profesor García Añón es el hecho de que todavía hoy debamos someter a examen lo que a algunos nos parece un truísmo, una obviedad. Me refiero a la utilidad o incluso la necesidad del cine, hoy, como herramienta para la transmisión del conocimiento y, por tanto, para la docencia en todos los niveles (desde la enseñanza primaria a la superior)[1], así como para la investigación. También en esos centros —las Facultades de Derecho— que parecen resistirse aún a los esfuerzos de innovación de la docencia respecto a los caminos trillados que nos llegan desde el comienzo de la enseñanza universitaria, es decir, desde el remoto antecedente de la *Escuela de Derecho Romano* en Bolonia, en 1088, que desembocará en las primeras Facultades de leyes y cánones, entendidas como Facultad "Mayor"[2].

Si la cuestión todavía no es pacífica se debe, probablemente a que, como se ha insistido, antes de enseñar *con el cine* hay que enseñar *en el cine*. Es decir, porque no se puede recurrir al cine como herramienta didáctica si antes no hemos aprendido la historia y la técnica de un instrumento multidimensional. Por supuesto, esa es la primera exigencia para quienes tratan de integrar el cine entre los recursos de la docencia. Comprender la especificidad que resulta del hecho de que el cine es, a la vez, entretenimiento/ocio, industria/negocio, además de uno de los caminos para conocer, para conocernos. No se trata sólo de una de las artes, ni sólo de un negocio en la industria del *enterteinment.* Es eso y mucho más: un medio, pero no un medio auxiliar, sino una herramienta imprescindible del saber, aunque no es menos cierto que constituye asimismo un gigantesco recurso para la propaganda y la manipulación. Sobre esa base se explica el gran poder del cine, como ha escrito Juan Miguel Company[3].

Es cierto que, con mucha frecuencia, el problema de la utilización didáctica del cine choca con una incomprensión *a radice* de las características de la cultura audiovisual, algo sobre lo que también se supone que deberíamos haber avanzado, transcurridos casi cuarenta años de las lecciones de Macluhan sobre la necesidad del "aula sin muros". Quizá lo que sucede es que, como ha escrito por ejemplo Victor Amar, el problema respecto a la consideración del cine como recurso didáctico radica en que "no siempre ha sido considerado como un planteamiento transversal o como un proyecto de educar para los medios de comunicación. Si tan importante entendemos que es la educación audiovisual, por qué no se imparte en las escuelas y en los demás ciclos formativos. Por qué, en la mayoría de las ocasiones, se utiliza como un auxiliar didáctico y no conforma parte del acto educativo". (Amar, 2009:132).

Lo que está fuera de toda duda es que el cine es hoy una herramienta privilegiada del saber. Lo es o, al menos, puede y debe serlo, en particular por lo que se refiere a algo que considero tarea irrenunciable de la Universidad, la de contribuir a formar una ciudadanía crítica. Esa misión es hoy más necesaria que nunca. Y digo hoy, porque el contexto de crisis hace más visible un riesgo del *modelo Bolonia* en el que supuestamente andamos inmersas las universidades europeas. Me refiero al énfasis prioritario, si no casi exclusivo, por transformar las Universidades en una suerte de escuelas de capacitación profesional, que deben servir para proporcionar al mercado aquello que éste necesita. He escrito mercado: recordemos algo que sabemos desde que Ferguson escribiera su imprescindible ensayo sobre la noción de sociedad civil[4] y es que el mercado no es toda la sociedad civil. Incluso —como subrayara el mismo Ferguson— la absorción de ésta por aquél significa su declive y viene marcada por la agudización de lo que el filósofo escocés considera las dos enfermedades de la sociedad civil, la corrupción y la separación entre el ciudadano y el político.

En efecto, el acento puesto de modo prioritario (si no casi exclusivo) en el "adiestramiento en las capacidades" como objetivo básico del proceso docente y en la rentabilidad como elemento de juicio de la tarea que deben acometer las Universidades, tiene un primer coste evidente. La docencia y la investigación básica, sobre todo la que se desarrolla en el ámbito de ciencias sociales y humanidades, resulta directamente concernida y fácilmente estigmatizada como una rémora, un vestigio *premoderno* del que hay que desprenderse en esa "sociedad del conocimiento" que parece más bien organizada sobre el *protomoderno* modelo del taylorismo, aunque ahora las cadenas de producción aparezcan precisamente *deslocalizadas* —desencadenadas— gracias a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Pero no es así. Sabemos precisamente que esas TIC no sólo tienen una dimensión *abierta*, sino que también pueden proporcionar la posibilidad de extender el control sobre los horarios y dedicaciones laborales hasta modelos de sobreexplotación que no entienden de jornadas laborales, ni de los límites impuestos por la conciliación familiar o el ocio. Aún más. Esa valoración negativa —por disfuncional— de las ciencias sociales y las humanidades en realidad no responde a un exceso de tecnificación o al primado de un modelo de ciencia que no admite como tal la contribución de esos ámbitos.

El problema es en gran medida ideológico. Porque es precisamente desde los campos de las ciencias sociales y de las humanidades y también de las ciencias básicas (más que desde la tecnología y las ciencias aplicadas) desde los que se sostiene una gran parte de la misión crítica que puede y debe desempeñar la Universidad. Una tarea que, a mi juicio, es la prioritaria y que entronca directamente con la que le atribuyó el espíritu de las luces, esto es, con su relación con el proyecto de emancipación. Hablo, evidentemente, de lo que proponía Kant en su mencionado análisis sobre las funciones de las diferentes Facultades universitarias y de modo particularmente claro en un pequeño texto que constituye la explicación de

su *Programa del semestre académico de 1765-66*. Es ahí donde sostiene que el propósito de la docencia en la Universidad consiste en conseguir no tanto cabezas bien adoctrinadas, sino cabezas que piensen por sí mismas, que hagan suyo el lema que fue de la Ilustración y sigue siendo la condición de cualquier sociedad que aspire a lo mejor: *sapere aude!*. Un proyecto que, por cierto, es recuperado en España por la tradición de la Escuela Libre de Enseñanza y toma cuerpo en la II República, que puso en su corazón, si se me permite expresarlo así, la prioridad que tiene la educación para la democracia porque, la II República, según Marcelino Domingo, Ministro de Instrucción Pública, heredó "una tierra poblada de hombres rotos", una inmensa carencia de escuelas y de maestros, un lastre que el sistema educativo español arrastraba desde hacía más de cien años pero que, sobre todo, hacía de la ignorancia y el prejuicio un terreno abonado para la dominación, gracias al arraigo de esa *servidumbre voluntaria* que describiera el caballero de la Boétie. En definitiva, el escenario que Spinoza criticara magistralmente cuando escribió: "Por lo demás, aquella sociedad cuya paz depende de la inercia de unos súbditos que se comportan como ganado, porque sólo saben actuar como esclavos, merece más bien el nombre de soledad que de sociedad" (*Tractatus Politicus*, vol. 4).

2. SOBRE EL IDEAL ILUSTRADO Y LA MISIÓN DE LA UNIVERSIDAD

Permítaseme evocar por un momento ese proyecto republicano que considero cabalmente heredero del ideal ilustrado. De su importancia hablaban con claridad los primeros Decretos de la II República española:

> "El Gobierno provisional de la República sitúa en el primer plano de sus preocupaciones los problemas que hacen referencia a la educación del pueblo. La República aspira a transformar fundamentalmente la realidad española hasta lograr que España sea una auténtica democracia. Y España no será una auténtica democracia mientras la inmensa mayoría de sus hijos, por falta de escuelas, se vean condenados a perpetua ignorancia […] *El primer deber de toda democracia es este: resolver plenamente el problema de la instrucción pública*".

Si históricamente hay una conexión clara entre democracia y universidad pública, es evidente el nexo conceptual entre ciudadanía, democracia y universidad pública. Creo que, en tiempos convulsos como los que vivimos, que no son sólo un período de crisis económica sino también —más profundamente— un cambio de época, puede resultar oportuno detenerse unos minutos para pensar sobre esa relación que es no sólo una necesidad, sino una oportunidad, una palanca que, a juicio de muchos, es precisamente la que nos permitirá hacer frente con éxito a los desafíos que afrontamos y por ello constituye la mejor inversión, no un gasto.

Lo primero que me parece necesario recordar es que cuando hablamos de esta crisis, en realidad, no nos encontramos ante algo nuevo. Es asimismo oportuno tener en cuenta que, pese a lo que pueda parecer, tampoco estamos ante el fin del mundo a cada semana, a cada minuto, que es la impresión que a veces obtiene uno al leer la primer plana de los periódicos y no pocos informativos de radio y televisión. No niego que los nuestros son tiempos difíciles. Lo son. Haría falta estar ciego para negar que así lo está sufriendo creciente e injustamente una parte importante de la población de nuestro país: los que no tienen trabajo, los que lo perdieron y aun contando con experiencia y encontrándose en una edad en la que se es activo, son rechazados por un mercado que los considera demasiado caros. Y los jóvenes que no pueden comenzar a labrarse su propia vida, su propio proyecto, que empieza por una habitación propia, porque pese a su formación no hay oferta laboral para ellos. Todo eso es verdad. Pero conviene situar las cosas en su sitio y comenzar por reconocer que nuestra si-

tuación de dificultad es vista como el paraíso por una buena parte de la población mundial que sobrevive a duras penas (de hecho, muere) ante nuestros ojos, siglo tras siglo, decenio tras decenio. También hoy.

Lo diré de otra manera, con palabras que no son mías, sino de alguien que sabía escribir y muy bien. Acabamos de conmemorar el 200 aniversario del gran Dickens, que vivió *tiempos difíciles*, los de los comienzos de la revolución industrial, con la explotación de trabajadores que no eran sólo hombres y mujeres, sino también niños; tiempos de la prisión por deudas, de esperanza de vida que apenas llegaba a los 30 años, de impresionante mortalidad infantil, de la justicia como brutal imposición de intereses de clase; tiempos que describió en novelas como *Tiempos difíciles*, *Oliver Twist*, *Casa desolada*…. Viene bien recordar el comienzo de su *Historia de dos ciudades*, uno de los mejores comienzos de novela que jamás se hayan escrito:

> "Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos. La edad de la sabiduría, y también de la locura. La época de la fe, y también de la incredulidad, la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Lo tenemos todo, pero no somos dueños de nada, caminamos derechito al cielo pero tomamos el camino a otro lado. En fin, esta época es tan parecida a todas las épocas, que nada de lo que aquí voy a contar debería, en realidad, sorprendernos. Nada. Ni el perdón, ni la venganza, ni la muerte, ni la resurrección".

Hasta ahí Dickens, que parece hablarnos a nosotros. Sí, los nuestros son tiempos difíciles. Para muchos, para la mayoría de nosotros, lo son sólo desde 2008 y nos anuncian que se prolongarán un decenio. Pero para buena parte de la humanidad, nunca han dejado de serlo, porque para ellos esas condiciones que Dickens describió (que son las mismas que hicieron escribir a Engels y a Marx), apenas han cambiado y no tienen visos de cambiar. No en un decenio. En otro siglo.

Ahora bien, si ponemos en marcha la palanca que mueve el mundo, que nos abre el futuro, haremos mejor nuestro tiempo. Esa palanca es la educación. Todo el mundo, todos los políticos, del rey al último concejal, saben que hay que decirlo así. Y estamos aburridos de que se quede en eso, en discurso. Este es nuestro mal. Que la necesidad de educación es un latiguillo retórico que no se concreta en recursos presupuestarios. Por muchas urgencias extremas y dramáticas que presenten los mercados y sus gestores y sus modelos supuestamente racionalizadores, *la madre de todas las prioridades* es ésta: invertir en formación, en conocimiento, en educación, en investigación, en cultura. Y si esa prioridad no se refleja en los presupuestos, por mucha retórica que se utilice, creo que habrá que decir, educada pero firmemente, que no, que ese proyecto, que esos presupuestos, no van a salvarnos del déficit más grave que nos amenaza, el de incrementar nuestra ignorancia, nuestra pasividad, que nos impiden ser dueños de nuestro destino.

De eso se trata. Insistiré en el argumento: para muchos, la utilidad de la Universidad como institución de formación en el conocimiento y de investigación, se mide sólo en términos de su adecuación a las necesidades del progreso económico, que traducen de forma reductiva en las demandas del mercado. No niego que una parte de la misión de la Universidad, de su función, de su responsabilidad social, sea ésa. Formar profesionales aptos para el tejido productivo. Pero a mi juicio esa no es la prioridad. Por eso, la primera misión de la Universidad sigue siendo el propósito descrito por Kant, conseguir "cabezas que piensen por sí mismas".

Ahora bien, atreverse a pensar con la propia cabeza exige como condición un tipo de trabajo, de esfuerzo, que es precisamente lo que llamamos "estudio". Hablo de estudio para referirme a ese esfuerzo constante y riguroso que constituye, que debe constituir, el meollo del quehacer universitario: sí, permítanme recordar lo obvio, esto es, que la docencia y la investigación, y con ello el acceso, la formación y la difusión del conocimiento, a la adquisición de una conciencia bien formada y crítica son la primera responsabilidad social de la Universidad, nuestra primera responsa-

bilidad. Sí, tengo claro que la Universidad no es, ni debe sustituir a un partido político, ni a movimientos sociales como el 15-M, el 25-S, o al altermundialismo, en el legítimo juego de poder. Pero es un actor imprescindible del espacio público, de la cosa pública, de la *res publica*. Y por ello debiera ser considerada siempre —y más aún en tiempos de crisis— no como un gasto a recortar, sino como una oportunidad sin la que no podremos ganar el futuro; no una carga, sino una inversión; y aun diría que la mejor inversión. Exijámosle. Pero cuidémosla.

Por eso, la importancia de la contribución de la Universidad trasciende a su aportación al PIB, al tejido productivo y debiera medirse en todo caso con los indicadores de lo que conocemos como "desarrollo humano", que incluye la calidad de vida en términos de democracia, derechos humanos, libertad, justicia. Todo ello se basa en lo que antes llamábamos instrucción pública, en el mejor de los sentidos. Lo decía Fernando de los Ríos, a quien acudo de nuevo: lo único que realmente necesita un país para desarrollarse es un pueblo instruido. No hay ciudadanía, no hay democracia activa, no hay por tanto una vida buena, sin ese esfuerzo por el conocimiento crítico. Porque sin conocimiento crítico es imposible la libertad, sin la que —a su vez— no puede haber ni ciudadanía responsable, ni sociedad civil como sociedad libre y justa. Porque la libertad —como explicara el presidente Rooselvelt— es ante todo "libertad frente al miedo", miedo que nace las más de las veces de la ignorancia y del prejuicio.

Esa tarea es el sentido y la función de la Universidad pública. La Universidad pública, la escuela pública son, a mi juicio, junto a la sanidad pública, el ejemplo más claro de lo que los ingleses llaman *civil service*. Sin ella no hay una sociedad civil decente. Ya sé que el ejemplo que se suele dar hoy de los agentes de la sociedad civil son los emprendedores, los empresarios y no pretendo negar su importancia. Pero estos son agentes de la sociedad civil y no sólo de su interés particular en la medida en que ante todo son ciudadanos, es decir, en la medida en que se saben parte de un bien común, lo que exige un espíritu republicano, en el más clásico y noble sentido del término. Un espíritu cívico. Y la formación de ese espíritu cívico es tarea de la educación, la razón de ser de la educación pública, de la Universidad pública, *quod erat demonstrandum*.

Pero el objetivo de estas páginas es contribuir a una reflexión sobre la didáctica de la pantalla en la Universidad, sobre la Universidad y el cine y por eso no tendría sentido sin, previamente, atender a dos escenarios más concretos de la argumentación básica que he intentado presentar. Por esa razón, siguen dos epígrafes que tratan de ayudar a concretar el planteamiento. Apuntaré primero algunas razones que sirvan para tener en cuenta cómo el recurso al cine es útil en la formación universitaria y a esos efectos me referiré a la utilidad del cine en la formación de los juristas. Y, finalmente, me serviré de nuevo de la contribución del cine a la formación de una conciencia crítica a propósito de la crisis que nos afecta, es decir, la utilidad del cine en términos de la formación de ciudadanía activa que sepa superar el mensaje del miedo.

3. DE LA UTILIDAD DEL CINE EN LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

Quisiera ahora avanzar un paso más en el propósito de estas páginas, para comentar someramente algunos aspectos que permiten concretar la utilidad del cine como herramienta docente en la enseñanza superior, tanto de grado como en la especializada (master y doctorado) e incluso en la enseñanza de formación continuada de quienes son ya profesionales. A esos efectos, centraré la atención en la aportación que puede significar la integración del cine en los diferentes niveles de formación de los juristas, comenzando, claro está, por las Facultades de Derecho.

En la mayor parte de nuestras Facultades de Derecho, la atención a la literatura o el cine como instrumentos para la formación de los juristas es relativamente reciente. Sin embargo, la relación del Derecho con una y otro viene, obviamente, de lejos. Por ejemplo, en casi todas las culturas encontramos representaciones del Derecho, de la experiencia de lo jurídico, a través del arte y ahí surge necesariamente la remisión a la literatura y al cine. Por eso, como ha explicado bien el profesor José Calvo[5], tanto si hablamos del "Derecho en la literatura", como del "Derecho como literatura", cualquier lector medianamente ilustrado puede ofrecernos, sin duda, ejemplos que nos remiten, por ir a lo grueso, a los clásicos de la literatura y del teatro griego, a las comedias de Shakespeare o a nuestro Don Quijote, sin olvidar la tradición de narraciones infantiles en las que instituciones y sentimientos jurídicos ocupan un lugar central, como bien sabían los hermanos Grimm. Es esa la razón por la que uno de los grandes juristas norteamericanos del siglo XIX, Benjamín Cardozo, reconocía a los novelistas y poetas como "los primeros maestros de los juristas". Algo que parece sostener también, más recientemente, una especialista en educación como Martha Nussbaum, autora de *Poetic Justice* (1995)[6]. Se trata de un modelo que, en cierto modo, alcanza una cumbre en la persona de quien fuera uno de nuestros más notables catedráticos españoles de Derecho Romano y de Derecho Natural, un cierto Leopoldo García Alas y Ureña, cuya tesis doctoral versó, por cierto, sobre *Derecho y moralidad* y que fue traductor entre otras de una obra capital del jurista Jhering, *La lucha por el Derecho*. Lo hizo con particular talento creativo, casi tanto como el que mostró al escribir la obra por la que es más conocido, aunque la firmara con otro nombre que ha quedado para la posteridad, *Clarín*. Hablo, desde luego, de su libro inmortal, *La regenta*.

Pero es que la relación entre el cine y el Derecho es asimismo constante, pues se remonta casi a los inicios del séptimo arte. El Derecho, la literatura y el cine, son disciplinas narrativas y por eso el carácter retórico y argumentativo del Derecho, su lenguaje, sus razones, se pueden explicar gracias a la literatura, el teatro, el cine[7]. Y, sobre todo, si acepta que el Derecho es básicamente acción e interpretación, experiencia jurídica creada por los juristas y los ciudadanos y no sólo producción normativa en manos del poder legislativo y ejecutivo, puede entenderse mejor la utilidad del cine para la formación de los juristas. El cine, como instrumento interdisciplinar puede contribuir a la formación de los juristas en aquello que más necesitan, advertir que el Derecho es un recurso de y en la vida social y personal, que requiere el conocimiento de la psicología, de la economía, de la sociología, de las nuevas TIC, incluso de la biología. Porque está, o, al menos aun lo está, en el centro de la vida social e incluso personal, desde antes de la cuna hasta después de la tumba. Lo saben quienes hacen cine, como, por ejemplo en España el tándem Berlanga y Azcona, no sólo por el *El verdugo* (1963), o en *Bienvenido Mr Marshall*, sino también y soberanamente, en *El pisito (1959).* Por tanto, y como señalaré enseguida, esa utilidad no se atiene necesaria ni exclusivamente aquel tipo de cine que se suele relacionar directamente con el mundo jurídico, el género de *trial movies*, cine de procesos, de juicios, que cuenta con ejemplos que todos podemos citar de memoria, como *12 angry men* (*12 hombres sin piedad), Witness for the Prosecution (Testigo de cargo),* o *To kill a Mockingbird* (*Matar a un ruiseñor*).

En efecto, no hay prácticamente aspecto o problema relevante del Derecho que no encuentre tratamiento en el cine. De hecho, una mínima aproximación bibliográfica ofrece más de setecientos títulos de películas con esa temática. En todo caso, creo que conviene evitar el prejuicio de la supuesta frivolidad en el tratamiento cinematográfico del Derecho. El cine comercial, desde luego, no es riguroso con los asuntos jurídicos, pero tampoco lo es con la política, con el trabajo, con la violencia, con la vida…De hecho, el cine clásico de Hollywood no deja de ser comercial y parece que

la eclosión de lo que podríamos denominar el paradigma de cine jurídico, el mencionado género de *trial movies*, película de jurado, a finales de los 50, no es ajeno a razones comerciales, pues obedeció a que las productoras pequeñas no podían competir con el colosalismo de los grandes estudios. Es verdad que, en la mayoría de los casos, la industria de Hollywood nos ofrece una imagen del Derecho que está acaso demasiado vinculada al *stablishment* dominante en los EEUU y a su sistema jurídico, del que por otra parte supo pueden desnudar los trucos y patologías, como lo consiguió tantas veces genialmente Billy Wilder, por ejemplo en su *The Fortune Cookie* (*En bandeja de plata)*. Pero, en realidad, los problemas jurídicos aparecen en muy diferentes géneros del cine: por ejemplo, en el cine del *far-west* (el cine del oeste) o en el de ciencia ficción, en los que la noción de justicia, del fuera de la ley, el papel de los jueces y los derechos del ciudadano de a pie, la discriminación, el racismo, la libertad de palabra, el derecho a la vida, son asuntos fundamentales. Y finalmente, para entender los cambios a los que el Derecho obedece, nada mejor que seguir los modelos que nos ofrece la industria del cine. Por ejemplo, si quieren saber si nuestra respuesta jurídica y política frente al terrorismo es compatible con las exigencias del Estado de Derecho y con el marco de legitimidad legal que ofrecen nuestras constituciones, conviene ir al cine.

Además, el Derecho tiene, como discurso, no pocos elementos en común con el cine. El Derecho no es una ciencia, sino más bien una técnica que conserva algo de arte. La enseñanza de esa técnica, de ese arte, no es un objetivo que se pueda dar por cumplido tras unos años encerrados entre aulas o entre las paredes de un despacho: la formación continua es, si se me permite la expresión al uso, condición *sine qua non* en la práctica del Derecho. Y esa es una de las pistas que nos introducen en la aportación que ofrece el cine (y los estudios de cine) no sólo a la formación inicial, sino a la formación permanente de los juristas.

Los estudios sobre la presencia del Derecho y sus concretas instituciones y problemas, sobre la ideología jurídica que se refleja en cierta cinematografía están presentes en la narración cinematográfica y proporcionan una herramienta para el conocimiento del Derecho. Muchas de las grandes películas de temática histórica son inevitablemente jurídicas: *Tiempos modernos* (1936)*, El nacimiento de una nación (1915), La batalla de Argel* (1965) *o Vencedores y vencidos* (1961). Y esta herramienta para el conocimiento del Derecho no sólo es metodológicamente adecuada para quienes lo conciben como un estudio de casos —*case law, Law in action*—, para quienes hoy tratan de renovar el modelo pedagógico de las Facultades de Derecho, por ejemplo a través del movimiento de clínicas jurídicas[8], sino incluso para quienes entienden el Derecho como *Black-letter law, Law in Books*, distinción, que, por otra parte, pierde cada vez más su sentido cuando casi todo el mundo acepta que el Derecho es sobre todo acción e interpretación, experiencia jurídica creada por los juristas y no sólo producción normativa en manos del poder legislativo y ejecutivo. Y todo ello sin que nos refiramos expresamente a aquel género cinematográfico que podemos llamar "Derecho en imágenes" y cuyo ejemplo señero, sobre todo en el cine norteamericano, es el cine de procesos, de juicios, el de los más clásicos ejemplos, como *Doce hombres sin piedad* (1957)*, Testigo de cargo* (1957) o *Matar a un ruiseñor* (1962).

Por qué en las Facultades de Derecho no está presente hasta ahora —salvo honrosas excepciones— el estudio del cine a través del Derecho? Probablemente por el modelo dogmático, próximo al positivismo formal-legalista, que ha dominado en la enseñanza del Derecho. Por eso, no debe parecer extraño que hayan sido siempre los movimientos más críticos con el positivismo jurídico formal legalista, aquellos que tratan de superar la visión casi autista que éste nos propone del Derecho —a imagen del barón de Münchaussen—, los que ponen el acento en la necesidad de saber insertar el Derecho en su contexto social para com-

prender el sentido y función que atribuimos al Derecho y a los juristas, para poder enseñarlo, interpretarlo, para trabajar con el Derecho, en definitiva. Por tanto, la conveniencia de ponerlo en relación con las disciplinas que nos explican ese contexto (sociología, historia, economía), pero también con las representaciones de lo jurídico en el arte. No es de extrañar que sea en el seno de concepciones críticas como el movimiento *Critical Legal Studies* (CLS)[9] donde comienzan a desarrollarse estas iniciativas que, desde los EEUU, se extienden con fuerza en América Latina (notablemente en Brasil) y en toda Europa (Inglaterra, en Alemania, en Italia o Francia y también en España), aunque los antecedentes nos obligan a remontarnos a la obra de White, *The legal Imagination* (1973). Son relativamente conocidas las obras de los principales defensores y adversarios de esta corriente, como las de Ward, Weisberg y, sobre todo, Richard Posner[10]. Ese movimiento cobrará aún más fuerza ante la evidencia de que la interpretación es la dimensión clave de lo jurídico, lo que obliga a los juristas a volver la atención hacia los estudios de semiótica, teoría y crítica literaria, pero también a la teoría de la argumentación como elementos clave en la formación de los juristas, algo en lo que viene insistiendo con acierto y rigor desde hace años el profesor Atienza[11]. La contribución desde la sociología jurídica es asimismo muy notable: puede comprobarse la atención que prestan a estos vínculos sociedades como la *Law and Society Association* (LSA) que edita la *Law and Society Review* (http://www.lawandsociety.org/), o su equivalente *Droit et Societé* (http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/revue-ds.htm#enligne). En la misma línea puede verse el trabajo desarrollado desde *Critical Legal Thinking. Law and the Political*: http://criticallegalthinking.com/2013/08/26/introducing-counterpress-a-new-open-access-publisher-of-law-and-critical-theory/. Pueden verse por ejemplo, entre otros, los interesantes trabajos publicados por el profesor Ricardo Sanín[12].

En toda Europa hay movimientos que reúnen a profesionales del Derecho y a profesores que tratan de desarrollar la vinculación entre *Derecho y literatura*: así, en Francia, en torno al jurista y profesor Antoine Garapon, autor de *Imaginer la loi. Le droit dans la litterature* (2008)[13], en Italia *la Associazione italiana Diritto e Letteratura*, AIDEL www.aidel.it, la *Nordic Network for Law and Literature* http://littrett.uib.no/index.php?ID=Nyheter&lang=Eng, o la *European Network for Law and Literature* http://www.eurnll.org. No es casualidad que un proyecto docente particularmente innovador en el ámbito del Derecho, como la *Academie Européenne de Théorie du Droit* sea impulsada por el profesor Ost, autor de obras de referencia como *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, (2004), *Sade et la loi* (2005) y coordinador de *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature* (2001). Por lo que se refiere a la relación entre Derecho y cine, además de una obra pionera, aunque muy específica, la del sociólogo del Derecho italiano Vincenzo Tomeo, *Il giudice sullo schermo. Magistratura e polizia nel cinema italiano* (1987), debe destacarse la contribución del grupo de Edimburgo que coordina el profesor Robson, cuya obra más conocida es *Film and the Law: The Cinema of Justice*. Por otra parte, son muchas las webs consagradas a esta relación: por ejemplo, *Droit et Cinema*: www.droit-justice-cinema.fr. Más específica, sobre cine y criminalidad organizada, puede consultarse la web http://www.youtube.com/watch?v=Pf54TCv-U_g&feature=share

En España, entre quienes han prestado mayor atención al desarrollo del movimiento que relaciona Literatura y Derecho (así los profesores Ramiro[14], Llamas, Barranco o Ruiz), debemos destacar al profesor de la Universidad de Málaga José Calvo, que mantiene desde hace años un blog de obligada referencia: http://iurisdictiolexmalacitana.blogspot.com.es y que ha publicado numerosos trabajos[15] y animado grupos de investigación sobre el particular. También en España, en lo que se refiere a la relación entre Cine y Derecho, ade-

más de la referencia obligada a los trabajos de Eduardo Torres-Dulce, se nos permitirá la remisión al proyecto desarrollado en gran medida través de la colección "Cine y Derecho" de la editorial Tirant lo Blanch, un proyecto que comenzamos en 2002, gracias al impulso y a la generosidad de Salvador Vives y Candelaria López: http://www.tirant.com/editorial/colecciones/cine-y-derecho y que alcanza este año el medio centenar de títulos, un proyecto en el que colaboran buena parte de los compañeros profesores de Derecho que trabajan en este ámbito, comenzando por el colega de la Universidad de Oviedo Benjamín Rivaya, a quien debemos muy numerosas y relevantes contribuciones sobre cine y derecho y sobre derechos humanos y cine, y también los profesores Ruiz, Presno, García Amado, Pérez Triviño, Latorre, Orts y muchos otros que han enriquecido la colección.

Resumamos: el lenguaje del cine es un instrumento de primer orden para transmitir cuanto está en el núcleo del Derecho, de sus tensiones, de sus paradojas, de su grandeza y también de su miseria. Un ejemplo claro es el de la relatividad de la verdad que persigue el Derecho. En aras de la seguridad, que es la aportación más evidente de lo jurídico (por eso las nociones de orden y control), el Derecho no persigue toda la verdad, sino una verdad sujeta a reglas y a limitaciones, de plazo y de forma. Una verdad que se busca de forma dialéctica, o, si se prefiere, dialógica, como lo muestra ese gran artefacto del Derecho que es el proceso. Esa dificultad de las diferentes versiones de la verdad y del drama que supone la relativa renuncia a la verdad por parte de los agentes del derecho es mucho más fácil de entender a través del lenguaje del cine, incluso más que en otro de los vehículos tradicionales de estos problemas jurídicos, las novelas de detectives o novelas negras, comenzando por el arquetipo creado por Conan Doyle, *Sherlock Holmes* (1887), un verdadero tesoro para enseñar lógica y argumentación. Pero hablábamos de cine. Y para ilustrar ese punto no hace falta que acudamos a las clásicas películas sobre la presunción de inocencia, la prueba, el proceso (además de las citadas, *El proceso* (1993)*; El caso Paradine* (1947)*; o Presunto Inocente* (1990)). Quien haya visto *Rashomon* (1950), una de las obras maestras de Kurosawa, tendrá claro a qué me refiero. Pero es que, en realidad, los problemas jurídicos aparecen el muy diferentes géneros del cine, por ejemplo, en el cine del *far-west* (el cine del oeste) en el que la noción de justicia, del fuera de la ley, el papel de los jueces y los derechos del ciudadano de a pie, la discriminación, la libertad de palabra, el derecho a la vida, son asuntos fundamentales. Basta pensar en películas como *The Searchers,* (*Centauros del desierto,* 1956) o *Roy Bean* (*El juez de la horca*, 1972) o, más recientemente, *Unforgiven* (*Sin perdón*, 1992).

Por lo demás, para entender los cambios a los que el Derecho obedece, nada mejor que seguir los modelos que nos ofrece la industria del cine. Por ejemplo, si quieren saber si nuestra respuesta jurídica y política frente al terrorismo es compatible con las exigencias del Estado de Derecho y con el marco de legitimidad legal que ofrecen nuestras constituciones, vayan al cine. Y no necesariamente, insisto, a lo que mi generación llamaba cine de *arte y ensayo*. Empiecen, por ejemplo, por ver *Wag the Dog* (*Cortina de humo*, 1997), protagonizada por dos espléndidos Robert de Niro y Dustin Hoffmann, con el apoyo eficaz de Anne Heche; continúen con la serie Rambo, con su proyección hacia el futuro que es *Judge Dredd* (1995), protagonizada por el mismo Stallone. Échenle un vistazo al riesgo de terrorismo nuclear y a la heroica respuesta de los diferentes presidentes norteamericanos, empezando por *Air Force One* (1996) y siguiendo por *Estado de sitio* (1998)*, The summ of all the fears* (1998)*, Independence Day* (1997) o los distintos *Terminator (1984-2009)*, y sigan con esas parábolas tomadas de los relatos de Ph K. Dick, que son *Blade Runner* (1982) y *Minority report* (2002). Pero el cine nos ofrece otra respuesta posible, la que encarnan *Men in Black I* (1997) y *Mars Attacks!* (1996)*,* la de *La estrategia del caracol* (1993)*, Un lugar en el mundo* (1992)*,*

Erin Brockovich (2000), *Los lunes al sol* (2002), *La muerte y la doncella* (1994), *Missing* (1982), *La noche de los lápices* (1986), *Garaje Olimpo* (1999), *Kamchatka* (2002) *y la Historia Oficial* (1985).

4. CONTRIBUCIÓN DEL CINE A LA FORMACIÓN DE LA CIUDADANÍA HOY: PENSAR CON LA PROPIA CABEZA FRENTE AL MENSAJE DEL MIEDO

Para terminar, quisiera esbozar algunos argumentos que nos permitan entender esa contribución del cine que considero hoy imprescindible, una escuela de democracia y ciudadanía. En efecto, el cine es, puede y debe ser, una extraordinaria oportunidad para alcanzar ese objetivo de conocer, de pensar por nosotros mismos, condición sin la que no podemos hablar ni de ciudadanía ni de democracia. Menos aún, de una sociedad buena, es decir, libre y justa. Y conste que no hablo sólo del denominado "cine comprometido"[16], del cine al servicio de un proyecto ideológico, del corte que sea, ni tampoco del cine documental, aquel que pretende reflejar la realidad de lo que nos pasa, de lo que le pasa a nuestro mundo.

El ojo del cine, su objetivo, supone siempre un resultado en términos de saber, incluso si su propósito se centra intencionada y exclusivamente en el goce estético. Y aun cabe añadir que el cine es en todo caso y a ese respecto el no va más, puesto que cumple con aquella propuesta que sobre la poesía formuló Horacio, inspirándose en Aristóteles. Recordemos que, para Horacio, la finalidad de la poesía puede ser deleitar o instruir, o, aún mejor, instruir deleitando[17]. Eso es el cine, su naturaleza, si puedo decirlo así: lo es porque, de modo distinto a la literatura en general, la poesía en particular, la pintura o la música, el cine permite una forma específica de conjugar dos libertades, la libertad creativa del conjunto de artistas y profesionales que —más allá del director— hacen posible una película, y la libertad interpretativa del espectador (sobre todo si se cumple aquel lema de La Codorniz "La revista más audaz para el lector más inteligente").

Se trata de un juego interactivo que provoca nuestro propio esfuerzo de conocimiento, de placer, de satisfacción. En ese sentido, como se ha escrito, el cine ofrece una ocasión muy particular para enseñar y aprender en las dos direcciones del proceso comunicativo que es la educación: "Enseñar a aprender y a mirar qué pasa, previamente, por un ciclo formativo donde los interesados aprendan a enseñar con la mirada. No basta utilizarlo como un mero recurso, hace falta que se desarrolle su capacidad para aprender haciéndose. Se nos antoja importante ésta nueva modalidad de entender el cine en lo educativo, pues resulta ser una manera de enseñar y aprender. El llamado cine proceso adquiere una dimensión explicativa y comprensiva, dotando al acto didáctica no sólo de lo que se debe saber (inspirado en la actuación del docente) sino, también, en lo que es capaz de saber, pues está envuelta también la otra parte (la que pertenece al discente)"[18].

Pero no quiero limitarme a consideraciones de tipo metateórico. Si se trata de entender cuál puede ser la contribución del cine a los objetivos de una institución como la Universidad, en un contexto como el nuestro, dominado por la crisis que a veces parece el apocalipsis, hay que hablar del miedo. Miedo que, como nos explica la filosofía política desde La Boétie, Maquiavelo o Hobbes, ha sido siempre la excusa de quienes llegan al poder sin ningún otro proyecto que el de perpetuarse en él. *Primus in orbe deos facit timor*, explicaba el clásico. Y así nos lo han hecho ver la mejor literatura y el cine. Basta pensar en Aristófanes o Eurípides, en Cervantes, Shakespeare, Dickens, o Canetti, pero también y sobre todo en el cine, porque frente al miedo hay sobre todo dos recursos que el cine. Por ejemplo, el cine del neorrealismo, del *cinema verité*, del *free cinema* ha sabido cultivar: el humor y la crítica. Am-

bos son ejemplos del poder del conocimiento frente al miedo.

En efecto, como herramienta de libertad y conocimiento, el cine es uno de los mejores antídotos contra el miedo. Ya sé, ya sé que el cine de terror y sus subgéneros es en sí una categoría, incluso de éxito, y *a més a més*, como decimos aquí, un género en el que triunfan algunos de nuestros jóvenes cineastas. Pero no me refiero a ese miedo, al miedo de "tiemble después de haber reído", sino al otro, al más grave, al miedo que nos quieren inculcar para paralizarnos en este tiempo de crisis y miedo, tragedias, catástrofes y épica que deviene en la necesidad del héroe o de los superhéroes, que han vuelto a Hollywood, porque, como explica Susan George, la lógica del miedo es la del capital en esta fase del proyecto neoliberal de globalización, la *primera ratio, el mensaje* ("el miedo es el mensaje") que utilizan a la hora de intentar suscitar adhesión quienes desmantelan todas las razones de adhesión (los derechos sociales y económicos, el modelo social renano) que sirvieron para construir el pacto social que devino en el Estado social de Derecho de la postguerra en Europa.

El cine ha puesto su objetivo en ese mecanismo institucional, casi desde sus orígenes. Recordemos *Intolerancia* (1916) o *Metrópolis* (1927); *Tiempos Modernos* (1936*)* o *El Gran dictador (1940); Fahrenheit 451 (1966), Apocalypse now* (1979); *To be or not to be* (1942) o *El Apartamento* (1960); *Ciudadano Kane* (1941)*, Z* (1969*), Missing* (1982) o *Whag the dog (*en España, *Cortina de humo, 1997*); *Brazil* (1985)*, Dr Strangelove* (*Teléfono Rojo: volamos hacia Moscú,* 1964)*, Bienvenido Mr Chance* (1979), *Buenas Noches y buena suerte* (2005)*, The Village* (*El Bosque,* 2004)*, In the loop* (2009) o *Four lions* (2010). En otras filmografías, *Ran* (1985) o *El viento nos llevará* (1999). Más recientemente, *Wall-E* (2008), *Up!* (2009) o la saga de *Toy Story (1995, 1997, 2010).* No hay más que evocar las comedias de los hermanos Marx como *Sopa de Ganso* (1933).

Empecemos casi al principio, con Charlot devorado por la máquina en *Modern Times* (1936): el trabajador no tiene tiempo (ni vida) para sí, el tiempo es de la máquina (taylorismo+fordismo); él, con sus compañeros, sólo lucha por sobrevivir, no por ideologías o banderas: comer…"no somos ladrones, tenemos hambre!" y es reveladora la forma en que Chaplin introduce el equívoco de la bandera y la manifestación. La Crisis del 29 estuvo muy presente en el cine: baste recordar dos miradas inspiradas en Steinbeck, quien no sólo fue Premio Nobel de Literatura sino periodista y mantuvo una relación estrecha con el cine. Tres de sus obras nacidas al contacto con la depresión fueron llevadas a la pantalla. Además de la última, *Al este del Edén* (Elia Kazan, 1955), cabe recordar *Las Uvas de la ira* (Ford, 1940) y *De ratones y hombres* (de la que hizo una primera versión Lewis Milestone 1939 y hay un remake de Gary Sinise, 1992). La postguerra, sobre todo en la Europa destruida por el largo conflicto es también un contexto de crisis de enorme calibre, que ofreció al cine algunas obras maestras: por ejemplo, *Ladrón de bicicletas* (de la novela de Luigi Bartolini de 1945, y rodada por De Sica en 1948) o la genial película de Berlanga *Bienvenido Mr Marshall* (1953). El contexto de la Ley Seca es el elegido por Wilder para filmar su extraordinaria *Some like it hot*, (*Con faldas y a lo loco*, 1959) Y el mismo Wilder reflejará como nadie en su filmografía otro tipo de crisis, la crisis moral que provoca un modelo de capitalismo, en su nunca suficientemente ponderada *El apartamento* (1960). Una denuncia que han proseguido, entre otros, cineastas como Ken Loach o Mike Leigh[19]. Y más cerca, en nuestro país, las películas de Berlanga, como *Plácido* (1961), *El Verdugo* (1963) o *Bienvenido Mister Marshall* (1953) que nos deja inmortalizado el discurso del alcalde desde el balcón, "ciudadanos, os debo una explicación y esta explicación os la voy a pagar" como arquetipo de la crítica la lengua de madera en la política. O ese monumento del absurdo que es *Amanece que no es poco* (1988), de Jose Luis Cuerda, con la

recuperación de la democracia asamblearia —de las mujeres— como fuente de todo orden social y su crítica de los aprendices yanquies de dueños del universo, encarnados por un jovencísimo Gabino Diego. Obviamente, deberíamos hablar de la cinematografía que se está produciendo, sobre la crisis presente[20]. Resumiré este repaso rápido a la mirada del cine sobre la crisis con alguna recomendación para ir al cine mañana mismo, que es lo que se supone que debo hacer: propondré dos. La primera, una película española, *Mercado de futuros* (2011), de la directora Mercedes Álvarez y Arturo Recin (Master documental UPF) un desalojo de la memoria individual y colectiva, un futuro hecho de polvo y sueños de la clase media: el mercado inmobiliario movido por la ideología del individualismo posesivo, atomista. La segunda, un homenaje a la educación, al maestro: la canadiense *Profesor Lazhar* (Philippe Falardau, 2011).

Aunque de nuevo corran malos tiempos para la Universidad, como para las demás instituciones educativas (para los maestros, para los profesores e investigadores —sobre todo sin son ¡ay! funcionarios—), sujetos a recortes en aras de otras prioridades, no quiero terminar sin reivindicar que, por muchas urgencias extremas y dramáticas que presenten los mercados y sus gestores y sus modelos supuestamente racionalizadores, *la madre de todas las prioridades* es ésta: invertir en formación, en conocimiento, en investigación, en cultura. Sí, en cine. En hacer cine. En estudiar el cine. En aprender con y desde el cine, en hacer accesible el cine. Pues bien, en mi opinión, si esa prioridad no se refleja en los presupuestos, por mucha retórica que se utilice, creo que habrá que decir, educada pero firmemente, que no, que ese proyecto, que esos presupuestos, no van a salvarnos del déficit más grave que nos amenaza, el de incrementar nuestra ignorancia, nuestra pasividad, que nos impiden ser dueños de nuestro destino.

Pero el cine —aun amenazado por todas las dificultades, incluida la subida del IVA— aunque se tenga que transformar en otras pantallas, no desaparecerá: lo saben mejor que yo tantos jóvenes y menos jóvenes que han hecho y hacen del cine su proyecto de vida. Muchos de ellos, gracias a las aulas universitarias. Aunque cada vez es más difícil, un lujo difícil de sostener por los cineastas y por los espectadores, que desertan de la grande hacia otras pantallas más y más pequeñas, más y más aisladas, a la par que más y más multiconectadas.

NOTAS

1. Que aún se encuentra en un momento muy anterior al desarrollo educativo que presenta por ejemplo Francia, donde el estudio del cine y su integración como instrumento docente están institucionalizados desde la enseñanza secundaria.

2. Lo que se aprecia muy bien en el ensayo de Kant *El conflicto de las Facultades* (1794), en particular en su segunda parte, relativa al conflicto entre las Facultades de Derecho y Filosofía.

3. Para un acercamiento a la obra de éste, se pueden consultar: "Comunicació audiovisual. Poders del cinema" (2011) en *Revista Futura*, núm. 22, monogràfic *Cinema i Educació*, de particular interés para la dimensión docente del cine. También, "Para una metodología de la enseñanza del cine ¡Viene el rinoceronte!" *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación,* núm.29, 2007 pág. 59 ss. Asimismo, junto con Ponce,V., "El delirio como texto", *Contracampo: ensayos sobre teoría e historia del cine*, 2007, pág. 227-231.

4. Cfr. *A essay on the History of the Cicil Society,* 1767. La obra está editada en castellano por Isabel Wences Simón, *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, Akal, 2010.

5. El profesor Calvo es probablemente el mayor especialista español sobre la relación entre Derecho y Literatura. Cfr. *El escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho*, Granada, Comares, 2012. Para los aspectos metodológicos y

prácticos de la docencia del derecho a través del cine, puede verse el trabajo de Mario Ruiz, "La docencia del Derecho a través del cine. Una apuesta innovadora", en el volumen editado por J. García Añón, *Transformaciones en la docencia y en el aprendizaje del Derecho*, Valencia, Innodret 2013, págs. 688-696.

6. Vid asimismo David F. Elmer, *The Poetics of consent - Collective Decision Making and the Iliad (2013).*

7. Es esta una perspectiva del Derecho que ha sabido explicar y desarrollar de forma sobresaliente Manuel Atienza, como lo testimonia la obra en la que se concentra y culmina su trabajo sobre el particular, el *Curso de Argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

8. Sobre ello, García Añón, "La Clínica Jurídica de la Universitat de València: el compromís social de l'aprenentatge participatiu", *Revista Futura*, núm. 24, primavera-estiu 2012, pág. 35-37.

9. Sobre los CLS, puede verse el artículo de Duncan Kennedy en el número 11 de la revista *Doxa* (1992), y los diferentes trabajos del profesor Pérez Lledó; por ejemplo, su "Critical Legal Studies en pocas palabras", *Teoria y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 10 (2011). Pero no cabe olvidar que desde una de las corrientes de los CLS, el feminismo jurídico, la profesora Williams habla de los estudios sobre Literatura y Derecho como una tradición centenaria: cfr. su *Empty Justice: One Hundred Years of Law, Literature and Philosophy* (2002).

10. Cfr. Possner, R., *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, 1988; Weisberg, R., "Poethics: Toward a Literary Jurisprudence", en *Poethics and Other Strategies of Law and Literature,* Columbia University Press, 1992; Ward, "Law and Literature: A Continuing Debate", en *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995.

11. Cfr por todos su reciente *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2013.

12. Así, su ensayo a propósito del film de Tarantino *Django unchained*: "Lincoln unchained: is Obama the global uncle Tom?": http://criticallegalthinking.com/2013/03/08/lincoln-unchained-is-obama-the-global-uncle-tom/

13. Véanse también los trabajos de Anne Teissier-Ensminger, *Le Droit incarné. Huit parcours en jurislittérature (2013) y asimismo,* Antoine Leca & Benoît-Michel Descomberousse *La lyre de Thémis ou La poésie du droit, suivi d'extraits du Code Napoléon mis en vers français, 1811 (par Descomberousse*) (2011).

14. El profesor Ramiro, además de otros trabajos acaba de coordinar un novedoso libro sobre las relaciones entre literatura, comic y Derecho: *Derecho, cine, literatura y cómic: cómo y por qué*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

15. Cfr, por todos el reciente *El escudo de Perseo. La cultura literaria del Derecho*, Comares, Granada, 2012.

16. Sobre ello, puede consultarse el número monográfico de la revista *CinémAction*, Monográfico *Cinema et engagement,* 140, 2011. Incluye un trabajo de Comany y Ponce, "Les quatre âges: le scénario comme palimpseste dans La guerre est finie".

17. *Ars poetical Epistola ad Pisones*, V, 334.

18. Amar, V., art cit., pág. 133.

19. Permítaseme sugerir a los lectores que vean el montaje creado por Nacho Vegas para la edición de 2011 *Abycine* (el festival internacional de cine de Albacete) sobre la obra de Loach, (*Rif-Raf, Lloviendo piedras, LadyBird, La Cuadrilla, En un mundo libre,* o la reciente *The Angels'Share*) con música del propio cantautor asturiano.

20.Sin ánimo de exhaustividad cabe recordar films como *Los lunes al sol, Wall Street 1 y 2, Margin Call (JC Chandor), The Flaw (David Kington), Inside Job (Charles Ferguson), The Company Men (J Wells), Up in the Air, Too Big to Fall (Curtis Hanson), Deudocracia (jreojratia*).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Amar, V., (2009), "El cine en la encrucijada de la educación y el conocimiento", *Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, 6 (2), 131-140.

Company, J.M., "Comunicación audiovisual: poders del cinema", en Varios Autores, (2011), Revista *Futura*, nº 22/2011, monográfic, *Cinema i Educació.*

Company, Juan M., (2007), "Para una metodología de la enseñanza del cine ¡Viene el rinoceronte!" *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación,* nº 29, 2007, págs. 59-62.

Company J.M., Ponce, V., "Les quatre âges: le scénario comme palimpseste dans La guerre est finie", *CinèmAction*, Monográfico *Cinema et engagement*, 140/2011.

Company J.M., Ponce, V., "El delirio como texto", *Contracampo: ensayos sobre teoría e historia del cine*, coord. por Jenaro Talens Carmona y Santos Zunzunegui Díez, 2007, págs. 227-231.

De Lucas, J., "En el origen del pacto social", en Varios Autores (Presno, M.A., Rivaya, B., coords), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

García Añón, J., "La Clínica Jurídica de la Universitat de València: el compromís social de l'aprenentatge participatiu", Revista *Futura*, nº 24, primavera-estiu 2012, págs. 35-37.

López Gandía, "La representación del trabajo en el cine entre fordismo y postfordismo", *Revista de Derecho Social* 31, 2005, págs. 231-256.

Monterde, E., *La imagen negada. Representaciones de la clase trabajadora en el cine*, Valencia, Filmoteca de la Generalitat, 1998, 296 páginas.

Rosellini, R., (1979). *Un espíritu libre no debe aprender como esclavo: Escritos sobre cine y educación*. Barcelona, Gustavo Gili.

Sand, S., *El siglo XX en pantalla. Cien años a través del cine*, Barcelona, Crítica, 2004, 569 páginas.

Varios Autores (Presno, M.A. y Rivaya, B., coords), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Varios Autores, (2011), Revista *Futura*, nº 22/2011, monográfic, *Cinema i Educació*

Fecha de recepción: 05/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

ESTUDIOS

Un sistema integral de solución de conflictos de derecho privado (¿tienen solución los males endémicos de la justicia civil?)
Vicente C. Guzmán Fluja
Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites
Juan B. Etcheverry
El *«discurso del odio»* en el sistema norteamericano y europeo. Tratamiento del racismo y la xenofobia en el proyecto de reforma del códiog penal
Margarita Roig
Cine documental y derechos humanos: de esquimales a militares
Mario Ruiz Sanz
Seguridad pública y seguridad jurídica en Iberoamérica. Una aproximación
Víctor Moreno Catena
Presupuestos metodológicos de la dogmática de la omisión: una reflexión desde el pensamiento de Von Wright
Tomás S. Vives Antón

UN SISTEMA INTEGRAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHO PRIVADO
(¿Tienen solución los males endémicos de la justicia civil?)
A COMPREHENSIVE SYSTEM OF CONFLICT SOLUTIONS IN PRIVATE LAW
(Do the endemic problems of civil justice have solution?)

Vicente C. Guzmán Fluja

RESUMEN

Un examen de los ordenamientos procesales civiles, tanto los de *civil law* como los de *common law*, revela que la justicia civil sigue presentando en la actualidad graves problemas de lentitud, elevados costes, ineficacia e ineficiencia que repercuten en la obtención de una solución justa y en el debido acceso a la justicia. La solución a los mismos exige trabajar en una doble línea: a) la evolución del proceso civil hacia fórmulas más flexibles y adaptables que permitan un tratamiento individualizado de cada caso para encontrar la mejor manera de abordar su solución, potenciando el llamado *"judicial case management"* y propiciando que las partes resuelvan el conflicto por acuerdo o consenso sin necesidad de llegar a la fase de juicio; b) teniendo en cuenta el decisivo papel que pueden tener los ADR en el acceso a la justicia, desplegarlos de forma planificada y realmente útil para los ciudadanos.

Trabajar sobre ambos elementos debe conducir a establecer un Sistema Integral de Solución de Conflictos como política pública dirigida a facilitar el más amplio acceso a la justicia y a la solución adecuada y justa de los conflictos. La tarea no es fácil, ni está exenta de problemas, pero es ineludible abordarla. Para ello, debemos tener en cuenta las experiencias de derecho comparado: sistemas *"multi-door", "court-annexed ADR", "multi-opened system"*, y analizarlas adecuadamente atendiendo a sus ventajas e inconvenientes, así como a sus posibilidades de mejora. Lo mismo debe hacerse con las tendencias de futuro del proceso civil que, además, apuntan hacia una convergencia interesante.

PALABRAS CLAVE

Solución de conflictos, Proceso civil, Acceso a la justicia, Tribunales multipuertas, Múltiples tipos de procedimientos, Conferencias para gestión del caso.

ABSTRACT

An examination of Rules of Civil Procedure, both Civil and Common Law, reveal that, even nowadays, Civil Justice shows significant problems related to slowness, expensive costs, inefficacy and inefficiency. These aspects affect directly the right to access to Justice in order to obtain a fair solution of the controversy.

The solution proposed to confront these obstacles will come from a double perspective: a) The evolution of civil procedure from a more flexible and adaptable to circumstances perspective. A case by case formula will bring a better way to resolve controversies, strengthening the *"judicial case management"*, and leading parties to negotiate and agreed on the terms before of the trial; b) Considering the importance of ADR regarding access to Justice and displaying them on a well-organized way, that will focus on utility to citizenship.

Developing a Comprehensive Dispute Resolution System, as a public policy, to facilitate the right to access to Justice and a more adequate and fair solution to the controversies. However, this is not an easy task, it is unavoidable to approach it. For that purpose, we considered different experiences on Comparative Law: "*Multi-Door System", "Court-annexed ADR", "multi-opened"*, analyzing their advantages and disadvantages, and their potential for improvement. From a similar point of view, regarding future trends of civil procedure which present an interesting convergence.

KEY WORDS

Dispute resolution, Civil procedure, Access to justice, Multi-door courthouses, Multi-tracks, Case management conferences.

UN SISTEMA INTEGRAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHO PRIVADO (¿Tienen solución los males endémicos de la justicia civil?)

Vicente C. Guzmán Fluja
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Sumario: 1. Preámbulo: propósito de este trabajo. 2. Sistemas jurídicos y problemas recurrentes del proceso civil. En concreto, el acceso a la justicia. 3. Tendencias en materia de justicia civil: A. El auge de los métodos mal llamados alternativos al proceso civil; B. Implicaciones políticas: ¿colaboración público-privada en la resolución de conflictos?; C. La evolución interna del proceso civil. 4. Una prudente mirada al derecho comparado. En especial: A. "Multi-door Courthouses" y "Multi-opened Systems"; B. De la "gestión del proceso civil" a la "gestión del caso concreto civil". 5. Sistemas Integrales de Solución de Conflictos: propuesta para un debate.

1. PREÁMBULO: PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

La justicia sigue lastrada por factores de peso, pese a los innegables esfuerzos en medios personales y materiales desplegados y pese a los intentos de llevar a cabo políticas públicas de modernización, eficacia y eficiencia, dirigidos a eliminar, o cuando menos atenuar, dichos factores, incluida la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, los sistemas informáticos de gestión procesal, notificaciones y presentación de escritos en vía telemática, el incipiente expediente electrónico, y más; véase la Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, de 2011). En proceso civil, las políticas y esfuerzos de los últimos treinta y cinco años han traído mejoras apreciables, pero ahí están los problemas, con mayor o menor gravedad, relativos al acceso a la justicia civil, a los costes de la litigación, a la lentitud de muchos procesos, a la sobrecarga de trabajo de los tribunales,

a la eficacia y cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Atacar estos problemas mediante la inversión de más recursos públicos, o una constante creación de nuevos órganos judiciales en los diversos órdenes jurisdiccionales, no parece que sea una solución definitiva, ni siquiera permanente, y todo lo más puede actuar de modo temporal a modo de calmante de los dolores de cabeza crónicos. Aunque actualmente se hayan hecho avances en la implementación de una oficina judicial más eficiente y se quiera abordar con visos de realidad una reforma de la planta y demarcación judicial, no podemos estar seguros de que estas medidas, por sí solas, vayan a cambiar el destino de la justicia civil y determinen soluciones más justas, en tiempo razonable y con costes asumibles y proporcionados. Esto no quiere decir que el incremento en inversión económica y humana de la administración de justicia nunca esté justificado, pero la inversión por sí sola no es suficiente. Se requiere más que solamente un gran y bien equipado sistema judicial a fin de proveer un acceso a la justicia en un plazo de tiempo razonable ya un costo no excesivo (Zuckerman: 2000:54-55).

A ello debe añadirse, porque no es posible desconocer este importante dato, un deterioro de la imagen de la justicia propiciada por una malsana relación entre justicia y política, aunque no esté el momento para profundizar en el tema.

En un mundo globalizado y cambiante de forma constante y rápida, los conflictos a cuya solución sirve el proceso civil también cambian de forma cualitativa y cuantitativa, por lo tanto el proceso civil no puede permanecer anquilosado. Como se ha planteado con total claridad recientemente, la pregunta es *"Do we have 18th Century Courts for the 21st Century?"* (Buenger: 2011-2012). La respuesta es meridianamente clara: por supuesto que no, pero las resistencias a aceptar esta respuesta, con todas las consecuencias que ello implica, es bastante fuerte.

Hay que clarificar el debate sobre la mejora del funcionamiento de la justicia civil y la redefinición de los cometidos de los tribunales de justicia, presentando una serie de datos que deben ser tenidos en cuenta y analizados para la correcta toma de decisiones. Debemos evolucionar, al igual que han hecho otros muchos países y sobre la base de sus experiencias, hacia la implantación de un *Sistema Integral de Solución de Conflictos* que ordene racionalmente los distintos métodos que sirven a esa solución.

Que no es tarea fácil lo demuestra la experiencia de derecho comparado, la diversidad de posibles sistemas, las dudas sobre los mismos, sus fortalezas y debilidades, su constante evolución y adaptación, las nuevas perspectivas que todo ello abre para lograr un sistema de justicia civil accesible para todos, que provea soluciones justas, que sea eficiente, que suponga costes asumibles y que de respuesta en un tiempo breve o, cuando menos, razonable. Se propone un examen, sucinto pero sustancial, de estas cuestiones, así como de sus implicaciones, delicadas, de definición de políticas públicas.

En España, en coherencia con la política de la UE, ha avanzado mucho el despliegue de los métodos de solución de conflictos distintos del proceso, arbitraje, mediación, conciliación, negociación, pese a que, a veces, no han demostrado ser más eficientes que el proceso civil, ni más rápidos, ni menos costosos (así pasa con algunas formas de arbitraje comercial, como el internacional, por ejemplo).

Mediación y conciliación han ganado peso tanto como fases o trámites dentro del proceso civil como en cuanto métodos desligados de éste. En este último caso, esto sucede a nivel nacional (Ley de Arbitraje de 2003, Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2012 y su reglamento de desarrollo por real decreto de 2013, por citar algunos ejemplos), como en el plano autonómico, en el ámbito de sus competencias asumidas, con una variedad de leyes de mediación familiar (13 Comunidades Autónomas), con algunas leyes de media-

ción en el ámbito privado, etc. La sensación es que se ha llegado hasta aquí por acarreo, por superposición, por acciones útiles, sin duda, pero inconexas. Y de lo que se trata es de tener un plan, una estrategia, una acción coordinada que permita disponer de un verdadero Sistema que opere como un conjunto ordenado y preparado para dar la respuesta más adecuada mediante la asignación de cada caso concreto, previo estudio de sus características, al método de resolución de conflictos que resulte más adecuado y ajustado en términos de justicia, coste, tiempo y eficiencia. Insisto: lograr esto no es tarea fácil, pero la forma actual de ir dando cabida a los métodos de solución de conflictos diversos del proceso es uno de los factores que aumenta el grado de dificultad.

2. SISTEMAS JURÍDICOS Y PROBLEMAS RECURRENTES DEL PROCESO CIVIL. EN CONCRETO, EL ACCESO A LA JUSTICIA

Puede afirmarse que los ordenamientos jurídicos siguen encuadrándose en alguna de las dos grandes familias, *civil law* y *common law*, dos sistemas distintos y diferenciados. No es menos cierto, sin embargo, que en los últimos años ha habido un proceso de aproximación entre ambos sistemas, que se ha reflejado, a su vez, en la aproximación de los ordenamientos jurídicos que se encuadran en ellos. Y así sucede con el proceso civil. Debemos, sin duda, estar atentos a este proceso y algo más añadiré en el apartado 4 de este trabajo.

La gran mayoría de los procesos civiles a lo largo del mundo padecen los mismos problemas. Ha sido en la búsqueda de soluciones eficaces y eficientes a los mismos donde se ha producido la atenuación de las tradicionales diferencias, a veces esenciales a veces puntuales, que los han separado. Así, tan rápido como cambian los escenarios económicos, jurídicos, sociales, políticos, también "*civil procedure changes quickly. Thoughout the world several general trends and developments can be perceived*" (Van Rhee, Verkerk: 2006:124). Respecto de las soluciones, que en mayor o menor grado, se están apuntando y aplicando por los diversos ordenamientos, me remito a lo que digo en el apartado 3, letra C) de estas líneas.

En cuanto a los problemas, los diversos estudios de derecho comparado sobre proceso civil presentan conclusiones semejantes. La sensación de crisis de la justicia civil, sin ser universal (Japón, Alemania y Holanda muestran sistemas razonablemente eficaces), está muy extendida referida a costes altos, retrasos excesivos, aumento de la litigiosidad, que impactan en otras áreas de la justicia (Zuckerman: 2000:12-14, también 44-45; Van Rhee, Verkerk: 2006:124). Son problemas comunes y graves, antiguos, centrados recurrentemente en la lentitud, carestía, ineficacia, exceso de carga de trabajo del proceso civil, de manera que puede afirmarse que son problemas sincrónicos y diacrónicos, y por ello, en esencia, problemas crónicos.

Zuckerman (2000:14-15 y 44-48), en un análisis que abarca a los ordenamientos procesales civiles de 13 países (Inglaterra, Australia, USA, Francia, Italia, España, Portugal, Brasil, Gracia, Japón, Alemania, Holanda, Suiza), concluye que los esfuerzos de reforma en cada país han sido grandes, pero con diverso grado de éxito. Ello es porque la historia de las reformas procesales civiles ha demostrado lo difícil que es simplificar el proceso civil o reducir la duración de los procedimientos. Cualquiera que sea la naturaleza de los problemas que un procedimiento dado padece, éstos aparentemente son difíciles de resolver, casi puede decirse que son "intratables" en la mayoría de los sistemas. Muchas veces, la falta de éxito se debe a la reticencia a los cambios que muestran los operadores jurídicos, otro problema común a nivel mundial, sin duda.

Pero los mismos problemas encontramos en otros ordenamientos jurídicos, siempre a

prevención de que nos referimos a ellos conscientes de que las bases sociales, económicas, jurídicas, históricas, políticas, de cada país, al poder diferir mucho, deben ser tenidas en cuenta para contextualizar las afirmaciones. De hecho, las políticas que dan mayor protagonismo a los ADR se sustentan en dar solución a problemas de sobrecarga de trabajo de los tribunales, costes altos, lentitud, y así puede verse en India e Israel (Martínez, Purcell, Shaked-Gvili, Metha, 2013), también en Nigeria, inmersa en una fuerte reflexión sobre las reformas necesarias actuando tanto en ADR como en el propio proceso civil (Amadi: 2009). Respecto de Canadá, por finalizar esta selección, se afirma que *"many Canadians feel that they cannot exercise their rights effectively because using the civil justice system takes too long, is too expensive, or is too difficult to understand"*, así como *"the need for the courts to become dispute resolution centres, referred to in the CBA Report as a "multi-option" civil justice system, and for the judiciary to assume a greater supervisory role over the progress of cases"* (Canadian Bar Association: 1996).

En algunos casos, puede decirse que se salva la regla general que condena a las reformas a la ineficacia, de manera que pueden ser útiles para transformar a mejor la justicia (y el proceso) civil. Este sería el caso de Singapur del que se afirma ampliamente que es uno de los sistemas judiciales más eficientes y efectivos de Asia, habiendo dejado atrás en gran medida los problemas de ineficiencia e inaccesibilidad a los tribunales de justicia, retrasos, altos costes y métodos antiguos que caracterizaban a dicho sistema en los años 90 (extensamente Malik: 2007).

En otros casos, el paso del tiempo demuestra que los ingentes esfuerzos por un cambio radical en el proceso civil no dan los resultados previstos. Es el caso de la reforma inglesa (que rige para Inglaterra y País de Gales) de 1998 resultante del informe, *Acces to Justice Repport*, 1996, presentado por Lord Woolf (reforma Woolf). La reforma Woolf propició tanto la *Acces to Justice Act* de 1999, nueva regulación del sistema de *Legal Aid*, como las nuevas *Civil Procedure Rules* (CPR) de 1998 entradas en vigor en abril de 1999. Resumidamente, el principal objetivo de las CPR de 1998 era lograr que los casos se resolvieran con justicia y, ahora al mismo nivel como objetivo, con costes proporcionados. Es sabido que los costes de litigación en Inglaterra son más altos, bastante más, que los costes en cualquier país de *civil law* (Cortés, Sotelo: 2011:29-31; Zuckerman: 2000:15-16). La doctrina coincide unánimemente en los grandes cambios que pretendió la reforma Woolf:

a) un mayor control del proceso por parte del juez, sobre todo mediante el *"judicial case management"* dirigido a eliminar el exceso de actividad litigiosa para lograr un control-reducción de costes (los jueces como *"costs managements"*) y una mayor rapidez, y ahí entra también el sistema de los tres *"tracks"*; en el sistema anterior las partes y sus abogados eran libres para controlar la duración del proceso y los trámites, más o menos numerosos, a seguir, y es esta libertad la que se restringe poniéndola bajo control judicial lo que se ha entendido como una fuerte atenuación del carácter adversarial del proceso civil inglés (Marnewick: 1999:29, Vorrasi[1]: 2004:368, Andrews: 2008:31 y ss., entre otros muchos; lo mismo está pasando en Australia, Sallmann: 1999:18-19). Un fiable resumen en español en el informe CEJA: 2010) que se sustituye por un concepto más cooperativo entre las partes y de éstas con el juez sobre el que volveremos luego.

b) un cambio filosófico puede decirse, porque el principal objetivo del proceso civil es armonizar tres logros: garantía de igualdad para las partes; reducción de costos; tramitar y resolver un asunto de forma que guarden proporción el valor de la controversia, su importancia, su complejidad fáctica o jurídica, la capacidad económica de cada parte, la solución rápida y expedita, y que la asignación de recursos del tribunal a un caso tenga en cuenta todos los demás asuntos pendientes ante el mismo (Marnewick: 1999:29, Zuckerman: 2000:17-19, Vorrasi: 2004:368).

La reforma Woolf ha mejorado muchos aspectos del funcionamiento del proceso civil y ha servido para impulsar cambios semejantes en otros países, pero no tuvo el éxito esperado en materia de reducción de costes (Andrews: 2012:268-270, Sivaramakrishnan: 2013). Lord Justice Jackson, en su informe final sobre la revisión de los costes de la justicia civil, concluyó, ente otras cosas, que *"in some areas of civil litigation, cost are disproportionated and impede access to justice. I therefore propose a coherent package of interlockings reforms, designed to control cost and promote access to justice"* (Jackson: 2009). Como consecuencia de este informe, se van a aprobar e implementar distintas reformas que constan, por un lado, en la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* de mayo de 2012, y, por otro, en varios instrumentos legales así como en la aprobación, todo ello a principios de 2013, de dos nuevas "*practice directions"* (protocolos complementarios a las CPR civil, también penal, y que bien dentro de las mismas CPR o bien proporcionados por tribunales y jueces son *"a device to regulate minor procedural matters"*), entrando en vigor la mayoría de estas reformas el 1 de abril de 2013. Se trata de la 60th actualización de las CPR (la última que consta oficialmente es la 68th que entró en vigor el 1 de enero de 2014 y que se refiere a la procedencia del juicio por jurado en caso de calumnias e injurias, *slanders and libels*). La reforma de 2012 refuerza el concepto de proporcionalidad introducido en 1998, adopta varias medidas para reducir los costes de la justicia civil y trata de facilitar, así, el acceso a la justicia, y, para ello, "mordisquea" muchos preceptos al objeto de conseguir controlar los costes: por ejemplo, las *"success fees"* o *"conditional fees"*, honorarios que percibe un abogado como un plus por el trabajo bien hecho en caso de ganar el caso, ya no se van a considerar reembolsables (véase Andrews: 2006:51-53).

En el debe de la reforma inglesa de 1998-1999 está también instaurar un proceso civil regulado sobre la base de proliferación de reglas, sub-reglas y sub-sub-reglas que originan una sobre-detallada y asistemática regulación procesal (mal ejemplo seguido por otros países, Andrews: 2012:20). Por ello se debe buscar el *"order out of chaos"* afirmando que *"major principles rather than minutive"*, es decir hay que contrarrestar esta tendencia mediante la afirmación de un conjunto de firmes principios del proceso civil. En esta línea, el Banco Mundial, frente a ese exceso de regulación y de particularidades, consideró importante la unificación de criterios mínimos entre los juicios, ya que debido a la informalidad del sistema en estas causas, los jueces desarrollan el proceso de diferentes maneras y, en la mayoría de los casos, las partes no saben con qué tipo de juez y de procedimiento se van a encontrar.

Los problemas del proceso civil son bastante generalizados, tienen difícil solución, con avances positivos a la vez que fracasos en las reformas. Un movimiento doctrinal busca avanzar con más rapidez y eficacia en la construcción de un proceso civil más ajustado a las necesidades de justicia de las personas. Y en ese movimiento es donde encuentran su sitio los ADR, no tanto como métodos de descarga o alivio de trabajo para los tribunales sino como elementos que deben contribuir a mejorar el acceso a la justicia.

Los problemas crónicos del proceso civil repercuten negativamente en el derecho de acceso a la justicia. Hay que seguir trabajando duro para mejorar el funcionamiento del proceso civil, como instrumento de acceso a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE. Pero, además, debe trabajarse para lograr hacer efectivo el más general derecho de acceso a la justicia, a la solución justa de un conflicto, más amplio que la tutela judicial efectiva, a lo que sirve la pluralidad de métodos ADR.

Los problemas de acceso a la justicia civil siguen siendo actuales después de casi 40 años de la primera oleada de acceso a la justicia (Cappelletti, Garth: 1996, elaboraron las teorías sobre las oleadas de acceso a la justicia presentes en varias de sus publicaciones posteriores). El derecho de asistencia jurídica gra-

tuita, una de las barreras de acceso que más se ha luchado por derribar se enfrenta a retos pendientes de solución (véase Zuckerman, págs. 48-49): a) se pone en duda que pueda ser sostenido únicamente con recursos públicos, en constante aumento sin solucionar definitivamente el problema; b) se buscan soluciones combinando recursos públicos y recursos privados, bien negando esos recursos públicos para determinados casos, dando paso sólo a los recursos privados, por ejemplo las reclamaciones de pura cantidad, o bien sumando, para todos los casos, recursos públicos y recursos privados. En este contexto, es importante señalar el auge del *pro bono* como ejercicio de responsabilidad social corporativa de despachos de abogados para hacer realidad la asistencia jurídica gratis a personas sin recursos (Maqueo Ramírez: 2012:161-164)[2].

En términos de acceso a la justicia, resulta indispensable contar con los ADR-MASC (*Alternative Dispute Resolutions*-Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: pese a lo incorrecto o inapropiado del término alternativo, usaremos estas expresiones, preferentemente la inglesa). Lo ideal es hacerlo integradamente con el proceso civil, construyendo un sistema meditado, realista, efectivo. Esta es la línea desde hace casi 40 años en diversos países, sobre todo del common law, mediante las llamadas *"multi-door courthouse*", *"multi-option system", "multi-opened system", "court annexed ADR"*, que representan diversas configuraciones, pero todas representan un sistema[3].

Facilitar el acceso a la justicia exige revisar el enfoque del monopolio estatal sobre la solución del conflicto, pues sin duda consiste en "hacer ejecutar lo juzgado", para el uso de la coerción, de la fuerza pública, para hacer cumplir la solución dada al conflicto ante el no cumplimiento voluntario. Pero puede entenderse atenuado el monopolio sobre el "juzgar", si no empleamos el término en el sentido de juicio jurisdiccional sino de decisión del conflicto sea por un tercero *supra partes* con *auctoritas* (árbitro), sea con la intervención de un tercero *inter partes* (mediación, conciliación) que propicia el acuerdo entre las partes, o sea por la propia negociación directa entre éstas. Por cierto, admitiendo que las soluciones pactadas son más asumidas por las partes, y más proclives a ser voluntariamente cumplidas, que las impuestas por un tercero, la obligación del Estado de lograr que la solución justa sea siempre efectiva y real lleva a que garantice en todo caso el cumplimiento forzoso si falta el voluntario. Si esto es obvio en las soluciones impuestas, obvio debe ser también en relación con las soluciones que son fruto del acuerdo voluntario de las partes.

Este planteamiento lleva a repensar el contenido del artículo 117.3 CE (y también de la exclusividad negativa del 117.4 CE), así como el encaje de los ADR con el artículo 24.1 CE y el fundamental derecho de todos a la tutela judicial efectiva. Esto ha sido bastante estudiado y me permito únicamente dos apuntes.

Si bien ha sido en relación con el arbitraje, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las relaciones entre la tutela judicial efectiva y los ADR, bien estudiada por la doctrina (Xiol: 2007:7-8; Cremades: 2006:192 y ss.; Fernández Rozas: 2005:76 y ss.) y resumida en la STC 9/2005, Sala 1ª, de 17 de enero, que dice cosas muy interesantes entre las que destaca la afirmación de que el recurso de nulidad que puede ejercitarse contra un laudo es garantía suficiente de acceso a la tutela judicial efectiva. Al hilo de esta doctrina, se ha dicho con acierto que los ADR no pueden considerarse antagónicos al proceso, no pueden tampoco ser herramientas exclusivamente privadas, y no deben emplearse para descargar de trabajo a los tribunales, de forma que deben formar parte de las políticas públicas de mejora de acceso a la justicia el que las administraciones potencien los ADR (Fernández Rozas: 2005:62-63).

Por otro lado, cabe recordar la doctrina establecida en las SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, y 75/1996, de 30 de abril, declarando, por contrario al artículo 24.1 CE, la inconstitucionalidad del artículo 38.2, párrafo

primero de la Ley 16/1987, de ordenación del transporte terrestre, por instituir un arbitraje obligatorio en determinados casos y presumir la existencia *ex lege* del convenio arbitral (que requiere pacto expreso en contrario), lo que en la práctica supone que si una de las partes no quiere conveniar en contrario lo que está es imponiéndole unilateralmente el arbitraje a la otra por efecto legal; dicho de otra forma, quebranta la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella.

Para qué este recordatorio. Porque hay que casar lo anterior con la muy interesante la STJCE de 18 de marzo de 2010 que avala, bajo ciertas condiciones[4], que la imposición como obligatorio de un procedimiento extrajudicial previo a la vía judicial no sólo no está prohibida en algunos casos, sino que puede llegar a reforzar el efecto útil de la Directiva a que se refiere la sentencia, que es facilitar mecanismos de resolución de conflictos alternativos, más rápidos y eficaces que la vía judicial (véase Mendoza Losana: 2010).

Con la debida prudencia y rigor, estamos ante la oportunidad de matizar el contenido esencial del artículo 24.1 CE para que mantenga su valor sin impedir la construcción y puesta en marcha de un Sistema Integral de Solución de Conflictos en derecho privado. La tutela judicial efectiva puede quedar satisfecha con un acceso en vía de recurso, con un acceso en forma de control, y, desde luego, con el monopolio judicial de la ejecución de la solución no cumplida voluntariamente.

3. TENDENCIAS EN MATERIA DE JUSTICIA CIVIL

Advierto que soy consciente, aunque no tengan cabida en estas líneas, de los movimientos hacia la uniformidad, armonización, homogeneización del proceso civil, es decir, la construcción de un proceso civil supranacional o internacional que responda adecuadamente al escenario globalizado (Van Rhee, Verkerk: 2006:126-127). Simplemente mencionar que este movimiento se extiende también a los ADR, y que además de toda la actividad legislativa de la UE en proceso civil y ADR, merece especial mención los Principios ALI/UNIDROIT sobre proceso civil transnacional (o, según otras versiones, internacional), del año 2004.

A. EL AUGE DE LOS MÉTODOS MAL LLAMADOS ALTERNATIVOS AL PROCESO CIVIL

Es patente el formidable crecimiento en los últimos años de los mal llamados ADR (y también los ODR, *on line dispute resolutions*). Ahora bien, a los efectos de este trabajo me interesa llamar la atención sobre dos circunstancias que me parecen preocupantes en este auge. Si existe una buena oportunidad de disponer de un Sistema Integral de Solución de Conflictos, no podemos ignorarlas, más bien abordarlas con decisión. Las dos desdibujan y confunden la esencia de cada método de solución de conflicto y conducen a un desconcertante estado de confusión sobre cómo debe cumplir cada uno con la misión de solucionar los casos que se les someten.

Primera cuestión. No parece que el auge de los ADR en España vaya a tener carácter sostenible si seguimos así. En este análisis hablamos de experiencias de derecho comparado que intentan dar carácter sistemático y estable a los ADR, conectándolos con el proceso y con los tribunales. En España esta conexión existe, desde el momento en que existen mediaciones y conciliaciones intra-judiciales, desde el momento en que los tribunales de justicia hacen "derivaciones" a métodos ADR, pero la sensación es que todo es por acarreo, de forma asistemática, pensando más en aliviar los males del proceso que otra cosa. Los ADR se van extendiendo, ya sean puestos en marcha por operadores privados, ya sea lo sean por las

administraciones públicas (que deciden, sin mayor plan, en qué ámbitos se regulan ADR, cada vez más por cierto), ya sea dentro del proceso civil. De vez en cuando se hacen esfuerzos para lograr una cierta sistematización, pero no evita que se tenga la sensación de que todo esto es un poco indiferente, porque se conciben los ADR como panacea de muchos males y se extienden por doquier, generando extrañas combinaciones como arbitrajes con mediaciones internas, por ejemplo. Y tampoco falta la sensación de que los ADR sirven, además, para animar a emprendedores (y no emprendedores) a tener una profesión, un modo de ganarse la vida. En mi opinión, estamos más en un ámbito de "noise" que de "music", no sólo para los operadores o proveedores de solución de conflictos, sino especialmente para las partes (cuando los ADR según Hernández Crespo *"it provided parties with an experience in which they could move from conflict into resolution; in other words, I saw that it would help move them from a room full of noise to one full of music!"*, Sander-Hernandez: 2008: 668).

Segunda cuestión. Pienso que se va consolidando una tendencia, consciente o inconscientemente, que introduce una peligrosa, e innecesaria, confusión en la relación proceso-ADR. Es muy notable en el arbitraje, sobre todo en el de carácter institucionalizado como el arbitraje de consumo, pero también se extiende a la mediación, la conciliación, etc. Y tiene su correlativo en el camino que sigue el proceso civil. En resumen, porque ya he tratado este tema antes (Guzmán: 2009), el proceso civil avanza hacia fórmulas de simplificación, desformalización, flexibilidad que han sido propias de los ADR, mientras que éstos avanzan hacia regulaciones más rígidas, más complejas, más exigentes, diícense "más garantistas", más ajustadas al "proceso debido" (es decir, a modo de imitación, "arbitraje debido", "mediación debida", etc.), pero para eso ya estaba el proceso civil.

La "tendencia" a la desformalización del proceso civil, se ve claramente en las reclamaciones de escasa cuantía: procedimientos flexibles, que pueden ser adaptados a cada caso concreto en función del tipo de pretensión o de su complejidad, en función de lo que determine el órgano judicial, a veces, con participación de las partes. La "tendencia" a la formalización de los ADR es clara en ciertos tipos de arbitraje como el de consumo que en España ha pasado a tener trámites en tal grado que le quitan frescura, o en la aplicación, casi acrítica, de principios como independencia, imparcialidad, igualdad, en la mediación civil y mercantil.

Es imprescindible que los diversos medios o métodos de solución de conflictos mantengan su propia "personalidad", su "identidad" y hagan bandera de sus características intrínsecas, reconociendo no obstante que también puede haber algunos caracteres comunes o similares. Lo importante de cada método de solución de conflictos es que tiene sus propios caracteres, su propia esencia, y en eso está su valor porque cada uno de ellos es diferente y ofrece una forma diferente de solucionar un conflicto. La variedad es lo que resulta atractivo porque esto es lo que permite plantear la posibilidad de adecuar un determinado conflicto, con sus caracteres propios, a un método de solución de conflicto que, a su vez por sus caracteres, resulte más eficiente y eficaz para su solución. En la variedad ordenada está la posibilidad del sistema eficaz.

Lo anterior no significa que nos situemos en una perspectiva inmovilista desde la que sería imposible admitir una evolución de los diferentes métodos de solución de conflictos, incluido el proceso. Todos los métodos de solución de conflicto deben estar vivos y responder a las necesidades de los ciudadanos y de la sociedad de resolver sus conflictos de forma justa, eficiente, eficaz, con calidad en la prestación, deben adaptarse a la evolución cualitativa y cuantitativa de los conflictos, y deben también buscar su máxima optimización en cada momento histórico, social, cultural, jurídico, tecnológico, etc. Y también todos deben responder a una garantías básicas que determinen la justicia de la solución.

B. IMPLICACIONES POLÍTICAS: ¿COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

También debe hablarse desde una perspectiva política, de política de la justicia. Simplificadamente puede decirse que el proceso es el instrumento del Estado para garantizar la solución de conflictos revistiendo a jueces y magistrados *de potestas*, de *imperium*, de capacidad de imponer la solución y hacerla cumplir. Es el terreno de lo público, como poder estatal y como servicio público: si se quiere, justicia desde lo público. Simplificadamente también, los ADR se mantuvieron largo tiempo en la esfera de lo privado, sobre todo el arbitraje pero no sólo él, siendo métodos ofertados, gestionados y resueltos por operadores privados, sin capacidad alguna de imponer soluciones, mucho menos de hacerlas cumplir: si se quiere, justicia desde lo privado.

Que el escenario cambió poco a poco es una evidencia. Los ADR siguen siendo campo de operadores privados pero, lentamente, fueron siendo ofertados, gestionados y resueltos (cierto es que nunca imponiendo la solución ni pudiendo ejecutarla) desde lo público: primero algunas corporaciones de derecho público, luego la institucionalización desde las propias administraciones y después un fuerte aumento de éstas, y un fuerte afán intervencionista en la regulación de algunos métodos (ya he explicado esto, Guzmán: 2009, 2012).

Aquí es donde entramos en el delicado debate. La construcción, a lo largo del mundo como veremos, de sistemas integrales de solución de conflictos en sus distintas variantes, implican también decisiones graves sobre hasta qué punto podemos estar asistiendo a un fenómeno de "privatización" de la justicia, desde el momento en que tales sistemas entienden que proceso civil y ADR están, como mínimo, en plano de igualdad y que a cada conflicto se le debe derivar al método que resulte más idóneo, por sus caracteres, para lograr la solución más justa y eficiente.

A partir de ahí, y me remito a lo que se diga en el apartado 4.A), debe aclararse que en esencia hay dos posibilidades: la primera es optar por sistemas basados esencialmente en mecanismos de *"court-annexed ADR"* que son la mayoría de experiencias *"multi-door"* y algunas *"multi-opened"* en USA. En ellas, es el tribunal de justicia quien ofrece una pluralidad de mecanismos de solución, y un funcionario del mismo bajo supervisión judicial será quien asigne cada caso concreto a cada método. Nótese que de esta forma se garantiza un control judicial sobre el funcionamiento del sistema, por lo tanto un control público; pero a la vez se corre el riesgo de minimizar el carácter, no de servicio público, sino de poder del Estado que corresponde a los tribunales porque el proceso, el juicio, la función jurisdiccional, aparecen como un método más y los jueces como unos prestadores más. Advertiré que también se trabaja en corregir esto. La segunda posibilidad, es la que se formula en algunos sistemas "multi-opened", por ejemplo Australia, donde aparte de las ofertas de ADR que puedan ofrecerse vinculadas o anexadas a un tribunal, el sistema debe integrar también a cualquier otra oferta u operador de ADR público y privado de las que existan fuera de los tribunales. Todo el abanico debe integrarse, pues, y construir el sistema así en beneficio de los ciudadanos.

Dentro del debate subyacen otras preocupaciones evidentes. Una muy clara es la que se refiere a si los jueces pueden o deben mediar o conciliar, o si la derivación debe hacerse a otros funcionarios capacitados para ello específicamente, debate vivo en España y en otros países como Australia (French: 2009:14-15).

No cabe adoptar decisiones sobre esta cuestión con una postura enconada ni demagógica. Como se ha advertido con claridad (Dickson: 1994:19) no es tarea fácil dar su sitio a los ADR, es algo que exige un cambio de mentalidad y de actitud así como un trabajo duro; además, deben conocerse bien las fortalezas y debilidades de cada ADR y es requerida una "sofisticada comprensión" sobre cómo deben actuar con los tribunales y el proceso civil.

Recientemente se ha abogado con claridad por reconocer el "matrimonio" de los métodos públicos y los privados para la solución de conflictos (Andrews: 2012:284).

Entiendo que el principal deber del Estado y de las demás Administraciones Públicas está en garantizar la justa, rápida, asumible en costes y eficiente solución de los conflictos. Para ello, es un error apostar todo o principalmente a la carta del proceso civil, como error es desvalorizar el trabajo de los tribunales a través del juicio. Afortunadamente, no hay sólo una carta, hay más y es responsabilidad de los poderes públicos saberlas articular y combinar para cumplir con esa garantía, sin despreciar la colaboración que, con las debidas condiciones, pueden y deben prestar los operadores privados de ADR (como por otra parte siempre ha sido).

C. LA EVOLUCIÓN INTERNA DEL PROCESO CIVIL

Prestar atención sólo o principalmente a los ADR puede hacer que desatendamos y dejemos el problema principal intacto: mejorar el funcionamiento de los tribunales en el ejercicio de sus principal función, resolver controversias mediante el juicio (Edwards: 2013:345). Por ello, dentro de un Sistema Integral de Solución de Conflictos, debemos buscar cómo tener cada vez un mejor proceso civil.

En casi todos los países la hiper-inflación legislativa ha llevado a perder de vista los principios esenciales del proceso civil. Hay que volver a ponerlos en valor para no perdernos y evolucionar el proceso civil en la línea correcta. En este sentido puede mencionarse la reformulación de estos principios en los cuatro siguientes: garantizar el acceso a los tribunales y a la justicia; garantizar el proceso debido; lograr juicios eficientes, rápidos y asumibles económicamente, con un control judicial que no llegue a ser opresivo; lograr la eficacia y efectividad de las soluciones, que deben ser justas (Andrews: 2012: 33-34; también es recomendable Zuckerman: 2000).

A partir de ahí, dos grandes ideas (Marnewick: 1999; Vorrasi: 2004; Van Rhee, Verkerk: 2006:125-126; Leipold: 2008; Andrews: 2012:254-268): a) cuando un asunto entra en el tribunal y debe ser decidido por el juez en un proceso civil hay que intentar que las partes lleguen a un acuerdo y que no se celebre el juicio o audiencia de prueba (es decir potenciar la fase de *pre-trial* y evitar la de *trial*); b) gestionar cada caso de la manera más efectiva para la adecuada y justa solución del conflicto, atendiendo a sus caracteres y logrando los menores costes, la mayor rapidez y el adecuado uso de los recursos públicos de que dispone el tribunal y que son para todos. Para todo ello se debe reforzar el control judicial del caso, flexibilizar el proceso civil, y posibilitar un potente *"judicial case management"*, sobre lo que volveré en el epígrafe 4.B). Esto, hasta ahora, ha sido más factible y palpable en los países del *common law*, y de nuevo hay que tomar como referencia la reforma Woolf, que en los del *civil law* (donde también existe ese control, esos poderes del juez, desde la famosa Ordenanza Procesal Civil austriaca de Klein).

Cuales son algunas de las tendencias para lograr esos dos objetivos. Primero, extender el proceso civil a la fase previa a la demanda como forma de ir logrando la mejor preparación del caso, lo que en Inglaterra se desarrolla mediante las *"pre-actions protocols"* (parecidas a nuestras diligencias preliminares, pero más incisivas y amplias) que actualmente son 10 sobre diversas materias, por ejemplo daños personales, responsabilidad médica, etc. (el listado en Andrews: 2012:257). Segundo, facilitar en todo lo posible los acuerdos antes de llegar a juicio, incluso lo más temprano posible (Van Rhee, Verkerk: 2006:126) de manera que la fase de *trial* sea rara, por debajo del 10% de los casos totales en proceso civil (así en Inglaterra y USA), tendencia común en todo el mundo, lograda con más eficacia en los países citados, para la que se emplean muy diversas medidas (Leipold: 2008:18-19) no todas, por lo tanto, igual de exitosas. Tercero, simplificar flexibilizar la tramitación de los procesos civi-

les, en un doble sentido: de un lado el diseño de tipos procedimentales que sean más rápidos y más sencillos cuanto menor sea el valor económico o la complejidad del asunto (el sistema inglés de "tracks"); de otro, dentro del mismo procedimiento o "track" debe seguirse una tramitación más simple o más compleja, con más o menos trámites, atendiendo a las características de cada caso, véase epígrafe 4.B). Cuarto, el proceso civil funcionará mejor, con más eficiencia, si existe una auténtica cooperación entre las partes y entre éstas y el juez para la toma de decisiones que afectan al desarrollo del mismo (Van Rhee y Verkerk: 2006:123).

Como vemos, en los países del *common law* se parte de la necesidad de evolucionar el proceso civil incluso aunque implique atenuar señas de identidad tales como el principio adversarial o la importancia que siempre tuvo el *"trial"*. En los de derecho continental son apreciables también cambios que encajan con una más natural aceptación de los poderes de dirección del juez, pero no se da tanta relevancia a la colaboración y cooperación de las partes, ni a la flexibilidad procedimental. En cualquier caso, los principios esenciales del proceso civil deben servir siempre como elementos barrera que impidan una desnaturalización tanto del proceso civil como de la esencial tarea de jueces y magistrados.

4. UNA PRUDENTE MIRADA AL DERECHO COMPARADO

Algunas experiencias que funcionan en otros ordenamientos jurídicos pueden ser examinadas para obtener datos e información sobre cómo debe evolucionar el proceso civil y cómo éste puede ser considerado como un instrumento de solución de conflictos dentro de un sistema integral que ordene, organice e integre a los ADR, cumpliendo cada método con su adecuado papel.

Simplemente decir que debe ser una mirada prudente porque lo es hacia ordenamientos jurídicos que principalmente, pero no únicamente, están adscritos al sistema del *"common law"*. Que las diferencias con los ordenamientos jurídicos adscritos al *"civil law"*, como el español, son todavía palpables en muchos aspectos es una evidencia, de ahí la prudencia. No cabe pretender importar o transvasar sin más y acríticamente, por muy buenas que sean o parezcan, soluciones o experiencias de unos ordenamientos a otros, mucho menos si son de "familias" diferentes. Menos si lo que se hace es coger sólo algunas piezas concretas del engranaje general en que encajan porque seguramente esas piezas no ajustarán en el otro engranaje general. Esto justifica la mirada prudente.

Pero tampoco perdamos de vista, como ya se ha dicho, que se detecta una creciente armonización o acercamiento general entre *"common law"* y *"civil law"* (muy interesante al respecto Pejovic 2001) y entre sistemas procesales civiles adscritos a uno u otro. Esto se advierte por muchos tratadistas de proceso civil comparado, así Zuckerman (2000:10-11,50-51) manifiesta que se ha suavizado la distinción "inquisitorial"-"adversarial" de forma que tanto en países del *common law* como *civil law* la tendencia general es hacia el control judicial del proceso como forma de contener los intereses obstaculizantes de partes y abogados, debiendo abordarse el análisis comparativo con enfoque general u holístico. Una atenuación palpable de las diferencias entre los procesos civiles de los diferentes países de forma que *"… in the area of civil procedure some of the major differences that for a long time have set the various systems of civil procedure in the world apart from each others are disappearing"* (Van Rhee, Verkerk: 2006: pág. 128).

Así, corresponde echar una mirada a dos aspectos concretos, uno enfocado hacia la conjunción sistemática de métodos de solución de conflictos y otra hacia un aspecto concreto de la evolución interna del proceso civil. Y la idea es enfocar el momento actual, pues sobre los inicios, evolución y desarrollo de estos temas hay abundante literatura científica fácilmente accesible.

A. "MULTI-DOOR COURTHOUSES" Y "MULTI-OPENED SYSTEMS"

De forma unánime se atribuye a Frank Sander en una conferencia dictada en Harvard en 1976 (publicada en Sander: 1979) la idea de poner en marcha un mecanismo que partiera de analizar las características significativas de cada método de solución de conflictos, incluido el proceso, para ver como esas características podían ser utilizadas para desarrollar criterios racionales que sirvieran para, tras un proceso de análisis *("screening")* de los caracteres de cada conflicto, poder determinar qué método resulta más adecuado para dar solución a cada conflicto. Para ello había que estar a la naturaleza de la disputa, las relaciones entre las partes, el valor o cuantía de la pretensión, y la necesidad de una intervención urgente y de lograr hallar la vía más rápida de solución. Lo importante es que este mecanismo debía estar asociado o conectado a (dentro de) las cortes de justicia, porque es allí donde los conflictos van, y debía integrar diversas formas de ADR.

Por efecto de la *American Bar Association*, el mecanismo dio en llamarse *"Multi-door Courthouse"* (MDC), tribunales multi-puertas, aunque Sander lo llamó *"comprehensive justicie center"* con poco éxito como reconoció después (Sander, Hernández: 2008:670). Y su desarrollo en USA, a nivel federal y estatal, y en otros países, tanto de la Commonwealth como de fuera de ella, ha deparado que esta misma idea, con diversos matices más o menos sustanciales, se conozca o se desarrolle, además como *"court-annexed ADR"*, *"multi-options system"*, *"multi-opened system"*. De echo (Edwards: 2013:322), *"though the Multi-door Courthouse is an appealing abstract concept, it has produced a bewildering variety of court-connected ADR programs"*. En todos ellos siempre va a estar presente la idea de que un funcionario del tribunal (generalmente un *"screening clerk"*) va a realizar un escrutinio de los caracteres de cada caso y en función de su diagnóstico lo va a enviar, con la supervisión y aprobación del juez, bien a juicio bien a cualquiera de los ADR que la corte ofrece y que sea el que más adecuado resulte para la solución, es decir "analizar la taxonomía de cada conflicto y determinar qué puerta es la más apropiada para la solución de ese conflicto" (Sander, Hernández: 2008:670).

Baste decir que bajo las diversas fórmulas que se han dicho, lo que representa un sistema MDC ha ido implantándose en USA a nivel federal: the US Federal Courts of Northern District of Ohio, of the Nothern District of California (que dispone de un *"Multi-option Program"*[5]), of the District of Rhode Island, of the Western District of Missouri[6]; y en el nivel estatal MDC están presentes en Colorado, Georgia, Massachusetts, Texas, and Washington D.C., North Carolina, New Jersey, entre otros (Edwards: 2013: 284-286). En Georgia, por ejemplo, la evolución ha sido "*although only three counties in Georgia offered ADR through the courts in 1990, by 2005 Georgia courts offered ADR in 96 counties and referred more than 31,800 cases to ADR*" (Azzato: 2006).

En Australia, con algunas vacilaciones, ha habido experiencias *"multi-door"* desde la década de los 90 (Sallmann: 1999), pero en la actualidad se habla (Sourdin, Burnstyner: 2013:78 y 81) tanto de tribunales multi-puertas como de sistema o respuesta multi-opciones[7] *("multi-options response"*), y también hay quien prefiere hablar de *"court-annexed ADR"* porque esta expresión resalta más el carácter de poder público de los tribunales de justicia y da una natural relevancia al proceso civil sobre los métodos ADR que proporciona un tribunal (French: 2009:5).

En Canadá, conforme al *"First Report of the Justice Rewiew"* de Ontario, ya en 1995 se recomendó la implantación de los sistemas multipuertas, aunque algún autor expresó las dudas (igual que en Australia) sobre si este concepto no serviría a diluir la percepción de que el proceso es actividad propia de un poder público por lo que sería preferible hablar de *"court-annexed ADR"* (Dickson: 1994:7-9), llegándose en 2010, después de un largo camino,

a disponer de sistema *"multi-door"* en Alberta (Rooke: 2010).

También en Singapur, desde 1998 (Thiam Leng, Tye Beng 1999), o en Nigeria, donde el primer tribunal conectado con el sistema multi-puertas se estableció en Lagos en 2002, experiencia que se replicó posteriormente con la *"Abuja multi-door court house"* y con la *"Kano multi-door court house"*. Desde 2008 el sistema se ha ido extendiendo y hay tribunales multipuertas en Akwa Ibom, Abia, Kaduna, Cross River, Delta, Katsina and Borno States, en un proceso que continua su implantación en otros territorios (Rhodes-Vivour: 2008; Onyema: 2013).

Bajo diversas formulaciones también se encuentran tribunales multi-puertas en Argentina, Brasil, Méjico, y también casas de justicia en Costa Rica, Perú, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Bolivia, (extensamente, Hernández Crespo 2012).

Curiosamente, todo este escenario se produce aun cuando Sander, entendiendo que MDC es una idea flexible, adaptable, cree que no puede ser trasplantada sin más a cualquier sitio, nacional o internacional, ya que se debe tener en cuenta el contexto que puede ser muy diferente de un lugar a otro, de forma que no sabiendo mucho sobre las experiencias internacionales, si está seguro, tomando como ejemplo la de Nigeria, que son diferentes de las que hay en USA (Sander, Hernández: 2008:673).

Se comprenderá que el recorrido de las experiencias MDC, en sus diversas formas, ha propiciado un importante campo de análisis que ha permitido detectar qué problemas son los que deben corregirse y contribuir a su correcta evolución, sin negar ni su utilidad ni su contribución a la mejora del acceso a la justicia, reconociendo que ha ayudado al proceso civil a ser más eficaz y eficiente.

Reseñaré sucintamente los problemas más importantes, sin dejar de remitir a las ocho preguntas que se formula French (2009:17-18), por ejemplo si es útil remitir a ADR a partes que de forma evidente no van a llegar a acuerdos, o las seis estrategias de solución de Senft (2003:340-346), o las cuatro propuestas de reforma de Edwards (2013:331-332).

Un problema de carácter político y ya apuntado, remitiéndome a los autores canadienses y australianos citados: un sistema multi-puertas puede generar un peligro importante que es el de que se perciba por los ciudadanos que el tribunal y los jueces son unos proveedores más de solución de conflictos en pie de igualdad con otros proveedores públicos (entre los que están ellos mismos en el sistema multipuertas), de forma que el proceso civil está a la misma altura que los demás métodos. Esto puede socavar indebidamente la realidad de que jueces y tribunales son un poder público con la misión de garantizar valores, derechos y principios desde la fuerza que reciben como tal poder, además de abrir una puerta también peligrosa a los proveedores privados de solución de conflictos que pueden operar sin ceñirse a esos principios y valores. MDC no puede generar la idea de que todas las puertas son iguales porque la judicial es única, el proceso no es una puerta más, el juez no es un proveedor más.

Otro muy preocupante es que la experiencia ha demostrado que es difícil, y por ello sigue siendo un reto pendiente, lograr que la fase de "screening" funcione con alto índice de acierto. Es decir, analizar correctamente el caso, sus caracteres principales y lo que implican en costes y tiempo, y derivarlo al método más adecuado requiere personal suficiente y cualificado dentro del tribunal, capaz de evitar que partes y abogados tergiversen el sistema, e incluso así siempre cabe el error humano (Dickson 1994:12; Tye Beng: 1999:438; Senft: 203:329-334, French: 2009:18; Heeden: 2012:941, Edwards: 2013:322).

Se añade como problema el carácter coercitivo u obligatorio de la mediación una vez determinado que éste es el ADR adecuado, de forma que actualmente se aboga por potenciar el carácter voluntario. Es cierto que la mediación voluntaria puede tener bajos índices de

participación, lo que se arregla con una mediación ordenada forzosamente por la Corte. Sin embargo esta última, en cuanto forzada, aumenta la ineficiencia del método. Por ello, es mejor la mediación voluntaria y educar a las partes en las ventajas de la mediación (Edwards: 2013:333).

Igualmente, no todos los casos son iguales, unos son más apropiados que otros para ser derivados a concretos métodos pero no a otros (o a ninguno) (Tye Beng: 1999:438), lo mismo que no siempre es necesario ofrecer todo el abanico de múltiples opciones porque puede generar un laberinto de confusión para las partes (Edwards: 2013:328). Podemos decir que hay condicionantes objetivos, intrínsecos a las características del conflicto o a intereses en juego, que deben operar para discriminar correctamente si debe haber derivación y a qué método.

Pero también hay condicionantes subjetivos que se deben corregir. Los analistas apuntan a la necesidad de implicar más a las partes en la fase de "screening" del caso, rebajando el papel del funcionario del tribunal, y haciendo que contribuyan al diseño del procedimiento, customizar el método para adecuarlo al caso con la colaboración de las partes (Heeden: 2012:952, Edwards: 2013:324-325). Puesto que hay barreras subjetivas que dificultan el éxito de esta propuesta, barreras psicológicas, expectativas irreales, desequilibrios de poder, capacidad real de consensuar (elementos variados relacionados con la salud, educación, materia, emociones, etc.), es esencial educar a las partes en ADR y en lo que significa cada método, qué se espera de ellos, qué se espera también de cada parte, de manera que éstas puedan considerar sus opciones con más conocimiento de causa y escoger las mejores estrategias de solución para su caso (Dickson: 1994:14, Senft: 2003: 344, Heeden: 2012:951).

MDC no está preparado para un alto volumen de casos (Edwards: 2013:325). Si para dar respuesta a esto hay que invertir más recursos públicos, entonces la pregunta sería de dónde deben salir, en concreto si debe ser mediante una recolocación de los recursos asignados a los tribunales de justicia (French: 2008:17), o si debe ser añadiendo más recursos.

Y, para terminar, es completamente unánime que los sistemas "multi-door" o "multi-opened" no deben activarse exclusivamente con el objeto de reducir la carga de trabajo de los tribunales.

Como no puede ser de otra manera, se impone la cultura del análisis, los indicadores, la mediación de resultados, controles de calidad para ayudar a la correcta toma de decisiones en relación a la configuración, y constante revisión, de los sistemas MDC. Hay elementos objetivos (demandas complejas, controversia muy hostil) y subjetivos (cultura, resistencia a la mediación) que operan como "red flags" que advierten sobre qué casos son no idóneos para la mediación o los ADR en general (Edwards: 2013:344-345). Actuar de esta manera, incluyendo un verdadero análisis de costes, será el verdadero camino en el que los ADR tengan mucho que ofrecer conectados a un tribunal (French: 2009:18). Así también se protegerá adecuadamente que todo conflicto, con independencia del método de solución, se tramita y resuelve de forma congruente con los principios esenciales de justicia propios del sistema democrático (Dickson: 1994:19), lo que incluye también lograr no derivar casos que requieren implicación judicial y solución por juicio cuando está claro por la importancia del tema, los intereses generales, o la necesidad de protección de colectivos o personas concretas (menores, derechos constitucionales, por ejemplo).

B. DE LA "GESTIÓN DEL PROCESO CIVIL" A LA "GESTIÓN DEL CASO CONCRETO CIVIL"

Me detendré ahora en dos asuntos que demuestran con claridad como, sobre todo en algunos países del *"common law"*, el objetivo de las diversas reformas es avanzar hacia una ges-

tión procesal de cada asunto o conflicto concreto, mediante una dosificación adecuada de trámites procesales especialmente en los tipos procedimentales para asuntos de mayor valor o complejidad. Esto es muy diferente de lo que es habitual, la gestión del proceso civil, y de cada procedimiento, de forma igual para cada caso sin tener en cuenta sus concretas circunstancias, lo que determina que casos muy distintos deban afrontar igualmente los mismos trámites y fases. La gestión del caso concreto civil se puede explicar, no sólo pero sí, primordialmente a través de dos elementos que han aparecido con fuerza en el proceso civil inglés tras la reforma Woolf: *"judicial case management"* y *"three tracks system"* o *"three-tiered system of case management"*.

Tanto en Inglaterra como en USA se ha apostado por potenciar el *"judicial case management"* aunque de forma diferente (véase Vorrasi: 2004) que consiste en incrementar los poderes del juez y su capacidad de control sobre el proceso civil con los caracteres siguientes. La reforma Woolf, no acertada en la reducción de costes, sí ha tenido éxito en lo tocante a potenciar la cultura del acuerdo, propiciar acuerdos efectivos con frecuencia en fase de *pre-trial*, y ha acertado con la figura de los *"pre-action protocols"* (Sivaramakrishnan: 2013).

La idea clave, no desconocida en derecho continental, es que es responsabilidad del tribunal y del juez asegurar que todo proceso civil se desarrolla con rapidez (con la mayor posible en cada caso, a la vez que impidiendo la lentitud), se reducen y ajustan los costes para las partes, se atajan las conductas dilatorias e indisciplinadas de las partes, y los asuntos, si no se determina derivarlos a un método ADR, deben intentar solucionarse, potenciando acuerdos entre las partes, antes de llegar a la fase del *trial*, a la que sólo deben llegar si es estrictamente indispensable, pero, para el caso de que lleguen, deben estar lo mejor preparados posible y lo mejor delimitados posible en cuanto a objeto, cuestiones de debate, pruebas, etc. (Marnewick: 1999:30; Zuckerman: 2000:51-53; Vorrasi: 2004:368; Leipold: 2008:14-15; Andrews: 2012:257-258).

Algunos caracteres de este sistema de gestión del caso por el juez son: a) implicar a las partes, que deben colaborar y cooperar entre sí y ambas con el juez en todas las tareas descritas, añadiendo las referentes a la gestión de las pruebas e intercambio de información, y para ello se celebran las *"conferences management case"* (una o varias) que sirven, además, para hacer más abordables, predecibles y proporcionales los costes (Marnewick: 1999:29-30; Van Rhee, Verkerk: 2006:123); b) huir de innecesarias disputas y complicaciones que sólo originan gastos y retrasos, y si el caso no se deriva a ADR o no media acuerdo entre las partes, hacerlo progresar hacia el trial de la manera más rápida y con menos costes como sea posible (Vorrasi: 2004:368); c) el tribunal, y las partes también pero desde otro ángulo, debe actuar sobre la base de que sus recursos son limitados y que deben dar para atender otros muchos casos presentados por otros tantos ciudadanos que tienen igual derecho a que su caso sea correctamente atendido, y a eso ayuda el tratamiento individualizado de cada caso en cuanto determina qué y cuántos recursos se emplean en él (Marnewick: 1999:29; Andrews: 2012:266-267).

Uno de los instrumentos más potentes al servicio del *"judicial case management"* es lograr una adecuada flexibilidad, compatible con las garantías mínimas esenciales, en la tipología de procedimientos civiles *("tracks")*. No hace falta explicar que es común en todo proceso civil establecer distintos procedimientos en atención a la mayor o menor cuantía-valor del objeto procesal, o a la complejidad o importancia de la materia (por ejemplo nuestra LEC, juicios verbales y juicios ordinarios). Incluso se generaliza la existencia de tres procedimientos: uno para pequeñas reclamaciones en dinero o *small claims*, otra para asuntos menos complejos por su valor o materia, juicio rápido, verbal o *fast track*, y otro para los asuntos que sobrepasan un valor o cuantía determinada o que son

complejos (nuestro juicio ordinario, y, bien distinto, el *multi-track* inglés).

Siendo esta una de las aportaciones más apreciadas de la reforma Woolf en Inglaterra, el sistema de los tres *tracks* o *"three-tiered system of case management"*, me limito aquí a abordar su filosofía que comparto ampliamente, remitiéndome a diversos autores para quien quiera saber más en concreto de esta tríada *small claim track, fast track y multi-track* (Marnewick: 1999:30-31; Vorrasi: 2004:370 y ss.; Andrews, 2006; también la obra de Hill dickynson, que incluye esclarecedores anexos y esquemas). Me centraré en el último, donde la filosofía es más palpable que en los otros dos.

Si tomamos como referencia nuestro juicio ordinario y suponemos sólo por un momento que la complejidad de un asunto viene determinada únicamente por la cuantía de la reclamación (sabemos que no es así), la realidad es que se trate de una reclamación de 6.001€ o de 600M€, los pasos y trámites que se deben seguir legalmente son los mismos, aunque pueden durar más o menos en su desarrollo; cabe convenir en que esto no tiene mucho sentido y que un tratamiento individualizado y adaptado sería más fructífero que uno estandarizado. En el *multi-track* introducido por la reforma Woolf en Inglaterra, la filosofía subyacente es que no todos los casos deben ser tratados por igual, el procedimiento debe ajustarse a los caracteres del caso: algunos casos requieren de un mayor grado de informalidad, o de una mayor rapidez, o deben completar todos los pasos, y el tribunal debe tener capacidad para discernir esto y ponerlo en práctica dentro del marco legal (Marnewick: 1999:30). Así, frente a la mayor estandarización y regulación de *small claims track* y de *fast track*, en el *multi-track*, aparte de menor, la regulación es flexible de manera que el juez, con la colaboración de las partes, debe determinar el grado de "*case management*" que se requiere en cada caso concreto y que será podrá ser diferente en cuanto eso ayude a las más pronta, menos costosa, más justa y eficiente solución (Vorrasi: 2004:370).

Cabe terminar añadiendo que en el *"case management"* y en la correcta gestión del multi-track, hay dos instrumentos esenciales: el "*procedural judge*", que es el encargado de analizar el caso y determinar qué *track* corresponde por ser el adecuado (aunque legalmente esto parece estar predeterminado por los rangos de cuantía y por algunas materias asignadas a cada *track*, siempre cabe la posibilidad, tras la evaluación correspondiente, de asignar a otro *track* diferente del legalmente predeterminado); y los *"allocation questionnaires"* que deben rellenar las partes obligatoriamente, tras los actos de alegación iniciales de cada una, y que contienen información complementaria a la de esas alegaciones y absolutamente útil para el procedural judge, tales como si quieren acudir a un ADR, si están dispuestas a alcanzar un acuerdo, qué número de testigos consideran suficiente para su caso y grado de utilidad de los mismos si se llega al trial, qué número de peritos consideran para el caso, qué *track* entienden que es el más adecuado para el caso a la vista de los costes y de la duración estimada, precisar el valor de la pretensión, etc. Aunque el *procedural judge* siempre tiene la última palabra, toda esa información adicional es realmente útil (Vorrasi: 2004:371).

5. SISTEMAS INTEGRALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PROPUESTAS PARA UN DEBATE

Tanto en nuestra LEC, poniendo como ejemplo la audiencia previa, como en las normas que regulan los ADR podemos encontrar muchos elementos que encajan con las ideas que se han expuesto aquí. No estamos tan lejos de las tendencias que suceden en otros ordenamientos: evitar los juicios, potenciar los acuerdos, disponer de ADR intra-procesales y extra-procesales, dar poderes al juez para que controle la gestión del caso. De una manera más o menos evidente, más o menos acertada,

pero están, en todo caso de forma distinta a la aquí expuesta. Por lo tanto, tenemos una parte del camino recorrida y hay que aprovecharlo.

Aunque no es suficiente. Creo firmemente que debemos avanzar hacia la construcción de un Sistema Integral de Solución de Conflictos como pilar que sostiene las políticas públicas de justicia rápida, asumible en costes, eficiente y eficaz, más cercana al logro de soluciones justas para las partes en conflicto o, cuando menos, más aceptadas por ellas.

Me parece interesante que se evalúe la posibilidad de que sea un sistema tipo *"multi-opened"* en su evolución australiana. Es decir, siempre como política pública de justicia, integrar todos los posibles operadores de ADR, desde luego públicos, también los privados siempre que cumplan con las garantías mínimas de calidad, seriedad, eficiencia y obtención de una solución justa. Esto se debe acompañar de otras tres cosas: formación adecuada y continua de esos operadores (sobre todo de quienes desempeñen como conciliadores, mediadores, negociadores, etc.), educación a las personas en fórmulas negociadas de solución de conflictos, e información.

Y dentro de ese sistema, podemos, ya en la parte pública, sumar dos elementos. Operadores públicos de ADR desvinculados de los tribunales, por un lado, y, por otro, implantar sistemas *"multi-door"* o *"court-annexed ADR"*. Esto no es imprescindible ni necesario, pero sí muy oportuno y eficaz, si se hace bien, y supondría que personal del tribunal está presente en la adjudicación y desarrollo de cada método. El propio Sander (Sander, Hernández: 2008:671) ha explicado que la relación entre ADR y tribunal no es inherente; quizá es casi natural porque las tribunales son la principal, tal vez más importante, sede para la solución de conflictos. Hay argumentos sólidos para defender que MDC deben estar conectadas con la Corte, pero técnicamente el *"comprehensive justice center"* o MDC podría estar bastante separado de la Corte. Pero, lo mismo que se roban bancos porque es donde está el dinero, es en los tribunales donde están los casos por lo que es natural que el juicio sea una puerta del MDC system, pero no es algo que tenga que ser inherente.

Un abanico de métodos de solución de conflictos sistematizado que permita a las personas en conflicto, por sí o debidamente asesoradas, evaluar qué método puede resultar óptimo, o más adecuado, para solventar su concreto problema, de manera que pudiera establecer una distribución adecuada y razonable que sirviera para dimensionar cada método y mantenerlo en unos estándares aceptables de rapidez, eficacia, eficiencia, coste y calidad. Hay que adaptar el mecanismo, cada uno con sus propios caracteres e idiosincracia, que permita hacer la evaluación de cada caso con el diagnóstico correspondiente de adecuación del cada caso a cada método. Hay que organizar y dotar los medios necesarios. Y muchas cosas más, sin duda, pero lo que se pretende es lanzar el mensaje de que un Sistema racional, meditado, organizado, planificado, diversificado, puede permitir una racionalización y optimización del gasto público en justicia en aras de garantizar al ciudadano que sus conflictos de derecho privado pueden resolverse de manera más adecuada a cada caso sin merma de garantías y sin percepción de que están ante formas de solución de segunda clase.

Y, por último, dentro de ese sistema debe prestarse atención siempre a mejorar el proceso civil. Es el método en el que aparece explicitado el poder público en la solución de conflictos, en el que el Estado actúa con todo su poder y, si se quiere, el más solemne para el ciudadano al ser resuelto el conflicto por un juez, persona cualificada con la misión más delicada: imponer una solución desde la justicia y las garantías. Cuando se llegue a juicio, todo debe estar perfectamente preparado para la eficiencia y la justicia, a la vez que debe ser posible tratar de que los casos se solucionen, en el tribunal y en el proceso civil, antes de llegar a esta fase. Ahí también creo que puede explorarse el sistema de *"judicial case management"* partiendo de las instituciones parecidas que ya tienen nuestro proceso civil.

NOTAS

1. Este autor (2004:382-386) puntualiza, al comparar los sistemas procesales civiles de Inglaterra y USA, que en Inglaterra ha habido un *"more drastic approach"* al control del proceso por el juez y, por ello, se ha atenuado más el principio adversarial allí que en USA donde esa aproximación ha sido más flexible y sigue habiendo más respeto a dicho principio.

2. Otro problema candente que enfrenta el proceso, y el proceso civil en particular, es el de la última oleada de acceso a la justicia que se refiere a determinadas personas y colectivos desfavorecidos, marginados o que tienen especiales circunstancias geográficas, de idioma, etc., en definitiva personas y colectivos especialmente vulnerables, también menores, mujeres maltratadas. En este sentido hay que tener en cuenta las llamadas Reglas de Brasilia de 2008 en las que se explica cómo adaptar el proceso civil para facilitar el acceso a la justicia de estos colectivos. "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", fruto de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

3. Desde otra perspectiva los ADR muestran una mayor capacidad de respuesta al problema del acceso a la justicia de las personas y colectivos especialmente vulnerables, de lo que es buena muestra la justicia de proximidad entendida en su sentido originario (Guzmán 2006).

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010, en los Asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08 (Alassini): cuyo fallo establece que el artículo 34 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores deben ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales. Los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos de la interposición de un recurso judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos, y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

5. Se pretende así fomentar el uso de los ADR por los litigantes proporcionándoles una asistencia técnica completa para identificar que método ADR es el mejor para la solución de su caso particular. Muchos casos civiles son automáticamente derivados al programa *ADR Multi-option* conforme a la *ADR Local Rules* del *United States District Court of the Nothern District of California*, artículo 3-3, aunque otros son derivados o asignados por orden judicial, sea de oficio o a instancia de una parte o por acuerdo de ambas. Bajo este programa las partes deben familiarizarse con los ADR mediante la lectura del *"Court's ADR Handbook"*. Los ADR ofrecidos por la Corte son el arbitraje, la mediación, la evaluación neutral temprana y las conferencias para acuerdo presididas por un magistrado (*arbitration, early neutral evaluation, mediation, settlement conferences with a magistrate judge*). Con permiso del juez las partes pueden sustituir el método asignado por la Corte y acudir a un método ADR ofrecido por un proveedor privado, e igualmente puede *"the court's ADR staff will work with parties to customize an ADR process to meet the needs of their case or to design an ADR process for them"* (artículo 8). Local Rules California están disponibles en la página web http://www.cand.uscourts.gov/localrules/ADR

6. Recordar, de forma somera, que los U.S. District Courts forman parte del sistema de justicia federal que consta de la Corte Suprema, los tribunales de apelación, organizados en 11 circuitos que agrupan a las diferentes *District Courts* (además del *D.C. Circuit*), y finalmente 94 *US District and Territorial Courts*: cada uno de los cincuenta estados tienen de una a cuatro *District Courts*, en total 89, (utilizando como circunscripciones el norte, sur, este, oeste o mitad del correspondiente estado, así por ejemplo "*the United States District Court for the Middle District of Alabama", "… for the Central District of California", "… for the Nothern District of Florida"*, etc.; además el Distrito de Columbia y Puerto Rico tienen cada uno una *District Court. Territorial Courts* existen en las áreas insulares de USA: Guam, Islas Mariana del Norte e Islas Vírgenes de Estados Unidos, tienen jurisdicción similar a las *District Courts* pero no son tales pues éstas se amparan en el artículo III de la Constitución USA y las Territorial Courts se amparan en el artículo IV.

7. En esencia, el sistema de multi-puertas implica a un tribunal de justicia de manera que la fase de determinación de la "puerta" más adecuada a la solución del concreto caso se realiza dentro de un servicio asociado a esa corte o tribunal

que mantiene una supervisión sobre la cuestión. El sistema multi-opciones se sustenta en la existencia de diferentes métodos de solución del conflicto, tanto públicos como privados que incluyen mediación, "mini-juicios", arbitraje, conciliación, evaluación inicial neutral, centros de solución de conflictos vecinales o centros legales comunitarios (instituciones de naturaleza privada) así como los tradicionales juicios ya sea ante jueces profesionales *("bench trials")*, ya sea con jurado *("jury trials").* En Australia el sistema multi-opciones implica la conjunción de métodos bajo dominio público y métodos bajo dominio privado y no hay un *"goalkeeper"* inserto en un tribunal (suponiendo que deba haberlo y que no deba dejarse al propio manejo de las partes en conflicto elegir la opción más adecuada). Como se ha visto, este concepto *"multi-options justice system"* cuenta con experiencias en USA, concretamente en California o en Oregon. A diferencia de la idea en Australia, en USA el sistema "multi-opciones" implica intervención y supervisión de un tribunal con carácter general, aunque puede haber derivaciones a operadores privados.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Amadi, Johnson, Enhancing "Access to Justice in Nigeria with Judicial Case Management: An Evolving Norm in Common Law Countries" (March 22, 2009). Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1366943

Andrews, Neil, "La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Valparaiso*, XXXIX, Chile, 2012 2º semestre, págs. 253-289.

Andrews, Neil, "English Civil Procedure: A sinopsis", *Ritsumeikan Law Rewiew,* nº. 25, 2008, págs. 25-61.

Andrews, Neil, "Principles of Civil Procedure: order out of chaos", *Civil Litigation in a Globalising World*, Kramer, X.E., Van Rhee, C. H. (eds.), Asser Press, The Hague, the Netherlands, 2012, págs. 19-35.

AA.VV., *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (Eds.), published, sold and distributed by Eleven International Publishing. The Hague, Netherlands 2013.

Azzato, Lisa, "Multi-door Court-House Approach: A Look Across the Threshold", *The Suffolk Lawyer*, December 2006.

Banco Mundial, *El acceso a la justicia: la experiencia de Inglaterra con los tribunales para casos de menor cuantía*, Mayo de 2000.

Barona Vilar, S., *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Civitas, Madrid, 2007.

Buenger, Michael L., "Do we have 18th Century Courts for the 21st Century?" *Kentucky Law Journal*, Vol. 100, 2011-2012, págs. 833-856.

Canadian Bar Association, *Systems of Civil Justice Task Force Report*, August 1996, págs. 31 a 50.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant G., *El Acceso a la Justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos,* Fondo de Cultura Económica, 1996, 154 págs. (traducción del original en inglés de 1978).

CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas), *La reforma de la justicia civil en Inglaterra y Gales*, agragado el 28/03/2010, 25 págs., http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual,

Cortés, Pablo; Sotelo, Francisco, "Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los derechos del Common Law y su aplicación en el Proceso Civil Español", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 4/2011, www.Indret.com, 37 págs.

Cremades, Bernardo M., "El arbitraje en la doctrina constitucional española", *Lima Arbitration*, nº 1, 2006, págs. 192 y siguientes.

Dickson, Brian, "ADR, the Courts and the judicial system: the Canadian context", 1994, htpp:// www.biblio.uottawa.ca/static/ftx/docs/dickson/DICKSON/pdf, 19 págs.

Edwards, Barry, "Renovating the multi-door courthouse: designing trial court dispute resoluction systems to improve results and control costs", *Harvard Negotiation Law Rewiew,* Vol. 18:281, Spring 2013, págs. 283-347.

Fernández Rozas, José Carlos, "Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución*, número 19, año 13, Enero-diciembre 2005, págs. 55-91.

French, Robert, "Perspectives on Court-Annexed Alternative Dispute Resoltion", july 2009, http://www.hcourt.gov.au/absets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj27july09/pdf, 20 págs.

Guzmán Fluja, Vicente, "La Justicia de proximidad: un desafío necesario a repensar", en *Justicia de proximidad*, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Thomson- Aranzadi, 2006.

Guzmán Fluja, Vicente, "Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvención, mediación, y acumulación de procedimientos", en *Resolución de conflictos en materia de consumo, proceso y arbitraje*, Tecnos, 2009, págs. 230 a 271.

Guzmán Fluja, Vicente, "Reflexiones sobre la prueba en el arbitraje de consumo con especial referencia a la prueba pericial", en *Arbitraje y Mediación en materia de consumo*, Tecnos, Madrid, 2012.

Hedeen, Timothy, "Remodeling the multi-door courthouse to fit the forum to the folks: how screening and preparation will enhance ADR" *Marquette Law Rewiew*, vol. 95, Issue 3, spring 2012, págs. 941-954.
Hernández Crespo G., Mariana, "From Noise to Music: The Potential of the Multi-Door Courthouse Model to Advance Systemic Inclusion and Participation as a Foundation for Sustainable Rule of Law in Latin America", *The University of Missouri School of Law's Journal of Dispute Resolution*, 2012, 85 págs., consultado en http://papers.ssrn.com/abstract=1956200.
Hill Dickinson, "The English Civil Procedure" htpp://hilldickinson.com/pdfThe20%English20%Civil20%Procedure20%Rules.pdf, 23 págs.
Jackson, Rupert (Honourable Lord Justice), *Rewiew of civil litigation costs: Final Report (december 2009)*, TSO, 2010, 557 págs.
Leipold, Dieter, "Oral and written elements whithin the introductory phase of civil procedure", *Oralidad y Escritura en un proceso civil eficiente,* dos tomos, (Carpi, Ortells Eds.), Universidad de Valencia, Valencia, 2008, págs. 53-78, consultado en htpp://www. uv.es/coloquio/coloquio/ ponencias/5oralip.pdf, 24 págs.
Malik, Waleed Haider, *Judiciary-Led Reforms in Sigapore (Framework, Strategies, and Lessons)*, The World Bank, Washington, 2007, 115 págs.
Maqueo Ramírez, María Solange, "¿Profundización o retroceso de la asistencia jurídica gratuita?, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLV, nº. 133, enero-abril 2012, págs. 141-164.
Marnewick, Chris, "Civil procedure: acces to justice", *Consultus*, june, 1999, págs. 29-32.
Martínez, Janet; Purcell, Sheila; Shacked Gvili, Hagit; MEHTA, Mohan, "Dispute System Design: A Comparative Study Of India, Israel and California" *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 14:807, 2013, págs. 807-827.
Mendoza Losana, Ana I., ¿Existe un derecho absoluto a acceder a los órganos jurisdiccionales en nombre de la tutela judicial efectiva?, https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/7/2010/7-2010-3.pdf, 4 págs.
Montesinos García, Ana, *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2007.
Onyema, Emilia, "The Multi-door Court House (MDC) Scheme in Nigeria: A Case Study of the Lagos MDC", *Apogee Journal of Business, Property & Constitutional Law,* 2 (7), 2013, págs. 96-130.
Pejovic, Caslav, "Civil Law and Common Law: two different paths leading to the same goal", *Victoria University Wellington Law Review*, 32: 817-841.
Rhodes-Vivour, Adedoyin O. (Mrs.), "Mediation (a "face saving device")- The nigerian perspective", *Journal of the International Bar Association Legal Practice Division Mediation Committee Newsletter*, Vol. No 4 No. 1 September 2008, consultado en http://www.drvlawplace.com/media/MEDIATION-FACESAVING-%20DEVICE.pdf.Faculty
Rooke, John Daniel, The multi-door courthouse is open in alberta: judicial dispute resolution is institutionalized in the court of queen's bench, of Law, Edmonton, Alberta, Spring 2010, 109 págs.
Sallmann, P.A., Change in the adversarial system of civil dispute resolution: implicatios for the judiciary", en *Educating Lawyers for a less adversarial system*, Sidney 1999, págs. 14-26.
Sander, Frank, "Varieties of Dispute Resolutions", in Levin and Wheeler (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, 1979.
Sander, Frank; Hernández Crespo, Mariana, "A dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: explorig the evolution of the multi-door courthouse" (segment transcript of a video-tape conversation between this profesors), *University of St. Thomas Law Journal,* Vol. 5:3, 2008, págs. 665-674.
Senft, Louise Phipps; SAVAGE, Cynthia A., "ADR in the Courts: progress. Problems, and possibilities", *Penn State Law Rewiew*, Vol. 108:1, 2003, págs. 327-348.
Sivaramakrishnan, Arvin, "A dream on the theme of civil justicia", *The Hindu, thehindu.com*, december 14, 2013, 3 págs.
Sourdin, Tania, Burstyner, Naomi, "Australia's civil justice system: developping a multi-option response", *Trends in state courts, Center for State Courts*, 2013, págs. 78-84.
Thiam Leng, Liew, "Alternative Dispute Resolution in Singapore", http://www.subcourts.gov.sg/eadr/archives/PAPER%20FOR%20SPIDR.pdf, página 15.
Tye Beng, Joel Lee, "The ADR Movement in Singapore", en The Singapore Legal System, second edition, Singapore University Press, 1999, págs. 414-445.
Van Rhee, C. H.; Verkerk, R., "Civil Procedure" *Elgar Encyclopedia of Comparative Law,* J.M. Suits (ed.), Cheltenham, 2006, págs. 120-134.
Vorrasi, Kenneth M., "England's reform to alleviate the problem of Civil Process: a comparision of judicial case management in England and the United States", *Journal of Legislation*, vol. 30:2, 2004, págs. 361-387.
Xiol Ríos, J. A., "El arbitraje y los tribunales de justicia" Barcelona, febrero 2007, págs. 7 y 8, http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf.,

Zuckerman, Adrian A.S., "La justicia civil en crisis: dimensiones comparadas del proceso civil", *Debate Procesal Civil. Supremo Tribunal de Justicia de Michoacán*. Número 8, septiembre octubre de 2000, consultado en http://www.tribunalmmm.gob.mx/publicaciones/Debate/a1numero9/lajusticia.htm

Fecha de recepción: 03/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES
JUDICIAL DISCRETION. CAUSES, NATURE AND LIMITS

Juan B. Etcheverry

RESUMEN

Con el presente trabajo buscamos iluminar el lugar y alcance de la discrecionalidad en las decisiones judiciales. Para ello, ahondaremos en las causas de la discrecionalidad judicial, en la explicación de su naturaleza y características y en la determinación de cuáles son sus fronteras o límites. Propondremos, por un lado, que algún tipo de margen de discrecionalidad judicial es inevitable porque resulta imposible pensar en un sistema jurídico capaz de determinar una única respuesta para todo caso posible. Por otro lado, sostendremos que alguna clase de discrecionalidad no sólo es inevitable, sino también deseable, para que los sistemas jurídicos sean capaces de alcanzar sus objetivos. A su vez, caracterizaremos a la decisión judicial discrecional como una elección debida entre alternativas abiertas. No obstante, ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria; por el contrario, quien decide ha de hacerlo fundándose en razones que justifiquen su actuar. Sostendremos también que cuando los jueces deciden discrecionalmente no legislan simplemente sin mayor guía del Derecho; en cambio, sus decisiones se encuentran limitadas institucionalmente por el hecho de que normalmente deciden sobre un caso en particular, guiándose por principios, precedentes, el propósito de las normas que aplican, teniendo en cuenta diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Por último, advertiremos que el margen de elección que otorga el sistema jurídico a sus jueces, que va de un piso normativo hacia los fines de la o las normas aplicables, puede ser mejor explicado desde las teorías de las virtudes judiciales. Estas teorías tienen el potencial de desentrañar el espacio intermedio que se encuentra entre los límites institucionales a la decisión discrecional y el resultado de dicha decisión que institucionaliza cuál es la respuesta correcta para el caso que se decide.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad judicial, Arbitrariedad, Indeterminación jurídica, Virtudes judiciales

ABSTRACT

This paper proposes to enlighten the role and scope of discretion in judicial decisions. To that end, we will go into the causes of judicial discretion, into the explanation of its nature and into the determination of its boundaries or limits. We will maintain, on the one hand, that some space for judicial discretion is inevitable because it is impossible for a legal system to determine only one legal answer to every possible case. On the other hand, we will also claim that some kind of judicial discretion is not only inevitable but also desirable to allow judicial systems to achieve its goals. We characterize judicial discretion as the decision between open alternatives that judges must make. These discretionary decisions shouldn't be confused with arbitrary decisions because the first ones always should be based on reasons that can justify them. Further on, we will claim that discretionary judicial decisions are not just new legislation created with any help or guide by law. These decisions are institutionally limited by legal principles, precedents, different legal rules of interpretation, purposes of the rules, etc. They are also different from ordinary legislation because they are binding only for a single case. Finally, we will explain that the area that goes on from the rules to its purposes could be better explained from virtue jurisprudence. This theories have the ability to explain the area between the institutional limits to a discretionary judicial decision and the results of the decision that institutionalize which is the correct answer to the case.

KEY WORDS

Judicial discretion, Arbitrariness, Legal indeterminacy, Virtue-jurisprudence

DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. CAUSAS, NATURALEZA Y LÍMITES*

Juan B. Etcheverry
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Austral (Chile)

Sumario: 1. Introducción. 2. Las causas de la discrecionalidad judicial. A. La discrecionalidad judicial como algo inevitable. a) Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje. b) Intentos fallidos de superar las causales de indeterminación jurídica. B. La discrecionalidad judicial como algo deseable. a) Principios y estándares como modo de resolver los defectos de los sistemas jurídicos. b) Principios y estándares como modo de proteger los derechos fundamentales. 3. La naturaleza de la discrecionalidad judicial. A. La discrecionalidad judicial como elección. a) La discrecionalidad judicial como elección ¿debida? b) La discrecionalidad judicial como elección no arbitraria. c) La discrecionalidad judicial como elección entre alternativas ¿abiertas? B. La discrecionalidad judicial como poder delegado dirigido. 4. Límites a la discrecionalidad judicial: de la justicia institucionalizada a la institucionalización de la justicia. A. Límites institucionales a la discrecionalidad judicial. B. La institucionalización de la justicia en la decisión judicial discrecional. C. Entre los límites institucionales y la institucionalización de la justicia en la decisión judicial: La posibilidad de aproximarse a la discrecionalidad judicial desde las teorías de la decisión judicial centradas en las virtudes. 5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya muchos años, la idea o el ideal de que el Derecho positivo resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a todo caso posible, ha ido perdiendo adeptos al punto que en la actualidad sólo parecen escucharse algunos ecos, no tan claros y rotundos, de esta afirmación.

Las críticas al legalismo y al logicismo jurídico iniciadas en la segunda mitad del siglo XIX y que se extendieron sobre buena parte del siglo XX han terminado desterrando las visiones ingenuas sobre la interpretación y aplicación del Derecho defendidas por las escuelas formalistas.

El rechazo del formalismo en la interpretación y aplicación del Derecho puede hacernos suponer que no existe otra alternativa que el irracionalismo o la arbitrariedad. Sin embargo, existe al menos la posibilidad de que los jueces interpreten y apliquen el Derecho de forma discrecional.

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva y la Universidad Austral. El autor es investigador del CONICET y profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral. Parte de este trabajo se llevó a cabo en el marco de una estancia de investigación en el Instituto Cultura y Sociedad (Universidad de Navarra), financiada por el propio instituto.

Con el presente trabajo se buscará iluminar el lugar y alcance de la discreción de los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho. Para ello, se ahondará en las causas de la discrecionalidad judicial, en la explicación de su naturaleza y características y en la determinación de cuáles son sus fronteras o límites. Del desarrollo de estas cuestiones se espera lograr responder a las siguientes preguntas ineludibles para comprender el fenómeno de la discrecionalidad judicial: i) ¿es inevitable que los jueces gocen de algún tipo de discrecionalidad al momento de resolver los casos que se les plantean?; ii) ¿puede ser incluso deseable que en algunos casos los jueces gocen de dicha discrecionalidad al decidir?; iii) ¿en qué medida la discrecionalidad judicial supone la facultad de decidir libremente?; iv) ¿en qué se diferencia la discrecionalidad de la arbitrariedad?; v) ¿son discrecionales todas las decisiones judiciales que tienen en cuenta criterios jurídicos valorativos?; vi) ¿cuáles son los límites de una decisión judicial discrecional?

2. LAS CAUSAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Como acaba de sugerirse, los teóricos del Derecho han ido despertando del noble sueño de la doctrina de la jurisprudencia mecánica a medida que han reconocido la existencia de lagunas y de antinomias en los ordenamientos jurídicos y han tomado consciencia de lo vago que en muchos casos resulta el lenguaje por medio del que se expresa el Derecho[1].

No tiene sentido reproducir aquí toda la crítica al formalismo y al logicismo que termina develando lo ilusoria que resulta la idea de que los tribunales aplican mecánicamente las normas por medio de silogismos avalorativos de subsunción. No obstante, puede resultar útil recordar algunas de sus principales conclusiones para explicar lo inevitable que resulta la discrecionalidad judicial.

A. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ALGO *INEVITABLE*

a) Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje

Muy sintéticamente, dichas críticas han mostrado que en algunas oportunidades el Derecho no ofrece normas capaces de dar una respuesta para cada caso que se presenta —laguna—[2]. Frente al silencio que guarda en estos casos el Derecho, el operador jurídico encargado de dirimir dicha cuestión debe decidir con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas.

Además, también han observado cómo, a veces, el Derecho ofrece dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso y que conllevan a soluciones incompatibles entre sí —antinomias—. Cuando el Derecho parece decir más de lo necesario para un caso en concreto y no prevé un sistema de prelación entre dichas normas, nuevamente el operador jurídico encargado de resolver la cuestión debe hacerlo con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen las normas jurídicas positivas[3].

El tema de las lagunas y de las antinomias o de los llamados defectos lógicos de los sistemas jurídicos es un tema que ha sido ampliamente debatido en la tradición continental desde hace ya más de un siglo[4]. No obstante, en la tradición anglosajona esta problemática ha sido abordada principalmente desde el problema de la "textura abierta" del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho.

En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro —casos claros o paradigmáticos— en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios generales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pau-

tas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado[5]. En estos casos dudosos el Derecho no resulta capaz de ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica.

b) Intentos fallidos de superar las causales de indeterminación jurídica

Por otra parte, las posibilidades de caer nuevamente en el ensueño del formalismo legalista se han disipado de la mano de lo insuficiente que fueron resultando los intentos de solucionar definitivamente todas las causales de indeterminación jurídica advertidas por la Ciencia jurídica. La inviabilidad política y técnica del intento de resolución del problema de las lagunas por medio del *référé legislatif* no tardó en hacerse notar. No mucha mejor suerte tuvo el intento de negar lógicamente las lagunas recurriendo a una norma de clausura de todo el ordenamiento jurídico no explícita ni positiva y que considera todo lo no previsto legalmente como jurídicamente irrelevante o permitido[6]. Con respecto a las antinomias, los criterios de prelación ofrecidos para su solución —v. g., temporalidad, especialidad, jerarquía— no logran resolver, los conflictos entre principios iusfundamentales, ni los conflictos que pueden surgir entre los propios criterios de prelación. Tampoco tienen un éxito definitivo las *reglas de interpretación* o que se tenga en cuenta el *contexto*, *propósito* o *trasfondo de valores* que se presupone cuando uno se comunica para solucionar los casos en los que el lenguaje jurídico se torna vago. Esta dificultad permanece, entre otras cosas, porque en muchos casos la aplicación de estas mismas reglas, contextos convencionales, propósitos y trasfondos interpretativos resultan vagos[7]. El intento de acudir a las intenciones originales de los autores de una norma la hora de aplicarla tampoco ofrece una solución definitiva. Conocidas son las críticas contra esta posibilidad. El problema es que dichas intenciones no son uniformes ni evidentes porque: (i) las normas surgen de una práctica compleja en la que participan varios autores cuyas intenciones muchas veces no son coincidentes; y (ii) resulta en muchas ocasiones muy difícil lograr develar dichas intenciones ya que no existe una inmediación entre el autor de la norma y su intérprete o aplicador[8].

En definitiva, al menos tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho.

La discrecionalidad judicial se presenta como la consecuencia ineludible de la relativa indeterminación del Derecho. Más en concreto, es el resultado *inevitable* de la indeterminación jurídica, normalmente complementada con el deber, expresamente incluido en toda la codificación moderna, que tienen los operadores jurídicos de resolver todos los casos que caen bajo su ámbito de competencia[9].

B. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ALGO *DESEABLE*

Junto con el reconocimiento de que la aplicación mecánica del Derecho resulta *irrealizable*, ha tomado fuerza la idea que puede resultar *deseable* un poder judicial capaz de completar las insuficiencias legales, morigerar sus rigideces y salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Dicho de otro modo, la discrecionalidad que tienen los jueces en la actualidad para decidir no es únicamente fruto de la relativa e *inevitable* indeterminación jurídica, sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado *deseable*[10]. En este sentido, pareciera que han caído en la cuenta de que *intentar* excluir toda incertidumbre, a cualquier precio, no es un acierto.

a) Principios y estándares como modo de resolver los defectos de los sistemas jurídicos

Por un lado, se ha terminado institucionalizando o llevando a la vigencia histórica

muchos de los principios que las prácticas jurídicas albergaban en sus senos como un modo de superar los llamados defectos lógicos de los ordenamientos jurídicos. Así, se *prefiere* reconocer que algunos casos no tienen una respuesta jurídica completamente determinada y otorgar a los jueces facultades discrecionales orientadas por principios, para que puedan decidir teniendo en cuenta las circunstancias particulares, en lugar de aplicar forzadamente un Derecho a casos que no fueron previstos[11]. De esta manera, en algunos casos es el propio legislador el que prefiere, delegando potestades, colocar intencionadamente en algunas normas jurídicas principios y estándares muy abiertos, antes que intentar excluir toda incertidumbre por medio de técnicas que supondrían aplicar reglas para casos que no fueron previstos sin importar que se prejuzgue "ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos", ni las consecuencias sociales de aplicar las reglas de esta manera[12]. Por ello, algunos autores llegan a afirmar que en estos casos los funcionarios judiciales reciben de forma delegada la función de producir nuevas normas[13].

Como explica Endicott, el legislador parece consciente de que la precisión, no siempre es útil para regular las conductas. En este sentido, advierte que sin principios y estándares no podrían regularse la amplia variedad de cosas que necesitan ordenar los sistemas jurídicos. Todo intento de regular la vida social sólo con reglas precisas no sería capaz de prever todas las situaciones que se pretenden regular. Cuanto más precisa pretenda ser la regulación más situaciones quedarán sin regulación y esto afectará más la capacidad del Derecho para regular la vida de la comunidad. Dicho de otra manera, sólo se puede regular la vida de una comunidad en toda su riqueza si además de reglas se utilizan principios y estándares abstractos[14].

Además, la precisión no necesariamente favorece que el Derecho logre los fines que se propone o persigue. Si bien la precisión posee algunos beneficios, normalmente relacionados con el Estado de Derecho —v. g., la previsibilidad—, también hay que reconocer que normalmente desmejora la capacidad del Derecho para conseguir otros de sus objetivos[15]. Un límite preciso de edad —v. g., mayor de 18 años— para admitir una donación de órganos hace caso omiso de las circunstancias de quien pretende donar —por ejemplo, si sólo le falta un mes para cumplir dicha edad y muestra signos de madurez suficientes para tomar tal decisión— y, por ello, puede acabar ignorando el objetivo de la ley de fomentar, permitir y regular determinado tipo de donaciones de órganos realizadas por personas maduras para salvar vidas humanas. Esto no quiere decir que en algunos casos una regla precisa o un límite de edad preciso no esté justificado. Sino que además de dichas reglas han de existir principios y estándares que admitan en casos puntuales mitigar la aplicación de tales reglas[16]. A esta dificultad han hecho mención algunos autores —v. g., Schauer— al advertir que debido a que las reglas están formadas por generalizaciones, su predicado fáctico incorpora ciertos supuestos que no sirven a sus objetivos o justificación —en este sentido las reglas son sobre-incluyentes—, a la vez que no incorporan otros supuestos que podrían servir a sus objetivos —en este sentido las reglas son infra-incluyentes—. Estas situaciones se producen cuando la aplicación de una regla genera un resultado no derivado de sus propósitos o justificación. En definitiva, como puede verse, a causa de la precisión de las reglas muchas veces se disminuye la capacidad del Derecho para dar efecto a los fines que persigue[17].

En otras palabras, la referencia legal a principios y estándares cuya interpretación y aplicación supone delegar algunos márgenes de discrecionalidad en los tribunales permite comparar al proceso de determinación del Derecho para el caso concreto con un procedimiento de decisión en varias etapas. Si bien el constituyente y el legislador son conscientes que sobre ellos recae la responsabilidad de decidir el contenido de las normas del ordenamiento jurídico, de algún modo advierten que en algunos casos la carga de su tarea les impide

hacerlo de modo definitivo y completo y con toda la información necesaria. Por ello, en estos casos se conforman con dejar delineado el marco con base en el cual se tomará una decisión, para que los tribunales, con más información y en mejores condiciones, terminen de decidir. En este sentido, podría decirse que esta delegación de facultades que hacen los órganos legislativos sobre los judiciales está relacionada con la capacidad del Derecho para regular su propio desarrollo[18].

b) Principios y estándares como modo de proteger los derechos fundamentales

Por otra parte, los sistemas jurídicos han ido incorporando crecientemente principios valorativos no sólo para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico, sino también para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Un ejemplo claro de esto puede observarse en el proceso de reordenación política que llevaron adelante varias Naciones Europeas después de la segunda guerra mundial por el cual pasaron de un Estado legal de Derecho a un Estado material de Derecho. Entre otras cosas, dicho cambio se caracteriza por la incorporación en las constituciones de: (i) derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos como principios que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable; y (ii) sistemas de control de constitucionalidad[19].

La interpretación y aplicación de estos principios, que funcionan como criterios de la validez jurídica del resto de las normas, requiere un tipo de razonamiento práctico que no es meramente formal o no valorativo[20]. En este sentido, Dworkin ha advertido que los contenidos materiales recogidos en los textos constitucionales requieren una "lectura moral de la constitución"[21]. Esto es así porque los principios suelen ser generales y abstractos y no tienen una consecuencia jurídica determinada. Además, los principios suelen tener una dimensión de "peso e importancia" que hace que su aplicación no sea "a todo o nada"[22], sino que admita diferentes grados de cumplimiento. Justamente por esto puede ser que a un juez se le presenten diferentes alternativas posibles de realización de un principio que tendrá que elegir discrecionalmente.

Este diseño institucional, que impera en buena parte del mundo occidental actual, les reconoce a los jueces un lugar especialmente relevante dentro de los poderes políticos[23]. Esto supone un rechazo expreso al ideal de Montesquieu de que el juez sea meramente la boca inerte que pronuncia las palabras de la ley[24]. Por el contrario, en la actualidad los jueces suelen gozar de amplias facultades jurisdiccionales para determinar la solución a los casos que les plantean e incluso para ejercer el control de constitucionalidad sobre la autonomía del legislador democrático.

En definitiva, al menos dos pueden ser las causas principales por las que los jueces gozan de algún tipo de discrecionalidad al decidir los casos que se le presentan. Por un lado, el ordenamiento parece incapaz de prever una única respuesta para cada posible caso que surja. Por otra parte, el constituyente y el legislador actual valoran que los jueces en algunos casos puedan controlar la solución ofrecida por el legislador o terminar de determinar la solución para algunos casos complejos.

3. LA NATURALEZA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Explicado por qué resulta inevitable y hasta deseable que en algunos casos las normas jurídicas positivas no ofrezcan una única respuesta jurídica correcta y que, por lo tanto, al menos en dichos casos los jueces deciden discrecionalmente, a continuación se abordará la cuestión de la naturaleza de dicha discrecionalidad.

En general la noción de "discreción" y en particular la de "discrecionalidad judicial" ha-

cen referencia a una serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y, por el otro, al arbitrio o la voluntad admisibles en ella. Como se verá a continuación, el debate sobre la discrecionalidad judicial refleja claramente estos distintos aspectos[25].

A. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO ELECCIÓN

Existe un cierto acuerdo entre los autores que reflexionan acerca del fenómeno de la discrecionalidad judicial en presentarla como una "*elección* entre alternativas abiertas"[26]. Este modo de entenderla parece suponer que ha de ser caracterizada como un acto *voluntario* que consiste en *optar* por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras[27]. Esto supone un cierto[28] margen de autonomía[29], libertad[30] o falta de control[31] para determinar el resultado de la decisión, que no puede basarse en estándares impuestos por otra autoridad jurídica[32].

a) La discrecionalidad judicial como *elección ¿debida?*

Si la discrecionalidad judicial es concebida como una elección que otorga un margen de autonomía o libertad, puede pensarse que dicha elección sea mera o solamente una facultad de quien decide. Más aún, puede pensarse que esta idea queda reforzada con la concepción de estos casos como desarrollo o creación judicial del Derecho, donde los tribunales gozan de una potestad legislativa delegada[33]. No obstante, este margen de libertad que se da a quien decide normalmente se complementa con el deber de resolver impuesto a los jueces[34].

Como la existencia de este deber puede ser presentado más como una cuestión de hecho que como una cuestión "necesariamente" conceptual, algunos autores han sostenido que la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser presentada como una tesis nuclear de la teoría del Derecho[35]. Por más que sea imaginable un sistema jurídico que permite a los jueces no decidir los casos en los que el Derecho resulta indeterminado —por ejemplo, porque se les permite remitirlos al poder legislativo, etc.—, ineludiblemente los jueces de un sistema jurídico semejante se encontrarán con casos en los que tendrán dudas sobre lo determinada que sea su resolución jurídica y, por lo tanto, tengan que decidir discrecionalmente si resolver o no dicho casos[36].

b) La discrecionalidad judicial como *elección no arbitraria*

Nuevamente, si bien la idea de que la discrecionalidad judicial supone una elección pareciera implicar la ausencia de razones jurídicas para la selección de la respuesta definitiva, esto no significa que dicha elección pueda ser considerada arbitraria o irracional[37]. Como dice Hart, cuando el Derecho resulte indeterminado y, por lo tanto, ha de decidirse de forma discrecional, "…el juez debe ejercer su poder de creación de Derecho, pero no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como lo haría un legislador concienzudo, decidiendo de acuerdo a sus propias *creencias* y *valores*"[38].

Además, sugiere que las virtudes judiciales características de esta tarea "son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base *razonada* de la decisión"[39].

En esta línea, Raz afirma que "[a]un cuando la discreción no esté limitada o guiada en una dirección específica, los tribunales todavía están *jurídicamente limitados* a actuar como piensan que es mejor de acuerdo a sus *creencias*

o *valores*. Si no lo hacen, si adoptan una decisión *arbitraria*, por ejemplo, arrojando una moneda, *están violando un deber jurídico*. El juez debe invocar siempre algunas razones generales. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el Derecho. Tiene discreción cuando el Derecho le requiere actuar sobre la base de razones que él piensa que son correctas, en vez de imponerle sus propios estándares"[40].

Como sugiere Waluchow, al decidir discrecionalmente los jueces buscan "… una respuesta *razonable* que desarrolle y amplíe el Derecho de una forma razonable, defendible, pero no necesariamente única"[41].

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto podría caracterizarse a la decisión discrecional como una *elección no arbitraria y limitada*. Así, por un lado, la discrecionalidad judicial podría ser catalogada como una *libertad* "relativa" —no absoluta— y "negativa", es decir, que se tiene sólo para elegir entre un grupo de alternativas posibles[42]. Además, las decisiones discrecionales no son consideradas como actuaciones arbitrarias. Dicho de otro modo, en tanto decisión judicial, la decisión discrecional también ha de estar justificada; es decir, siempre ha de basarse en *razones*[43].

c) La discrecionalidad judicial como elección entre alternativas ¿abiertas?

Si bien parece aceptada la categorización de la discrecionalidad judicial con una "elección entre alternativas abiertas" fruto de que no existiera para dicho caso una única solución jurídica positiva correcta, puede parecer confuso hasta qué punto los jueces tienen margen de maniobra si entre las alternativas que el Derecho presenta como correctas han de decidir la que es más correcta[44].

Hart es ambiguo en este punto, lo cual parece explicarse en su posición de dejar abierta la cuestión de la objetividad de la moral[45]. Como es evidente, si el Derecho remite a la moral, y la moral no es objetiva, no habría más motivos para decidir entre las alternativas abiertas que las preferencias subjetivas del juez, que es casualmente en lo que se basaría una libre elección entre dichas posibilidades.

Raz, en cambio, admite expresamente la objetividad de, al menos, algunos criterios morales y no vincula la discrecionalidad judicial con una elección. De hecho, sostiene que los jueces poseen discrecionalidad incluso cuando el Derecho ordena actuar conforme a estándares determinados considerados extra-jurídicos —v. g., cuando los jueces aplican las normas de conflicto—. Como es evidente, en este tipo de casos los jueces no tienen por qué tener que elegir necesariamente entre alternativas abiertas. Otros autores analíticos, si bien reconocen la objetividad y determinación de, al menos, algunos criterios morales, no aclaran cómo es posible y en qué sentido la indeterminación jurídica necesariamente implica que los jueces deciden entre alternativas abiertas si además tienen la obligación de decidir conforme a lo que consideran más correcto, según sus creencias y valores[46].

Incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto cuando las normas jurídicas positivas resultan insuficientes, contradictorias, vagas o extremadamente injustas, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un *único* resultado correcto[47]. Esto es así por varias razones. En primer lugar, por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos, y que afecta consiguientemente al razonamiento práctico necesario para determinar el Derecho *prima facie* indeterminado. Si bien el razonamiento práctico se basa en principios en cierto modo necesarios —que van desde principios tan generales como el que establece hacer el bien y evitar el mal a otros más específicos como los que buscan evitar los resultados absurdos—, su aplicación a casos particulares resulta en muchos casos contingente[48]. Y ello no sólo porque las situaciones de hecho difieren mucho entre sí, sino también porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones

igualmente racionales, al menos en principio y muchas veces también en último término. A ello se han referido recientemente algunos autores destacando la inconmensurabilidad de cierto tipo de bienes y razones. Por ejemplo, no parece razonable afirmar *a priori* que "un buen tango" es mejor que "un bello vals", o que es mejor "pasar un rato leyendo un libro" que "jugando un partido de fútbol". En estos casos, la decisión no involucra exclusivamente elementos racionales, en el sentido de que no puede guiarse siempre prescindiendo de preferencias y emociones. Sin embargo la presencia de estos elementos de índole afectiva, emocional o volitiva no autoriza sin más a considerar estas decisiones como irracionales, porque se adoptan entre alternativas racionales. Ahora bien, tampoco se puede derivar de aquí que la inconmensurabilidad de algunos bienes y razones y la contingencia de las situaciones de hecho convierten el problema de la corrección de las acciones humanas en una cuestión indecidible; dicho de otro modo, que exista más de una respuesta *correcta* o *buena* a una cuestión, no impide que existan otras respuestas incorrectas o malas[49].

En definitiva, si se acepta esto también ha de reconocerse que no es imposible que una vez valorados todos los elementos objetivos que han de tenerse en cuenta a la hora de decidir un caso los jueces terminen viéndose obligados a optar libremente entre alternativas valiosas y razonables.

Un ejemplo puede ayudar a aclarar esta cuestión. Supóngase que accidentalmente y sin otorgar testamento muere un matrimonio joven, ambos hijos únicos y huérfanos de padre, quedando su hijo recién nacido huérfano de ambos progenitores. Imagínese que basándose en el "interés del menor" el juez debe dar la tutela a una de sus abuelas —salvo excepciones que no vendrían al caso—. Puede suceder que el juez, una vez contemplada la situación de cada una de las posibles tutoras y advirtiendo que resultan igualmente competentes —edad, estado de salud, domicilio, compromiso con el cuidado del menor, nivel socioeconómico, etc.— para ejercer la tutela del menor, no tenga más remedio que otorgársela a una de ellas sin más motivos para dicha elección que sus intuiciones. Este sería un caso en el que por más que el operador jurídico encargado de aplicarlo se preocupe por conocer el rico significado de las expresiones con que se comunica el Derecho y por valorarlo teniendo en cuenta su finalidad, ello no le permitiría llegar a una única respuesta correcta y, por lo tanto, habrá de decidir discrecionalmente entre alternativas —en este caso sólo dos— igualmente correctas. Todo esto, claro está, no implica que el juez no deba fundamentar su decisión. En este caso la decisión se basará en lo idónea que es la abuela que eligió para ejercer como tutora, lo que no implica afirmar que dicha decisión se haya inclinado por la única posibilidad correcta.

B. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO PODER DELEGADO DIRIGIDO

Como se ha advertido al explicarse las causas de la discrecionalidad judicial —en concreto, al advertirse cómo los propios legisladores en algunos casos consideran deseable que los jueces puedan gozar de algún tipo de margen discrecional para resolver—, la discrecionalidad judicial en alguna medida puede ser considerada comparada con una potestad delegada.

Como Hart ha puntualizado, cuando la esfera que ha de ser regulada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales varían mucho y de forma impredecible y, por lo tanto, no pueden formularse útilmente y por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso en caso sin nuevas directivas oficiales, el Derecho puede buscar regular estos casos con una regla valorativa, simple y variable —v. g., el estándar de "diligencia debida"—, que exige a los individuos "valorar" las pretensiones sociales —que surgen en formas diversas no anticipables— en busca de un razonable equilibrio entre ellas, sabiendo que los tribunales han de especificarla

en los casos concretos[50]. Es decir, en estos casos los jueces reciben potestades legislativas delegadas para modificar y desarrollar el Derecho existente siguiendo las líneas establecidas por el propio Derecho[51].

Por su parte, Raz sostiene que siempre que el Derecho no sea quien establece de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el Derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. Como ha sido advertido, a su juicio, esto sucede incluso cuando el Derecho ordena qué debe hacerse, pero lo hace no de forma directa, sino delegando a otro determinar eso. Por ejemplo, cuando el Derecho, por medio de una *norma de conflicto*, impone el deber de resolver una determinada cuestión aplicando el Derecho extranjero, el cual permanece independiente y fuera del sistema jurídico local. Estas ideas están fundamentadas en la tesis de que la existencia y el contenido del Derecho están completamente determinados por fuentes sociales, defendida por Raz[52]. En relación con ello, afirma que la razón por la que las instrucciones a las que remite el Derecho no forman parte de este éste hasta que son promulgadas, no radica en su *imprecisión* —porque si bien las instrucciones pueden ser imprecisas esto no necesariamente es así—, sino en la idea de delegación de poder que busca crear y mantener una determinada división de tareas y poderes entre distintas autoridades por considerarse que esto es algo valioso[53].

Estas afirmaciones de Raz resultan un tanto sorprendentes. En concreto, la idea que sugiere que toda vez que el Derecho hace referencia a la moral o a otros criterios —considerados— extra-jurídicos —como la remisión que puede hacer un sistema jurídico a otro para resolver una determinada cuestión— los jueces han de resolver discrecionalmente, sin importar si dichos criterios resultan o no indeterminados.

En este sentido, Endicott advierte que si la discrecionalidad judicial implica "recibir un poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular"[54] —es decir, implica tener que decidir entre "alternativas abiertas"— no se entiende en qué sentido los jueces tienen discrecionalidad cuando el Derecho establece que determinadas cuestiones han de resolverse con base en unos criterios extra-jurídicos que resultan precisos. Por ejemplo, no se entiende cómo puede decirse que cuando el legislador inglés ordena a sus tribunales aplicar Derecho alemán necesariamente les está otorgando discrecionalidad[55].

4. LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: DE LA JUSTICIA INSTITUCIONALIZADA A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA[56]

A. LÍMITES INSTITUCIONALES A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Las decisiones judiciales discrecionales, entendidas en parte como potestades delegadas, se encuentran especialmente limitadas, en primer lugar, porque en la mayoría de los casos sólo son ejercidas para disponer sobre un caso en particular.

Por otra parte, dichas decisiones normalmente también están limitadas por cortapisas jurídicas que no alcanzan a los poderes legislativos. Por ello, cuando el Derecho guarda silencio, se vuelve contradictorio o resulta poco claro para establecer cómo ha de resolverse un caso los jueces no arrinconan precisamente sus libros jurídicos y empiezan a legislar sin mayor guía del Derecho[57].

En realidad, al decidir tales casos, citan algunos principios —muchas veces recogidos en las Constituciones—, o se remiten a principios generales del Derecho, o tienen en cuenta anteriores decisiones de otros tribunales sobre casos similares, o apelan a algunos objetivos o propósitos generales que alguna área del derecho existente persigue, o toman en cuenta

diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Todos estos criterios —muchas veces— institucionalizados apuntan hacia una determinada respuesta para el caso.

Sin embargo, como se ha advertido *supra*, aunque estos procedimientos ciertamente retrasen, no eliminan el momento de la creación judicial del Derecho. Los principios no tienen una consecuencia jurídica determinada y poseen una dimensión de peso o importancia que admite diferentes grados y posibilidades de cumplimiento. El recurso a los criterios que surgen de la resolución de casos similares o normas análogas exige determinar en qué medida existen similitudes o diferencias "esenciales" entre el caso que se busca resolver y el caso o la norma análoga a la que se apela. El juez tendrá a menudo que escoger esto, confiando, como un legislador consciente, en su sentido de lo que sea mejor y no necesariamente en una respuesta ya establecida y prescrita por el Derecho.

En definitiva, —siguiendo a Hart— puede concluirse que cuando los jueces deciden discrecionalmente simultáneamente crean nuevo Derecho, y aplican el Derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear Derecho[58].

B. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL DISCRECIONAL

Como surge de la descripción que se hace de la naturaleza de la discrecionalidad judicial, la decisión discrecional que se caracteriza por ser en alguna medida *libre*, supone que siempre ha de optarse por una resolución que no sea *arbitraria* o *no justificada*. Esto es así, porque el Derecho se presenta a sí mismo como pretendiendo ser correcto o razonable.

Hart y Raz dan algunos pasos en el reconocimiento de dicha pretensión del Derecho. En concreto, Hart presenta al Derecho como un conjunto de reglas que son *aceptadas* —no meramente impuestas— como guía del comportamiento propio y crítica del comportamiento ajeno[59]; es decir, como si aportasen razones para la acción.

Raz da un paso más en este sentido al afirmar expresamente que para explicar la normatividad del Derecho no alcanza meramente con advertir que existe una práctica de tomar al Derecho como una razón para la acción, sino que es necesario reconocerle al Derecho su *pretensión* de ofrecer un tipo especial de razón para la acción. Más específicamente, Raz considera que el Derecho pretende autoridad legítima[60].

Alexy avanza aún más sobre esta idea al explicar que todos los ordenamientos jurídicos históricos exhiben y formulan una pretensión de ser correctos o justos. Sucede que, por un lado, en el discurso jurídico —al igual que en el discurso práctico general— no resulta admisible afirmar algo y luego negarse a fundamentarlo —sin dar razones para esto— y, por el otro, quien fundamenta algo pretende que su fundamentación sea correcta y su afirmación acertada. Para Alexy —que en este punto sigue a Habermas—, la fundamentación del deber de fundamentar las afirmaciones normativas se encuentran en las reglas que están en la base de los actos del habla. Por ello, si alguien afirma algo y se niega a fundar lo que afirma —sin justificar esta negativa— es posible entonces replicarle: "no deberías afirmarlo"[61]. Sin embargo, quizás incluso sea posible fundar las reglas que están en la base de los actos del habla en la exigencia de la razón práctica que establece que es una elección irrazonable hacerse lo que se juzga o piensa como irrazonable (o no pueda ser fundado en razones) —no importa cuán erróneo sea su juicio de conciencia—[62].

Dicha pretensión de corrección puede advertirse en el hecho de que los actos institucionales siempre están conectados a la afirmación —que suele ser— implícita y no meramente institucional de que los actos jurídicos son sustancial y procedimentalmente correctos. Esta afirmación implícita puede hacerse explícita

mostrando que la negación explícita de la pretensión de corrección es absurda. Por ejemplo, sería absurda una sentencia que estableciera que "se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del Derecho vigente, a cadena perpetua"[63]. Lo absurdo de esta sentencia es que en ella se daría una contradicción entre lo que afirma explícita e implícitamente[64].

En definitiva, un límite sustancial para la determinación de la decisión discrecional, que se da en el proceso de razonamiento judicial que busca una solución para un caso, es que dicha determinación sea *correcta* o *justa* como pretenden serlos todos los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, hay que reconocer que este límite puede resultar demasiado amplio, ya que existen múltiples concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo e incluso pueden ser admisibles varias determinaciones posibles de la aplicación de dicho criterio. Por ello, es posible seguir avanzando en esta línea y ofrecer otro límite sustancial más claro a la discrecionalidad que en ocasiones poseen los jueces al decidir. Este otro límite u orientación se deriva del anterior y es compartido por las diferentes concepciones acerca de lo correcto, razonable o justo. Sintéticamente, este límite representa lo que podríamos considerar la contracara de la orientación anterior. Dicho de otro modo, si la decisión discrecional que se tome siempre ha de ser correcta o justa, esto supone como mínimo que nunca podrá ser *arbitraria*. En este sentido, tanto Hart como Raz sostienen que las decisiones judiciales nunca han de ser arbitrarias, ni siquiera cuando el Derecho guarda silencio sobre cómo resolver un caso y los jueces han de resolver discrecionalmente creando nuevo Derecho. Para estos autores, los jueces nunca han de decidir sin justificar sus decisiones. Dicho de otro modo, el funcionario que ha de interpretar y aplicar las normas para la resolución de los conflictos "…debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión…"[65].

Alexy avanza nuevamente un poco más sobre estas ideas hasta defender la denominada "fórmula de Radbruch"[66]. Según la versión más abreviada de esta fórmula, desde el punto de vista del funcionario que ha de resolver un caso conforme a Derecho o del ciudadano que ha de obedecerlo (el participante de la práctica jurídica) "la extrema injusticia no es Derecho". Obviamente, la injusticia extrema es un ejemplo patente de arbitrariedad y este argumento descansa sobre la idea de que nunca, bajo ninguna circunstancia, puede justificarse una extrema injusticia. Justamente por esto, para Alexy, este límite se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos cuya validez es considerada "eterna" —es decir, que serían válidas para todos los seres humanos con independencia del tiempo y el espacio—[67].

De lo hasta aquí expuesto, puede decirse que cuando surge un debate por falta de acuerdo sobre la aplicación de una norma —sea porque el caso no está claramente previsto en su supuesto de hecho, o porque varias normas hayan previsto el caso y ofrezcan soluciones incompatibles, o porque el modo en que ha sido enunciada una norma admite varios contenidos posibles—, no es necesario detener el razonamiento de determinación judicial y comenzar a legislar sin mayor guía del Derecho.

Una vez tenidas en cuenta las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados —reglas de colisión, presunciones, etc.— y cuando éstas resultan insuficientes, el intérprete ha de indagar en el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables. A su vez, dicha búsqueda está orientada, en primer lugar, por un punto de partida o piso que exige que el fin pragmático que se escoja sea coherente con el fin lingüístico que surge de la redacción de la norma. Además, en segundo lugar, la búsqueda del fin pragmático también está limitada por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acotadamente, no arbitrario. Especificando incluso un poco más este límite, puede afirmarse que en ningún caso y bajo ninguna excepción puede pretender re-

solverse un caso atribuyéndosele a una norma un fin extremadamente injusto o contrario al núcleo de los derechos humanos[68].

No obstante, como explica Zambrano, "[e]ntre el piso lingüístico de la interpretación y el techo de un sentido objetivo de justicia queda todavía un amplio margen de posibilidades interpretativas que muchas veces enfrenta a los intérpretes a una "elección". Esta elección acotada no es sinónimo ni de arbitrariedad, ni de confusión total entre Derecho y Moral. Es un camino intermedio (…). Es "co-creación" o creación "a partir" del piso dado por las reglas lingüísticas, y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho"[69].

C) ENTRE LOS LÍMITES INSTITUCIONALES Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL: LA POSIBILIDAD DE APROXIMARSE A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL DESDE LAS TEORÍAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL CENTRADAS EN LAS VIRTUDES

Si bien existen otros caminos para intentar mostrar los límites de la discrecionalidad judicial[70], ninguno de dichos senderos evitará que los jueces deban en parte crear nuevo Derecho cuando deciden discrecionalmente. Por esto, puede resultar interesante no sólo ofrecer criterios o condiciones negativas que eviten la no-incorrección o la irracionalidad o que establezcan pisos y techos dentro de los cuales ha de decidirse discrecionalmente, sino también presentar disposiciones o aptitudes que se han de tener para desempeñar correctamente la función jurisdiccional y que incluso pueden ser traducidas en pautas positivas que guíen el último paso de la decisión discrecional para evitar que éste sea meramente arbitrario o, como mínimo, no resulte debidamente iluminado[71].

Una estrategia posible para avanzar en este último sentido puede ser la ofrecida por los recientes desarrollos presentados por las teorías del Derecho que utilizan recursos o herramientas y el modo de aproximarse propio de las teorías de las virtudes éticas. Estas teorías pretenden iluminar de un modo complementario diferentes problemáticas de la teoría del Derecho.

Lo característico o distintivo de una teoría del Derecho centrada en las virtudes de la decisión judicial es que no se preocupa principalmente por ofrecer criterios de lo que debe contar como una decisión adecuada a Derecho, correcta o justa; para luego, a partir de allí, inducir la imagen de lo que se espera de un buen juez. En cambio, una teoría centrada en las virtudes parte de ellas y desde allí se iluminan las buenas decisiones. Esto supone que una teoría centrada en las virtudes se aproxima a la decisión judicial desde quien decide (a partir del carácter del juez), en vez de hacerlo únicamente desde el acto de decisión (la conducta del juez). Su objetivo principal es responder a la pregunta ¿cómo debe ser un juez?, lo que se espera que ayude a responder ¿cómo ha de actuar un juez?[72]. Con este tipo de explicación no se pretende rechazar los modos tradicionales de aproximación a la teoría de la decisión judicial; sino, por el contrario, complementarlos o permitir que pueda ofrecerse una completa explicación de dichas decisiones[73].

Si bien en esta oportunidad no se avanzará en una explicación pormenorizada de una propuesta de este tipo (lo que ameritaría unos desarrollos que exceden los objetivos de este trabajo), se pondrá un ejemplo de cómo es posible por medio de un aproximación a través de la ética de las virtudes mostrar las aptitudes necesarias para decidir judicialmente de modo correcto y traducir dichas aptitudes en pautas positivas que sirvan de guía para las decisiones judiciales discrecionales. Para ello, principalmente se plantearán dos tesis. La primera ellas sostiene que la virtud de la prudencia es una virtud fundamental de la judicatura (aunque no siempre se le reconoce dicha importancia).

La segunda tesis es que una presentación de la virtud de la prudencia alcanza para mostrar la potencialidad de las teorías de la decisión judicial centradas en las virtudes para ofrecer pautas positivas de decisión judicial discrecional.

Con respecto a la primera tesis, existen razones para pensar que es prioritaria importancia tener en cuenta el potencial explicativo de la virtud de la prudencia en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente. Llamativamente, suele suceder que no es suficientemente recordada la preeminentemente función de la prudencia en la tarea judicial[74]. En algunas ocasiones, incluso las teorías que desarrollan las virtudes de la labor judicial ponen especialmente énfasis en explicar el rol que juega la virtud de la justicia sin terminar de poner de relieve su dependencia con la virtud de la prudencia[75].

Dos son las razones por las que consideramos que la virtud de la prudencia es una virtud fundamental de la judicatura. La primera de ellas es que la virtud de la prudencia es condición de posibilidad del resto de las virtudes, incluida la de la justicia. Esto es así porque la virtud de la prudencia o virtud del razonamiento práctico, es la encargada de determinar cómo ha de obrarse en una situación concreta. En palabras de Aristóteles, la prudencia es la virtud que permite "deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo, no en un sentido parcial, por ejemplo, para la salud, para la fuerza sino para vivir bien en general"[76]. Si bien esta virtud ayuda a perfeccionar las capacidades intelectuales, porque opera sobre un tipo de conocimiento en particular (el práctico); también perfecciona al carácter, porque el objeto de las capacidades intelectuales que busca perfeccionar no son las capacidades vinculadas al conocimiento en sí mismo (propio de la Ciencia), sino sólo al conocimiento práctico de cómo ha de obrarse en una situación en particular[77]. Por ello, como advierte MacIntyre, se la define como la virtud de "quien sabe cómo juzgar [qué ha de hacerse] en los casos en particular"[78]. Así, es tarea de la prudencia "determinar cómo y por qué vías debe alcanzar en sus actos un medio racional…"[79]. Dicho de otra manera, la virtud de la prudencia es el "ojo del alma"[80] que permite "determinar el medio [de cualquier virtud] entre los extremos en los casos en los que la virtud es un medio"[81]. En definitiva, la prudencia es un presupuesto para que puedan darse otras virtudes porque es la que permite ver o conocer la medida del obrar al que se inclinan las otras virtudes[82]. Así, por ejemplo, la virtud de la justicia inclina a dar a cada uno lo que le corresponde y, a su vez, presupone el conocimiento de lo que le corresponde a cada uno. Precisamente, el conocimiento de lo que le corresponde a cada uno es uno de los objetos de la virtud de la prudencia[83]. Por la virtud de la justicia se inclina el juez a juzgar bien y por la de la prudencia averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien[84]. Por esta razón, sostiene Aristóteles que no se puede tener las virtudes morales sin ser prudente. La justicia, la moderación o la fortaleza sin la prudencia serían como "un cuerpo robusto pero sin visión, [que] al ponerse en movimiento, puede resbalar fuertemente por no tener vista…"[85].

La segunda razón por la que consideramos que la virtud de la prudencia es la que posee mayor potencial explicativo en lo que respecta a cómo han de resolverse los casos en los que los jueces deciden discrecionalmente es que dicha virtud (y no la de la justicia) es la que permite explicar o iluminar mejor el camino completo que discurre desde los principios, sub-principios, reglas, estándares, criterios o pautas jurídicas generales a las decisiones discrecionales particulares[86]. Precisamente la principal función de la prudencia es integrar en las decisiones las pautas generales de comportamiento con el conocimiento de lo singular y concreto[87]. Dicho de otro modo, la virtud de la prudencia es el puente que se necesita para poder aplicar las demandas generales a los casos concretos[88]. Por ello, uno de sus objetivos es que en una decisión se armonicen y, por lo tanto, no se sacrifiquen ninguno de los extremos de toda decisión: lo general o

universal de los criterios para una decisión y lo particular o singular de lo que se decide[89]. Pero, ¿cómo puede lograrse un conocimiento tanto de lo universal como de lo particular? Y más aún, ¿cómo puede lograrse una síntesis de ambos tipos de conocimiento? o ¿cómo una decisión puede atender, a la vez, tanto a los criterios universales como a las situaciones particulares?[90].

Los autores que han desarrollado las etapas del juicio prudencial advierten que, por un lado, requiere un esfuerzo de *indagación* tanto de los primeros principios del razonamiento práctico (y teórico), como también de los subprincipios y reglas que de ellos se derivan. Pero además de investigarse dichos principios, subprincipios y reglas de comportamiento, también han de indagarse los aspectos singulares o particulares sobre los cuáles se va a desarrollar (o se ha desarrollado) la acción[91]. Si, como se ha explicado, la prudencia aplica el conocimiento universal a cosas particulares, "nadie puede aplicar de forma adecuada una cosa a otra sin conocer ambas, es decir, lo aplicado y el sujeto al que se aplica"[92]. Lo contingente, particular y circunstanciada que son las acciones sobre las que versa la prudencia, permite diferenciarla del tipo de conocimiento sobre el que versa la sabiduría teórica o el conocimiento científico[93].

Por otra parte, debido a que las acciones contingentes sobre las que versa la prudencia son tan variadas (de una diversidad casi infinita), se vuelve indispensable recurrir a la experiencia que se adquiere a lo largo del tiempo. Para ello, es indispensable tener en cuenta tanto la memoria personal cuanto la apertura para escuchar los consejos de quienes gocen de mayor experiencia que quien ha de decidir[94]. Incluso, en el caso de tener que elegir, Aristóteles considera que es preferente tener experiencia antes que sabiduría, ya que "algunos sin saber, pero con experiencia en otras cosas, son más prácticos que otros que saben". En definitiva, debido a que la prudencia es práctica "se deben poseer ambos conocimientos", porque la práctica o "la acción tiene[n] que ver con lo particular"; "[s]in embargo, también en este caso debería haber una fundamentación"[95].

Indagados y conocidos tanto los criterios generales y abstractos de comportamiento, cuanto su otro extremo, lo operable singular y contingente es necesario hacer un *juicio* acerca de cómo pasar de los criterios generales que se presentan como fines para el obrar hacia los medios adecuados para realizar dichos fines. En otras palabras, resulta necesario establecer de qué manera obrar según lo conocido a fin de determinar cuáles son los medios sensatos para lograr el fin correctamente indagado[96]. Para *juzgar* de este modo es necesario tener tanto la sensatez para determinar cuáles son las reglas comunes que rigen la consecución de un fin particular, como la perspicacia para establecer si (específica y excepcionalmente) en lo que ha de decidirse es necesario apartarse de las reglas comunes para lograr realmente en el caso en concreto el fin perseguido[97]. Todo esto exige también ser cauto en las decisiones que se toman para lograr determinar un medio adecuado al fin que se persigue y también tener en cuenta las especiales consecuencias y los futuros contingentes de las decisiones que se tomen. Incluso, cuando se presenta de improviso algo que debemos decidir sin mayor tiempo para una pausada deliberación, es también necesaria la sagacidad "para la rápida y fácil invención del medio" adecuado para conseguir el fin perseguido[98].

Deliberado los aspectos generales y particulares de lo que haya que decidir y juzgado el medio más adecuado para el caso, resta todavía *ejecutar* correctamente lo juzgado. Al final de cuentas, ésta es la parte más importante de la prudencia, ya que no tiene sentido la deliberación, ni el juicio, sin que se haga operable o se ejecute el resultado de la indagación y del juicio[99]. En esta fase es particularmente importante la diligencia de quien decide prudencialmente a fin de obrar rápidamente una vez tomada la determinación (cuidadosamente considerada)[100]. Para lograr esto es necesario ser consciente que dentro del ámbito de las decisiones prudenciales (singulares y contingen-

tes) no es esperable la misma certeza que es posible alcanzar en el conocimiento científico. En el ámbito del conocimiento práctico es esperable obtener resultados probables, opinables e incluso conjeturables y no demostrables[101].

Consideramos que esta presentación de la virtud de la prudencia puede alcanzar para mostrar la potencialidad de las teoría de la decisión judicial centradas en las virtudes para explicar las aptitudes que han de tener los jueces para decidir correctamente y que, a su vez, pueden ser traducidas pautas positivas de decisión judicial discrecional. Del desarrollo de las diferentes fases de la prudencia se pueden reconocer disposiciones que son de gran importancia para la determinación de una decisión judicial que institucionaliza una respuesta justa entre el piso lingüístico de la interpretación normativa y el techo de un sentido objetivo de justicia. Sólo a modo de ejemplo, puede advertirse que un juez prudente es aquel que conoce y tiene en cuenta todo el sistema jurídico, desde los principios que lo justifican y se presentan como su horizonte teleológico, hasta las reglas concretas que establecen cuáles son los medios legales de regulación de una situación específica.

Sin embargo, más especialmente es el que se encuentra inclinado a conocer y determinar concretamente cuál es la *litis* en cuestión, cuáles fueron los hechos relevantes del caso que se le plantea y cuál ha de ser la calificación jurídicas de dichos hechos. A su vez, el juez prudente ineludiblemente ha de ser un juez experimentado y capaz de aprovechar esa experiencia profesional para tomar decisiones y, además, ha de ser suficiente abierto para detectar y aprovechar las experiencias exitosas de otros jueces a los que les ha tocado decidir casos similares. El juez prudente también posee la sensatez para detectar las reglas que específicamente se aplican mejor al caso que se le plantea, la perspicacia para establecer si (específica y excepcionalmente) en lo que ha de decidirse es necesario apartarse de lo literalmente establecido por dichas reglas para lograr realmente en el caso en concreto el fin jurídico perseguido y la cautela para tener en cuenta las especiales consecuencias de las decisiones que se tomen. Incluso, un juez prudente ha de poseer la sagacidad suficiente (fruto de su experiencia) para juzgar dentro de los plazos legales casos en los que tanto los hechos, como el derecho y las posibles soluciones resultan muy controvertidos. También un juez prudente ha de tener una inclinación a *ejecutar* de modo adecuado y a tiempo lo correctamente juzgado[102].

5. CONCLUSIÓN

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse, en primer lugar, que la discrecionalidad judicial es una consecuencia ineludible de que las normas jurídicas positivas a veces resulten incapaces de ofrecer una única respuesta correcta. Básicamente tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo indeterminadas: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho. Como se ha advertido, los intentos de superar completamente estas causas de indeterminación jurídica (v. g., *référé legislatif*, norma de clausura, criterios de prelación entre normas, reglas de interpretación o que se tenga en cuenta el contexto, propósito o trasfondo de valores, acudir a la intención original, etc.) no han logrado su propósito.

No obstante, la discrecionalidad que tienen los jueces también es fruto del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado deseable o preferible a excluir toda incertidumbre a cualquier precio. Esto puede observarse cuando reconocen la necesidad de incorporar principios para superar los llamados defectos lógicos del ordenamiento jurídico y cuando incorporan derechos fundamentales (humanos o morales) recogidos en principios que vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial y sistemas de control de constitucionalidad.

En este trabajo se ha propuesto una caracterización de la discrecionalidad judicial como una "elección *debida* entre alternativas abiertas"; es decir, un acto voluntario que consiste en optar por seguir un curso de acción determinado cuando existen por lo menos dos posibilidades reales de actuación mutuamente excluyentes y entre las cuales el Derecho no ofrece razones que hagan más correcta una de ellas sobre las otras. Sin embargo, se aclaró que ello no implica que las decisiones discrecionales deban tomarse de manera arbitraria, por el contrario, quien decide ha de hacerlo fundándose en razones que justifiquen su actuar.

Si bien puede parece contradictorio, por un lado, afirmar que las decisiones discrecionales han de tomarse "eligiendo entre alternativas abiertas" y, por el otro, simultáneamente sostener que deben fundarse en razones generales y que al menos en algunas ocasiones las razones que justifican dichas decisiones ofrecen una única respuesta correcta; incluso si se le reconoce algún papel al razonamiento práctico general en la determinación del resultado jurídico correcto, esto no necesariamente supone que siempre se logre llegar a un *único* resultado correcto. Esto es así, entre otras cosa por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos y porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales.

Como han sugerido algunos autores, la discrecionalidad judicial en alguna medida puede ser considerada una función productora de reglas comparable con las potestades legislativas delegadas y dirigidas y el proceso de determinación judicial como un proceso de decisión en varias etapas. No obstante, cuando los jueces deciden discrecionalmente no es que se ponen a legislar sin mayor guía del Derecho. En cambio, sus decisiones se encuentran limitadas institucionalmente por el hecho de que normalmente deciden sobre un caso en particular y por principios, precedentes, propósitos de las normas, diferentes reglas jurídicas de interpretación, criterios de prelación entre normas, etc. Además, la determinación de la justicia por medio de la decisión discrecional siempre supone la elección de una resolución no *arbitraria* o *injustificada*, ya que (como advierten en parte Hart, Raz y Alexy) la práctica jurídica es aceptada como y pretende ser legítima, correcta o justificada. Esto supone como mínimo que una decisión discrecional nunca podrá ser *arbitraria*.

En definitiva, la decisión judicial discrecional ha de partir el piso que le imponen las reglas lingüísticas y las reglas que buscan solucionar los problemas antes mencionados (reglas de colisión, presunciones, etc.), hacia el techo impuesto por el fin o la intención pragmática de la o las normas aplicables que también está limitado por la selección de un fin correcto, razonable o justo y, por lo tanto y más acotadamente, no arbitrario (y bajo ningún caso y excepción, contrario al núcleo de los derechos humanos).

Por último, es probable que la creación de Derecho ofrecida por la decisión discrecional (que parte del piso dado por las reglas lingüísticas y hacia el techo o ideal delimitado por los fines del Derecho) puede ser mejor explicada desde las teorías de las virtudes judiciales, que permitan desentrañar el espacio intermedio que se encuentra entre los límites institucionales a la decisión discrecional y el resultado de dicha decisión que institucionaliza cuál es la respuesta correcta para el caso que se decide.

NOTAS

1. Cfr. H. L. A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, 123-144.

2. Algunos autores prefieren identificar todo el problema de la indeterminación del Derecho con el concepto de laguna. Por ejemplo, Raz propone una definición amplia de laguna. En concreto, sugiere que hay una laguna jurídica cuando algunas cuestiones jurídicas sujetas a la jurisdicción competente no tienen una respuesta completa. Como puede observarse, este concepto parece incorporar toda causa de indeterminación jurídica. Así, la laguna no es una de las causas de la indeterminación jurídica, sino que es la noción que engloba todas las causas de indeterminación jurídica. Por ello, afirma que existen diferentes tipos de lagunas jurídicas. Específicamente, distingue las lagunas que surgen por la vaguedad de los conceptos jurídicos, de las que surgen por la existencia de conflictos normativos y de las que surgen cuando el Derecho hace explícitamente referencia a consideraciones morales. Cfr. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 53-77.

3. Cfr. M. Moore, "Four Reflections on Law and Morality", *William and Mary Law Review* 48 (2007), 1529-1531.

4. El desarrollo del debate a lo largo de la Historia ha llevado a que se distingan distintos tipos de lagunas y distintos tipos de soluciones para cada una de ellas. Por ejemplo, algunos autores hablan de lagunas normativas cuando el Derecho no ofrece una solución a un caso, o de lagunas de conocimiento cuando la ignorancia de algunas cuestiones del caso no nos permiten saber qué norma se le aplica, o de lagunas de reconocimiento cuando hay dudas en la subsunción de un caso individual en un caso genérico previsto en la norma, etc. Como se verá, para cada tipo de problemas se han intentado soluciones diferentes sin que ninguna logre eliminar por completo toda indeterminación jurídica. Por ejemplo, para resolver los problemas observados en las lagunas normativas se proponen reglas generales de clausura, para salvar la ignorancia de algunos datos de los casos se establecen presunciones, para solucionar las antinomias se otorga diferente jerarquía a las diferentes normas, etc. Cfr. M. C. Redondo, "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", *Doxa* 20 (1997), 186. Para un desarrollo más extenso del temas de las laguna cfr. C. E. Alchurrón y E. Bulygin, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.

5. Cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de G. Carrió, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, 157-159.

6. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, 33. Un estudio detallado sobre esta problemática, en L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, 25-115.

7. Waluchow llama a esto "vaguedad de segundo orden" y considera que por este tipo de vaguedad resulta inevitable que los jueces en algunos casos decidan discrecionalmente. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 241 ss. No obstante, también defiende que tener en cuenta el propósito o el trasfondo de valores que se presupone cuando uno se comunica no sólo puede ayudar a evitar resultados manifiestamente absurdos y moralmente repugnantes, sino a que casos que en principio podrían parecer indeterminados —porque el significado evidente de algunos de sus términos se encuentra en zona de penumbra— terminen siendo, en realidad, casos jurídicamente determinados. Cfr. *Ibid*, 244 ss.

8. Para un desarrollo de algunas de las dificultades inherentes de pretender apelar avalorativamente a las intenciones originales del legislador véase, por ejemplo, R. Dworkin, *Law´s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1986 (Reimp. 1998). Traducción de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, 223-238; M. Moore, "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review* 54 (1981), 265-270; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Traducción de J. L. Martí y A. Quiroga, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, 143-174; y W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 255-256.

9. Por ejemplo, el art. 15 del Código Civil argentino establece "[l]os jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Además, la primer parte del artículo 273 del Código Penal argentino establece "[s]erá reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley". Para algunos autores, es precisamente la existencia de este deber lo que conecta la ausencia de respuesta correcta, propia de la indeterminación jurídica, con la idea de la discrecionalidad judicial. Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1981, 40-41; y M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, 35. Hart parece reconocer esto cuando sugiere que la discrecionalidad judicial surge cuando un juez ha de llegar a una decisión y no puede inhibir su jurisdicción o remitir el asunto al Legislativo. Cfr. H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema* 36 (1990), 5-6. Por su parte, al describir la creación judicial del Derecho, Raz advierte cómo a menudo las facultades legislativas delegadas están sujetas al deber de legislar. Cfr. J. Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994. Traducción de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, 263.

10. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 160-162. Por ello, Waluchow sostiene que Hart presenta un argumento a favor de la discrecionalidad judicial, al que llama "el argumento de la conveniencia" (*The desirability argument*). Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 250-254. Bix interpreta a Hart en este mismo sentido. Cfr. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 8.

11. Cfr. H. L. A. Hart, "Postscript", en *The Concept of Law* (segunda edición), Oxford, Clarendon Press, 1994, 251-252 (de ahora en adelante "Postscript"). En el fondo se afirma que esto es una ventaja porque permite que las normas puedan ser interpretadas "razonablemente" cuando son aplicadas a casos no previstos por el legislador. Cfr. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 8.

12. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 160-162.

13. Cfr. *Ibid*, 169 y J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 265 ss.

14. Cfr. T. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 190 ss. y "El Derecho es necesariamente vago", en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81. Alexy sugiere un sistema de reglas, principios y procedimientos. Cfr. R. Alexy, El concepto y la validez del derecho y otros ensayos, Traducción de J. M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, 172 ss.

15. Cfr.. T. Endicott, "El Derecho es necesariamente vago", en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, 74-81.

16. Existe un fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que admite una excepción a dicho límite de edad teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso. Principalmente se tuvo en cuenta que: i) sólo faltaban un par de meses para que la menor que solicitó la autorización judicial para donar cumpliera con la mayoría de edad requerida; ii) quien tenía que recibir la donación corría grave riesgo de esperar esos meses; y iii) la donante mostró al tribunal su capacidad para tomar la decisión de donar. Cfr. Saguir y Dib, Fallos 302:1284 (1980).

17. Esto genera lo que Schauer denomina "experiencias recalcitrantes". Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules,* Oxford, Clarendon Press, 1991, 31-34 y 39. A esto mismo Endicott lo llama "arbitrariedad". Cfr. T. Endicott, "El Derecho es necesariamente vago", 74 ss.

18. Cfr. J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 259-276.

19. J. B. Etcheverry, "La práctica del Derecho en tiempos del neoconstitucionalismo", *La Ley* 2011-A-2.

20. En un trabajo reciente Zambrano trabaja esta cuestión. Cfr. P. Zambrano, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, *passim*.

21. Cfr. R. Dworkin, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", en R. Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, 1-38.

22. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, J. Cianciardo, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 891-906.

23. Otras razones, vinculadas con las mencionadas, pueden verse en J. F. Malem, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 200, 11ss.

24. Montesquieu, *Del'esprit des lois*. Traducción de M. Blázquez y P. Vega, *El espíritu de las leyes*, Barcelona, Orbis, 1984, libro XI, cap. VI.

25. Para un explicación sobre los usos del término "discreción", cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, 24 ss. Conocida es la distinción ofrecida por Dworkin entre los distintos sentidos en que puede hablarse de "discrecionalidad judicial". Específicamente, la distinción que propone entre discrecionalidad "fuerte" —que se da cuando con respecto a algún problema quien decide simplemente no está vinculado por estándares impuestos por otra autoridad jurídica— y "débil" —que se da cuando quien decide debe aplicar normas que le exigen un discernimiento o cuando la decisión que toma un funcionario no puede ser revisada ni anulada—. Cfr. R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977. Traducción de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, 83-86.

26. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 160. Énfasis añadido.

27. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 229.

28. Bix hace hincapié en lo limitada que resulta la libertad que otorga la discrecionalidad judicial. Cfr. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 27.

29. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 222.

30. Destacando este aspecto de la discrecionalidad, Endicott la define como un "poder para tomar una decisión, sin estar obligado a decidir un resultado en particular". Cfr. T. Endicott, "Raz on Gaps-the Surprising Part", en L. Meyer, S. Paulson y T. Pogge (eds.), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 110. Coleman considera que una norma discrecional es aquella que los jueces son libres de "ignorar". Cfr. J. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 107.

31. Waluchow define la discrecionalidad judicial de forma negativa sugiriendo que ella está relacionada con la falta de un estándar que "controle" o "pretenda controlar", es decir, que determine, la solución de un caso. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 195 ss.

32. Cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 32-33; y R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit. 85.

33. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 169; y J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 265 ss.

34. En este sentido, al desarrollar la tesis de la discrecionalidad judicial, Hart advierte que un juez deberá decidir discrecionalmente *sólo si* "ha de llegar por sí mismo a una decisión en un [caso difícil] y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo". H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", cit. 5-6.

35. Cfr. K. E. Himma, "Judicial Discretion and the Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 19 (1999), 71-82.

36. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 241 ss. Hemos advertido las dificultades de los intentos de negar la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial en I.1.1.

37. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 159.

38. H. L. A. Hart, "Postscript", cit. 273 (énfasis añadido).

39. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 253 (énfasis añadido).

40. J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", *Yale Law Journal* 81 (1972), 847-848 (énfasis añadido).

41. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 218 (énfasis añadido).

42. Cfr. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 27. A partir de esta idea, algunos autores hablan de una "zona de razonabilidad" dentro de la que deben tomarse las decisiones discrecionales. Al respecto, cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 53-56.

43. Razones que como mínimo comprometen a actuar del mismo modo siempre que se dieran circunstancias similares. Cfr. M. Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial*, cit. 58.

44. Waluchow sostiene que los jueces *tienen* discrecionalidad cuando los estándares autoritativos —que "ejercen un control" (sólo parcial) sobre sus decisiones— no ofrecen una única respuesta correcta. No obstante, aclara que otra cosa son los casos en los que los jueces *ejercitan* la discrecionalidad, debido a que puede que los jueces equivocadamente hagan uso de ella incluso cuando no les corresponde. Si bien pareciera que, según Waluchow, los jueces *tienen* discrecionalidad incluso cuando sus creencias y valores —no incorporados al Derecho— les marcan una única respuesta correcta —porque ellos no serían estándares autoritativos—, esta cuestión no ha sido expresamente aclarada. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones que se toman sin estar obligados a decidir un resultado en particular. Si bien esto podría hacer pensar que Endicott defiende que sólo se tiene discrecionalidad cuando, una vez consideradas todas las cosas, ni el Derecho positivo ni la moral dan una única respuesta correcta, al describir su posición afirma que la discrecionalidad judicial

surge cuando el "razonamiento de acuerdo a Derecho" no ofrece este tipo de respuesta. En este caso, nuevamente, no queda claro si, para este autor, el Derecho otorga discrecionalidad judicial incluso cuando, aunque el "razonamiento de acuerdo a Derecho" no ofrezca una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. T. Endicott, "Raz on Gaps-the Surprising Part", cit. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit. 222-225. Bix en parte advierte estas dificultades y se contenta con mostrar que, incluso si uno considera que los estándares llamados extra-jurídicos pueden eliminar la discrecionalidad judicial, igualmente surgirán casos en los que los jueces deben resolver discrecionalmente, como aquellos con los que se enfrentan con alternativas igualmente admisibles. Cfr. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 25-28. Sostener que en realidad existen dos conceptos de "discrecionalidad" quizá puede ayudar a aclarar esto. Hay quienes defienden esta idea distinguiendo entre un concepto de discrecionalidad que hace referencia a un permiso negativo o a la ausencia de impedimentos para elegir entre distintas alternativas que resuelvan los problemas de indeterminación originados en el esfuerzo por subsumir un caso a los supuestos de hecho de una norma, de un concepto de discrecionalidad que se refiere a la posibilidad de decidir de forma positiva y, en cierto sentido libre, cuando no está fijada en la norma la conducta a seguir. Cfr. I. Lifante Vidal, "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica", *Doxa* 25 (2002), 413-439.

45. Cfr. *Postscript*, 254.

46. Cfr. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, cit. 226-229. Por su parte, Endicott define las decisiones discrecionales como decisiones que se toman sin estar obligados a decidir un resultado en particular. Si bien esto podría hacer pensar que Endicott defiende que sólo se tiene discrecionalidad cuando, una vez consideradas todas las cosas, ni el Derecho positivo ni la moral dan una única respuesta correcta, al describir su posición afirma que la discrecionalidad judicial surge cuando el "razonamiento de acuerdo a Derecho" no ofrece este tipo de respuesta. En este caso, nuevamente, no queda claro si, para este autor, el Derecho otorga discrecionalidad judicial incluso cuando, aunque el "razonamiento de acuerdo a Derecho" no ofreza una única respuesta correcta, sí lo haga la moral, una vez consideradas todas las cosas. Cfr. T. Endicott, "Raz on Gaps-the Surprising Part", cit. 110 y 114. La opinión de Schauer es similar. Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, cit. 222-225. Bix en parte advierte estas dificultades y se contenta con mostrar que, incluso si uno considera que los estándares llamados extra-jurídicos pueden eliminar la discrecionalidad judicial, igualmente surgirán casos en los que los jueces deben resolver discrecionalmente, como aquellos con los que se enfrentan con alternativas igualmente admisibles. Cfr. B. Bix, *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit. 25-28.

47. Cfr. R. Alexy, "La institucionalización de la razón", (trad. de J. A. Seoane), *Persona y Derecho* 43 (2000), 233-235 y *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. de M. Atienza y I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 206 ss.

48. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 94, a. 4.

49. Cfr. J. Raz, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 46-66; y J. Finnis, "On Reason and Authority in 'Law's Empire'", *Law and Philosophy* 6 (1987), 372-375; o, del mismo autor, "Concluding Reflections", *Cleveland State Law Review* 38 (1990), 238; "Natural Law and Legal Reasoning", *Cleveland State Law Review* 38 (1990), 9; y *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Traducción de C. Orrego, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, 141 ss.

50. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 163-166.

51. Cfr. *Ibid*, 169.

52. J. Raz, *The Authority of Law*, cit. 46.

53. Cfr. J. Raz, *La ética en el ámbito público*, cit. 264.

54. T. Endicott, "Raz on Gaps-the Surprising Part", cit. 110.

55. Cfr. *Ibid*, 100 y 114-115.

56. El subtítulo de este epígrafe ha sido inspirado en el título de un libro de Alexy "La institucionalización de la justicia". Cfr. R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane y E. R. Sodero, Granda, Comares, 2005.

57. Cfr. H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", cit. 6 y 9.

58. Cfr. H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", cit. 6.

59. Cfr. H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, cit. 111 ss.

60. En este sentido, Raz afirmar que su explicación se encuentra a mitad de camino entre la de Hart y la de Dworkin. J. Ruiz Manero, "Entrevista a J. Raz", Doxa 9 (1991), 343. Unos años después reconoce que la *pretensión* de autoridad legítima del Derecho es un punto de encuentro entre la tradición positivista del Derecho y la tradición de la ley natural. Cfr. J. Raz, "About Morality and the Nature of Law", *American Journal of Jurisprudence* 43 (2003), 3. Nos hemos referido a la explicación del Derecho como razón excluyente para la acción en J. B. Etcheverry, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, UNAM, 2007, 32 ss.

61. Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit. 133 ss. y 208 ss.

62. Este argumento ha sido presentado en la actualidad, entre otros autores, por Finnis. Cfr. J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit. 154-155. Aquino propuso esta exigencia de la razón práctica en Cfr. Aquino, *De veritate,* q. 17, a. 4.

63. Cfr. R. Alexy, "Derecho y Moral", trad. de J. A. Seoane y E. R. Sodero, en R. Alexy, *La institucionalización de la justicia*, ed. y presentación a cargo de J. A. Seoane, Comares, Granada, 2005, 22.

64. Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit. 41-45. Alexy y Bulygin han debatido sobre esta tesis (entre otros trabajos) en E. Bulygin, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris* 13 (2000/2), 133-137; R. Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", *Ratio Juris* 13 (2000/2), 138-147.

65. H. L. A. Hart, "Postscript", cit. 273 (énfasis añadido) y J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", cit. 847-848 (énfasis añadido).

66. Cfr. G. Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, (Trad. de M. I. Azareto de Vásquez), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962, 7-52.

67. Por ello, para Alexy, las normas jurídicas positivas que son incompatibles con dicho núcleo de derechos humanos básicos son extremadamente injustas y, por lo tanto, no son Derecho. Cfr. R. Alexy, "Derecho y Moral, cit. 23-25 y "Derecho, discurso y tiempo", (trad. de P. Rodríguez y J. A. Seoane), en *La institucionalización de la justicia*, cit. 73 ss.

68. Hay que aclarar que los distintos momentos del proceso de determinación judicial de la solución para un caso anteriormente descripto, no se transitan o dan de forma aislada o separada, unos de otros, sino que dichos momentos se influyen y condicionan mutuamente. Tanto es así que en situaciones excepcionales o extremas incluso si lo que ordena una norma sobre la que existe acuerdo sobre su contenido y aplicación resulta extremadamente injusto o injustificable, dicha norma no ha de ser obedecida. Al respecto, por ejemplo, cfr. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 96, a. 4, c. y II-II q. 69, a. 4, c.; J. Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit. 391 ss.; R. Alexy, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", (Trad. de J. A. Seoane), en R. Vigo (comp.), *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, 242 ss.; y J. A. Seoane, "Three Ways of Approaching Unjust Laws: Aquinas, Radbruch and Alexy", *Rechtstheorie* 37 (2006), 324.

69. P. Zambrano, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, cit. 63.

70. Como es sabido, el propio Alexy propone una serie de reglas para acotar este tipo de decisiones. Al respecto, por ejemplo, cfr. R. Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, (trad. de M. Atienza y I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

71. Serna ha advertido este problema en las teorías procedimentales como la de Alexy. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, cit. 90.

72. Cfr. M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, 19.

73. Cfr. L. B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", *Metaphilosophy* 34 (2003), 184. En castellano, entre otros trabajos, pueden verse, Cfr. M. Atienza, *Cuestiones Judiciales*, México, Fontamara, 2004; M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit,. J. Saldaña, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación – UNAM, 2007; R. Vigo, "Ética judicial e interpretación jurídica", *Doxa*

29 (2006); C. I. Massini Correas, "Determinación del Derecho y prudencia", *Sapientia*, en prensa y *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984.

74. Por ejemplo, Amaya Navarro afirma que "la virtud por excelencia de la judicatura es la virtud de la justicia". Cfr. M. A. Amaya Navarro, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit. 30.

75. Cfr. L. B. Solum, "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence* 51(2006), 70 ss.

76. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 5, 1140a 25 (se cita por la traducción a cargo de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 2008).

77. Cfr. H. Paz, "Introducción a las cuestiones 47 a 56", en Tomás de Aquino, *Suma Teológica III*, Parte II-II (a), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1990, 379-380.

78. Cfr. A. MacIntyre, *After Virtue*, 2nd ed., Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2003, 154.

79. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 47, a 7.

80. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 12, 1144a 29.

81. Cfr. L. Zagzebski, *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 221.

82. J. Pieper, *Las virtudes fundamentales*, 3ra ed., Madrid, Rialp, 1988, 38 ss.

83. Cfr. C. I. Massini Correas, *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, 86.

84. Cfr. *Ibidem*.

5. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 13, 1144b 10.

86. Cfr. P. Serna, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*, cit. 90.

87. Atienza afirma que la prudencia es "una síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo". Cfr. M. Atienza, *Cuestiones Judiciales*, cit. 141. Algunos de los autores que tradicionalmente han tratado la cuestión advierten que de escasear el conocimiento de alguno de estos extremos, es preferible que lo sea de lo universal y no de lo particular. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 47, a 3.

88. Cfr. L. Zagzebski, *Virtues of the Mind*, cit. 221-231.

89. Cfr. H. Paz, "Introducción a las cuestiones 47 a 56", cit. 382.

90. En el ámbito de la Teoría de la Interpretación Jurídica hay quienes consideran que no existen caminos intermedios o puentes entre las normativas generales y universales y lo particular de caso. Sobre el universalismo y el particularismo en la interpretación jurídica véase, por ejemplo, R. Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, UNAM-Trotta, 2008, 61-62.

91. Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q. 49, a. 2.

92. *Ibid*, II-II q. 47, a. 3.

93. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 5.

94. Cfr. *Ibid*, II-II q. 49, a. 3.

95. Aristóteles, *Ética a Nicomáquea*, VI, 13, 1141b 15.

96. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 6, 7 y 8.

97. Cfr. *Ibid*, II-II q. 52, a. 4.

98. Cfr. *Ibid*, II-II q. 49, a. 4, a. 6 y a. 8.

99. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 8. Sobre el complejo debate acerca del papel del conocimiento y la voluntad en el accionar prudencial cfr. D. Westberg, *Right Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 216 ss.

100. Cfr. *Ibid*, II-II q. 47, a. 10.

101. Cfr. *Ibid*, II-II q. 48, a. 1.

102. Cfr. J. Adame Goddard, "La justicia del juez: juzgar bien", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 21 (2006), 119-125 y J. Saldaña, *Ética Judicial. Virtudes del Juzgador*, cit. 34-37.

Fecha de recepción: 30/07/2012.
Revisado: 17/10/2013
Fecha de aceptación: 18/10/2013

EL *"DISCURSO DEL ODIO"* EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO Y EUROPEO. TRATAMIENTO DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

THE *"HATE SPEECH"* IN THE U.S. AND THE EUROPEAN SYSTEM. TREATMENT OF RACISM AND XENOPHOBIA IN THE DRAFT CRIMINAL CODE REFORM

Margarita Roig Torres

RESUMEN

La reminiscencia del Holocausto ha determinado la regulación en los países europeos de delitos que en ocasiones entran en liza con el núcleo esencial de la libertad de expresión. En este sentido se aprecia un contraste entre la concepción de ese derecho fundamental en el sistema norteamericano y en el continental, especialmente en cuanto a la interpretación judicial de las *"fighting words"*. No obstante, incluso en regímenes como el alemán con un modelo de "democracia militante" (*"streitbare Demokratie")* se establecen presupuestos materiales para castigar las conductas racistas o xenófobas, sin sancionar el mero *"negacionismo"*, que pugnaría frontalmente con aquel derecho fundamental. En el Proyecto de reforma del Código penal español se reúnen en un solo precepto todas las formas de favorecimiento o incitación al odio, discriminación, violencia, u hostilidad, por motivos racistas o discriminatorios y se amplían las conductas punibles, siguiendo la STC 235/2007, de 7 de noviembre y las directrices europeas, con influjo también del Derecho alemán. El resultado es un elenco de delitos que no siempre se adecuan a los dictados del principio de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE

Racismo, Delitos de racismo, Discriminación, Proyecto de reforma del Código Penal, Libertad de expresión, Artículo 510 CP,

ABSTRACT

The memory of the Holocaust has influenced European countries to regulate crimes that sometimes collide with the core of freedom of expression. Thus, a contrast between the conception of this fundamental right in the U.S. system and the continental is clear, especially regarding judicial interpretation of "fighting words". However, even in regimes like the German model with a "militant democracy" (*"streitbare Demokratie"),* materials limits are set to punish racist or xenophobic behavior, so that mere "denial" is not punished, since it would collide head-on with that fundamental right. The criminal code reform gathers in one article all forms of promoting or inciting hatred, discrimination, violence or hostility, due to racist or discriminatory motives and punished actions are extended, according to Sentence 235/2007, on 7th November, of the Spanish Constitutional Court and following several European directives, with some influence of German law. The result is a list of offenses that are not always suited to the dictates of the principle of proportionality.

KEY WORDS

Racism, Racist Crimes, Discrimination, Draft Criminal Code Reform, Freedom of Expression, Article 510 of Spanish Criminal Code.

EL *"DISCURSO DEL ODIO"* EN EL SISTEMA NORTEAMERICANO Y EUROPEO. TRATAMIENTO DEL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Margarita Roig Torres
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. El "*discurso del odio*" y la libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana. A. Doctrina de las "*fighting words*" y el "*hate crime*". B. La exigencia de taxatividad de las normas y el "*chilling effect*". 3. El § 130 StGB: un ejemplo de "*democracia militante*". 4. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Declaraciones del Tribunal constitucional. 6. Principales problemas de los tipos vigentes. 7. La lucha contra el racismo y la xenofobia en el Proyecto de reforma del Código penal. A. *"Artículo 510, apartado 1"*. B. *"Artículo 510, apartado 2"*. C. *"Artículo 510, apartados 3, 4 y 5"*. D. *"Artículo 510 bis"*. E. *"Artículo 510 ter"*.

1. INTRODUCCIÓN

Las conductas racistas o xenófobas constituyen, en realidad, un porcentaje reducido de los asuntos que resuelven nuestros Juzgados y Tribunales penales. Sin embargo, este dato numérico contrasta con la severidad que estos comportamientos merecen en nuestro Código penal y con la marcada intolerancia del legislador frente a ellos. A su vez, esta política criminal ha generado un amplio debate en torno a la desafortunada técnica legislativa empleada en algunos tipos con el afán de no dejar ningún resquicio de impunidad frente a ese fenómeno.

Creo que huelga apuntar que tras ese rigor punitivo se encuentra el drama del Holocausto. La especial sensibilidad de la sociedad frente al genocidio nazi y la preocupación por impedir actos de fanatismo virulento explican en parte esos excesos legales.

Algunos de los campos de concentración utilizados por el nacional-socialismo tienen hoy abiertas sus puertas ofreciendo en su interior una réplica lo más fiel posible del recinto original, como un signo de reconocimiento o cesión por parte de los gobiernos actuales con el que pretenden desligarse y distanciarse por fin de aquel régimen. Pero quienes por puro interés histórico hemos visitado alguno de esos lugares hemos sentido verdadera repugnancia e incluso un rencor extremo hacia quienes pudieron realizar o apoyar semejante barbarie. Esta sensación que creo compartimos la mayoría de quienes por cualquier vía nos representamos esos actos, junto al temor de que se repitan sucesos de esa índole, ha motivado la aprobación en numerosos países de normas, a veces disparatadas también, dirigidas a combatir el racismo y la xenofobia, o más ampliamente la discriminación. Normalmente, en esas disposiciones se sancionan conductas que se estiman peligrosas en tanto pueden desencadenar actitudes hostiles, pero en algunos casos ese adelantamiento en la línea de defensa llega a producir una verdadera merma de la esencia misma de la libertad de expresión. Así sucede con la tipificación del llamado *negacionismo*[1], cuando la negación de hechos delictivos constatados como el exterminio de judíos por los nazis no va acompañada de otros factores que supongan al menos un riesgo para otros valores tutelados. Por motivos obvios, los tipos que suscitan dudas desde el prisma de la libertad de expresión son más comunes en los ordenamientos europeos que en EEUU, de suerte que la jurisprudencia norteamericana se suele usar como referente para cotejar la adecuación de los delitos contemplados en las legislaciones occidentales.

Desde luego, esta tendencia punitiva que caracteriza a la normativa europea no se puede atribuir sólo a una lamentable tradición histórica, sino que tiene un notable peso el marco económico actual, jalonado por una fuerte crisis económica, sumándose a la ya consagrada separación entre países ricos y pobres. En este contexto surge una natural tendencia de quienes están en una situación desfavorecida de desplazarse a lugares donde hay más probabilidades de trabajo y mejora, originando a veces una reacción, menos razonable, de quienes viven allí ante la *amenaza* que suponen esos extranjeros para los puestos que *pertenecen* a los nacionales. No es inusual que en este escenario se utilice el fenómeno de la delincuencia como un arma arrojadiza contra los inmigrantes, imputándoles los índices más o menos elevados de criminalidad, o destacando las infracciones cometidas por ellos[2]. Un ejemplo cercano lo tenemos en el caso de un alcalde de Badalona que repartió folletos donde figuraban fotografías de personas rumanas de raza gitana, acompañadas de interrogantes como ¿tu barrio es seguro?, garantizando seguridad si resultaba elegido, y quien finalmente fue absuelto del delito de provocación al odio, la discriminación y la violencia del artículo 510 CP[3]. O el de un concejal de Vic en Barcelona, de la Plataforma Xenófoba de Cataluña, que difundió planfletos de contenido irónico, figuradamente firmados por un colectivo de inmigrantes magrebí sin derecho de voto, pidiendo a los ciudadanos que votaran en su nombre a determinados partidos, que generosamente les habían empadronado y les daban vivienda y comida gratis, les proporcionaban papeles para todos, o que con su ley de arraigo les acogían como legales con sus familias; en cambio, no debían votar a la Plataforma indicada, que expulsaría a los ilegales, les retiraría las ayudas sociales y las viviendas protegidas, no les permitiría abrir sus tiendas y locutorios a las horas apetecidas, les obligaría a llevar seguro de coche, impediría que sus mujeres lleven hiyab o burka…[4]. De mayor magnitud, fue la actuación del gobierno francés con la expulsión masiva de miles de gitanos en el año 2010 y que le valió la amenaza de la Comisión

Europea de abrirle un expediente de infracción si no adoptaba la Directiva sobre libre circulación. Pese a ello, la política gala en materia de inmigración volvió a ocupar los titulares de los principales medios de comunicación, desencadenando duras críticas de los aliados europeos por la detención en octubre pasado de una menor Kosobar de etnia gitana durante una excursión escolar para deportarla a su país. Pero sin duda el suceso que estremeció a Europa, poniendo en tela de juicio la legislación de algunos países contra la inmigración, fue la tragedia de Lampedusa, donde fallecieron más de trescientas cincuenta personas. La presunta omisión de tres pesqueros que no se atrevieron a intentar socorrer a los náufragos, hizo centrar la mirada en la regulación italiana que penaliza como delito el auxilio a inmigrantes que pretendan entrar ilegalmente al país, sin ninguna excepción por motivos humanitarios, sucediéndose las acusaciones de racismo contra la ley Bossi-Fini que introdujo ese nuevo ilícito en el año 2002.

En el plano político actual, se está abriendo paso una estrategia que pasa por asumir ciertas propuestas de tintes xenófobos con el fin de complacer a un sector del electorado, tratando de evitar su huida hacia grupos más radicales. Un ejemplo lo tenemos en el Reino Unido, donde hace unos meses el Primer Ministro anunciaba una serie de medidas drásticas para frenar la inmigración incluso desde otros países pobres de la Unión Europea, como Bulgaria y Rumanía. También Holanda y Dinamarca han optado por reducir los derechos de los inmigrantes, e incluso Alemania se unió a la iniciativa de impedir la adhesión de Rumanía y Bulgaria al Tratado de Shengen que elimina las fronteras internas de la Unión Europea.

Ciertamente, esta es la situación, voces que rememoran el escarnio nazi, propugnando la instauración de sistemas afines, declaraciones y acciones racistas, incluso protagonizadas por dirigentes políticos, sectores sociales cada vez más dilatados que enfocan su rechazo a la inmigración contra concretos grupos minoritarios, etc. Pero es evidente también que aun teniendo presente la tragedia del genocidio, todas esas situaciones deben resolverse dentro del estricto marco de los principios penales y constitucionales. El problema que plantea la regulación de estos delitos es que entran en liza derechos fundamentales, principalmente la libertad de expresión, y la dignidad, la igualdad y la no discriminación. Por eso, la interpretación de algunos tipos y en particular del artículo 607.2 CP ha sido sometida al juicio del Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la colisión entre esos derechos.

La declaración de inconstitucionalidad parcial de ese precepto, unida a la nueva Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, han llevado a modificar en el Proyecto de reforma del Código penal los delitos actualmente contemplados en los artículos 510 y 607.2 CP.

El objeto de este trabajo es el estudio de las normas recogidas en dicho texto, valorándolo desde esa doble perspectiva. Ahora bien, dado que la piedra angular de la controversia que envuelve a esa normativa es la libertad de expresión, dedicaré antes una parte a la delimitación de este derecho fundamental en relación con los discursos racistas, xenófobos o discriminatorios. Primero, me referiré a la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, en tanto en este terreno su doctrina sobre los límites a la libertad de expresión ha sido seguida en algunos aspectos por los Tribunales europeos. A continuación aludiré al Derecho alemán, que ha servido de modelo a otros ordenamientos para la regulación de estos delitos y cuenta también con una amplia tradición judicial sobre la frontera entre los distintos derechos implicados. Después, apuntaré la postura al respecto tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional español. A partir de estos presupuestos analizaré la nueva regulación que se propone en el Proyecto de reforma de nuestro Código punitivo.

Con carácter previo quiero hacer algunas precisiones terminológicas. Por una parte, cabe

advertir que en las normas y resoluciones relacionadas con estas conductas no siempre se emplean los términos de modo preciso, sino que en ocasiones las expresiones, xenofobia, racismo, raza, etnia, discriminación, antisemita, etc., se identifican o superponen dando lugar a reiteraciones. En realidad, estas voces expresan hostilidad, repugnancia, odio, etc., hacia ciertas personas por ser extranjeras (xenofobia), por poseer ciertas características originales de naturaleza biológica (raza), o por pertenecer a una comunidad unida por esta afinidad racial, junto con otras lingüísticas, culturales, etc. (etnia). La discriminación, en cambio, es un concepto más amplio que abarca cualquier signo de exclusión de una persona o su tratamiento como inferior por diversos motivos, algunos de ellos recogidos en el artículo 14 de la Constitución española[5].

Por otra parte, en este tema se habla con frecuencia del "discurso del odio", tanto en la literatura como en las disposiciones y resoluciones judiciales. Esa expresión fue acuñada en la Recomendación R 97 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el "discurso del odio" (*Hate speech)*[6], de 30 de octubre de 1997, estableciendo que "comprende todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en modo de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración". Por otra parte, como veremos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha utilizado desde el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999, e igualmente, figura en las resoluciones del Tribunal Constitucional español, donde se alude al "lenguaje del odio"[7] y al "discurso del odio"[8].

Sin embargo, hay que decir que esa denominación ("discurso del odio", o "lenguaje del odio", "delitos de odio", etc.) no se emplea siempre con el mismo significado. Por el contrario, en ocasiones comprende las manifestaciones que simplemente reflejan un sentimiento de odio de quien las emite, mientras en otras se ciñe a aquellas que implican una incitación al odio, exigiendo incluso otros requisitos como la denigración de las víctimas o la instigación a la violencia; además, a veces se añade bajo ese mismo epígrafe la incitación a la discriminación o la violencia, e incluso a la hostilidad. En este sentido restrictivo se pronunció la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En cambio, en las disposiciones internacionales prevalece la primera noción, incluyendo los mensajes que contienen odio. Por otra parte, como causas del mismo se citan motivaciones distintas, de raza, etnia, religión, ideología, etc.[9]. Además, ese discurso no sólo abarca expresiones orales, sino también escritas o gráficas. Como es evidente, la mayor o menor extensión depende del contexto en el que se expresa y, en el plano nacional, de la regulación penal de estos delitos y de la interpretación efectuada por los Tribunales de cada país.

2. EL "*DISCURSO DEL ODIO*" Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

A. DOCTRINA DE LAS "*FIGHTING WORDS*" Y EL "*HATE CRIME*"

La regulación penal de las conductas concernientes al racismo y la xenofobia ha estado fuertemente mediatizada por la reminiscencia del Holocausto. La repulsa y el deseo de evitar nuevos brotes genocidas movieron a los estados europeos a aprobar numerosos delitos. Pero la ausencia de este condicionante, junto con otros factores, como el valor atribuido a la libertad de expresión en cada legislación, explica que el tratamiento de estas conductas haya sido distinto en otros ordenamientos, abriéndose una brecha inicial entre el sistema norteamericano y el europeo. No obstante, en las últimas décadas se han ido matizando

esas diferencias, al primar tanto en el Derecho continental como en el anglosajón una línea jurisprudencial que niega la sanción de los discursos meramente desagradables o repulsivos, requiriendo que puedan producir determinadas reacciones, violentas, discriminatorias, etc. De todos modos, veremos que sigue siendo mayor el espacio concedido a la libertad de expresión en EEUU, donde se sitúa en una posición preeminente frente a otros derechos constitucionales, entendiendo que el estado sólo debe intervenir cuando exista un verdadero peligro de respuestas ilegales o violentas, frente a las normas europeas que en general siguen castigando las expresiones dirigidas a crear sentimientos de odio[10].

De hecho, EEUU firmó pero no ratificó la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965, en virtud de la cual los estados parte se comprometían a adoptar una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas, incluyendo medidas legales (art. 2). La carencia de este compromiso ha permitido al estado mantenerse neutral frente al "discurso del odio", en coherencia con la visión de la libertad de expresión predominante en la sociedad norteamericana, donde se concibe como un derecho del individuo frente al poder público, estableciendo en la Constitución la prohibición de interferencia estatal, en lugar de su deber positivo de protección[11]. La libertad de expresión se configura, así, como "libertad negativa", en la que la administración no debe inmiscuirse, de acuerdo con los postulados liberales de Locke, Stuart Mill, o Adam Smith, defensores de la concesión de un extenso margen a la vida privada y la libertad, a su juicio positivas para la armonía y el progreso social y que las autoridades no debían traspasar[12]. En un país constitucional, señala Stuart Mill, el gobierno no puede fiscalizar la expresión de la opinión pública, no puede convertirse en un instrumento de la intolerancia general, por lo que el derecho a ejercer la coerción en materia de opinión es en sí mismo ilegítimo y nocivo, tanto si se usa de acuerdo con la opinión pública como en contra de ella[13].

En efecto, la Primera Enmienda de la Constitución dispone: "El Congreso no emitirá leyes restringiendo la libertad de expresión o de prensa"[14]. Se trata de una norma propia de la denominada democracia *no militante*, donde se estima que el estado no debe mediar ni siquiera para defender las ideas consideradas adecuadas para el juego democrático.

Desde este prisma, el Tribunal Supremo ha creado la teoría del "mercado de las ideas" (*market for ideas*), inspirada en la concepción de Stuart Mill, que supedita la obtención de la verdad a un procedimiento de ensayo y error mediante una discusión libre[15]. Sea cual sea la opinión, dice Mill, tanto si es acertada como equivocada, no se puede tratar de silenciar, pues este intento va en contra de la naturaleza humana. Nunca podemos estar seguros de que una determinada opinión, por más que queramos eliminarla, sea falsa. Pretender que la idea contraria es equivocada sin examinarla ni discutirla, es incurrir en una "presunción de infalibilidad", es decir, la posibilidad de decidir en nombre de los demás sobre una cuestión sin oír lo que cabe alegar en contra[16]. Pues bien, partiendo de este espíritu, la tesis del "mercado de las ideas" supone que las distintas opiniones e ideas deben competir en la sociedad de forma pública, abierta y plural, de modo que ante esta oferta los ciudadanos hacen una fina discriminación al elegir entre las visiones alternativas que se les ofrecen y esta libertad de elección es la clave para alcanzar *la verdad* acerca del asunto sometido a discusión. Por el contrario, la posición paternalista del estado, aportando una verdad oficial, será siempre deficiente y conducirá a resultados perjudiciales para los ciudadanos. Esta neutralidad del poder público se contrapone al intervencionismo admitido en el mercado de los bienes[17]. Ahora bien, también en la obra de Stuart Mill esa postura proclive a la mayor cota posible de libertad de expresión comportaba un límite infranqueable[18]: queda excluido todo discurso que suponga una incitación a la violencia[19].

Esta visión de la libertad de expresión se ha reflejado en el tratamiento penal de los discursos racistas o xenófobos. El Tribunal Supremo norteamericano ha ido perfilando los presupuestos necesarios para condenarlos, elaborando la doctrina de las denominadas *fighting words*.

El punto de arranque de esa tesis relativa al "discurso ofensivo" (*offensive speech*)[20] y las *fighting words* se inició con el caso *Chaplinski v. Hampshire* de 9 de marzo de 1942[21]. Walter Chaplinski era un testigo de Jehová que provocó la alteración del vecindario, al tachar de "timo" las religiones instituidas, mientras repartía panfletos de su confesión. Cuando el Mariscal intentó mediar en la disputa, Chaplinski le llamó "jodido timador divino" y "jodido fascista". Fue condenado por violar una ordenanza que prohibía emitir palabras ofensivas o hirientes contra quien mantiene el orden público. El Tribunal Supremo anuló la condena argumentando que hay un grupo de expresiones que no están amparadas por la Constitución, en concreto: las obscenas, profanas, injuriosas y las *fighting words,* que definió como "las que, con su mera emisión, causan daño o tienden a incitar una inmediata ruptura de la paz". Su uso no constituye una parte esencial de la libertad de expresión y su valor social es tan débil que su admisión no supone un beneficio superior al de intentar evitarlas en atención al orden público y la moralidad[22].

Por lo tanto, el citado Tribunal describía las *fighting words,* asociándolas ya al quebrantamiento de la paz, pero junto a ellas citaba otras que igualmente quedaban fuera de la protección dispensada por la Enmienda Primera de la Constitución, pese a no conllevar esa connotación de provocación. Sin embargo, la jurisprudencia posterior iría ampliando el núcleo esencial de la libertad de expresión, e incluiría esas declaraciones, negando su sanción.

En el caso *Terminiello v. Chicago* de 16 de mayo de 1949[23], el Tribunal Supremo afirmó que no bastaba para encajar un discurso en las *fighting words* que hiciera enfadar a quienes lo escuchan. Terminiello calificó de viciosos y criticó la conducta de algunos grupos políticos y religiosos, lo que alteró al auditorio, protagonizando algunos de sus miembros actos violentos. Fue condenado, pero el Alto Tribunal anuló el castigo aduciendo que la fortaleza de las instituciones políticas depende de la admisión de un debate libre. La libertad de expresión puede suponer cierta provocación, que es necesario aceptar. Por lo tanto, un estado no puede sancionar a una persona simplemente porque inicie una discusión pública ante una multitud, imputándole los actos de violencia de la misma[24].

En el caso *Brandenburg v. Ohio* de 9 de junio de 1969[25], el Tribunal Supremo confirmó la absolución de diversos miembros del Ku Klux Klan que propugnaban la expulsión de los judíos y afroamericanos de EEUU, por no alentar directamente a la violencia. Usaron frases como "es posible que se debiera tomar alguna venganza", "los negros deberían ser expulsados a África, los judíos a Israel", "deberíamos enterrar a los negros" y otras similares. A pesar de ese lenguaje racista, el Tribunal de Brandenburg absolvió a los acusados, argumentando lo siguiente: "La Constitución garantiza una libertad de expresión y de prensa que impide a un estado prohibir o proscribir la llamada al uso de la fuerza o a la violación de la ley, excepto cuando está dirigida a incitar o a producir una acción ilegal inminente y tiende a incitar o produce tal actuación". En consecuencia, declaró inconstitucional la norma aplicada *("Ohio Criminal Syndicalism Statute")*, porque sancionaba la mera invocación a una acción y por tanto violaba la Primera y la Decimocuarta Enmienda[26].

En el caso *Cohen v. California* de 7 de junio de 1971[27] se mantuvo una postura semejante. Cohen era un joven de diecinueve años que expresó su oposición a la guerra de Vietnam vistiendo en un Tribunal de Los Ángeles una chaqueta en la que se leía "Fuck the draft. Stop the war"[28]. Fue condenado por alterar la paz o el orden público con una conducta ofen-

siva según el Código penal de California. El Tribunal de apelaciones confirmó la condena, manteniendo que "conducta ofensiva" significaba "comportamiento que tiende a provocar en otros actos de violencia o de perturbación de la paz". Ciertamente, señala, es razonable prever que tal hecho podría motivar acciones violentas contra la persona del acusado o para forzarle a quitarse la chaqueta. En cambio, el Tribunal Supremo negó que la doctrina de las *fighting words* del caso Chaplinski fuera aplicable a este supuesto, puesto que la expresión de la chaqueta no estaba dirigida a las personas de la Audiencia; además, ningún individuo presente pudo razonablemente tomarla como un insulto personal y no se demostró que causara ninguna reacción violenta ni tuviera tal propósito. Añadió que las frases ofensivas deben tolerarse porque su supresión supone el riesgo de reprimir ideas y tal censura podría ser utilizada por los gobiernos para excluir expresiones impopulares[29].

Por consiguiente, este supuesto se diferenciaba del caso Chaplinsky porque el diálogo del acusado no se destinaba a individuos en particular, declarando el Alto Tribunal que el gobierno no puede restringir aquel discurso público que implique palabras, símbolos o ideas meramente desagradables[30].

En el caso *R.A.V. v. City of St. Paul* de 22 de junio de 1992[31] se defendió también esa tesis. El recurrente junto a otros adolescentes, quemaron una cruz frente a la casa de una familia afro-americana. El órgano judicial estimó que ese hecho encerraba un mensaje, no solo individual, sino dirigido a toda la comunidad afroamericana y que basándose en la historia de la quema de cruces, se entendía como una amenaza de daños futuros. Los acusados fueron condenados en virtud de una ordenanza de la ciudad de St. Paul[32] que prohibía expresiones verbales o símbolos que causaran alarma, odio o resentimiento en atención a la raza, color, religión, credo o género. El Tribunal Supremo declaró esa norma inconstitucional, si bien no se basó en la excesiva amplitud y vaguedad de la misma, como se había aducido, sino en su carácter discriminatorio, señalando que aunque prohibía las *fighting words,* era contrario a la Constitución limitarlas a esos aspectos (raza, color, religión, etc.)[33].

Por lo tanto, según la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en estas resoluciones, quedan fuera del núcleo esencial de la libertad de expresión amparada por la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, aquellas expresiones que inciten a acciones violentas o ilegales (*fighting words*). Por el contrario, las manifestaciones que aun siendo ofensivas no supongan esta provocación forman parte de la libertad de expresión, sustrayéndose a la potestad sancionadora del estado.

Como es natural, frente a esa postura se formulan algunas objeciones. Por una parte, se cuestiona la verdadera neutralidad del estado en el debate público, afirmando la presencia de un intervencionismo partidista. En el plano jurídico, se pone de relieve la necesidad de proteger, no sólo los bienes amenazados por las *fighting words*[34], sino también la dignidad y, en definitiva, los derechos de las minorías. En este sentido se argumenta que resulta incongruente que la Constitución garantice la igualdad racial y después se mantenga al margen respecto a las manifestaciones que desprecian a las minorías raciales[35].

En suma, en EEUU el "discurso del odio" sólo es sancionable cuando amenaza otros bienes jurídicamente protegidos distintos a la dignidad de las víctimas. Como vamos a ver, esto explica que la técnica utilizada para penar las conductas racistas o xenófobas sea el recurso a agravantes genéricas o a figuras cualificadas[36], aplicables sobre la base de un delito previo.

Ahora bien, esa concepción de la libertad de expresión podría llevar a pensar que las conductas racistas o discriminatorias tienen escasa relevancia en el ordenamiento norteamericano. Sin embargo, es justamente en el seno de este sistema donde surgió la figura del "*hate crime*" ("delito por odio") o "*bias crime*"[37] ("delito por motivo de prejuicio"). En efecto, bajo esta denominación se incluyen determinados delitos

motivados por la pertenencia de la víctima a un determinado grupo social[38]. Para combatirlas se han aprobado numerosas leyes específicas ("*hate crime laws")*, donde se agravan las penas de determinados delitos cuando se cometen por las razones legalmente previstas[39].

Esas leyes se distinguen de las "*hate speech laws",* que criminalizan determinadas expresiones racistas o discriminatorias, en la medida, como hemos visto, en que impulsan a la realización de acciones violentas o ilegales.

Por otra parte, el artículo 249 de la Ley Penal Federal (18 U.S. Code), se consagra a los "*hate crime acts*", agravando las penas previstas para ciertos delitos (lesiones, homicidio, secuestro, etc.), cuando son cometidos por prejuicios de raza, color, religión, origen nacional, género, orientación sexual, identidad sexual, o discapacidad.

No obstante, un sector doctrinal critica esta normativa por exacerbar los conflictos entre grupos. En este sentido, se afirma que definir un delito como una acción cometida por un grupo contra otro, en lugar de concebirlo como un acto de un individuo frente a la sociedad, etiquetando ciertos ilícitos como "delitos por odio", motiva que un grupo se sienta perseguido por otro y esta sensación de persecución puede incitar una reacción y provocar un incremento real del número de delitos[40].

Pues bien, esta regulación influyó en la legislación europea, determinando la inclusión tanto de figuras específicas como de agravaciones genéricas dirigidas a sancionar conductas regidas por esos móviles racistas o discriminatorios.

B. LA EXIGENCIA DE TAXATIVIDAD DE LAS NORMAS Y EL "*CHILLING EFFECT*"

Junto a la doctrina anterior, que establece las características de las expresiones sancionables o punibles, el Tribunal Supremo norteamericano ha precisado también algunas exigencias que deben reunir las normas limitadoras de la libertad de expresión. En este sentido, ha señalado que tales disposiciones han de ser taxativas, argumentando que la amplitud (*overbreadth*) y vaguedad (*vagueness*) de las mismas podría producir un "efecto de desaliento" (*deterrent effect*) en la población, disuadiendo o desalentando a los ciudadanos del ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión ante la amenaza de una sanción legal[41].

La teoría del "efecto escalofriante" (*chilling effect*) o "efecto desaliento" (*deterrent effect*) surgió[42], de forma pionera, en la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense dictada en el caso *Gibson v. Florida Legis. Investigation Committee* de 25 de marzo de 1963[43]. Un Tribunal de Florida condenó al Sr. Gibson, que era presidente de la Sección de Miami de la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color (NAACP), por desacato a la autoridad, por negarse a revelar el contenido de la lista de miembros de esa Sección a un Comité creado por el órgano legislativo de Florida para investigar la infiltración de comunistas en varias organizaciones. La prueba principal invocada para la orden fue el testimonio indirecto, ambiguo, y "de oídas", aportado por dos testigos, según los cuales años antes catorce personas del partido comunista habían asistido a reuniones de dicha Sección / o eran miembros de la misma, constituida por unas mil personas.

El Tribunal Supremo dictaminó que tal requerimiento y la posterior condena, infringían el derecho de asociación, libre y secreto, protegido por la Primera y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución. En la fundamentación de la sentencia introdujo la tesis del "efecto desaliento": "El fuerte interés de la Asociación en mantener la privacidad de las listas de los miembros de los grupos que participan en el comercio libre de ideas y creencias, protegido por la Constitución, no puede ser infringido sustancialmente sobre una leve sospecha, como adujo el condenado. Mientras que, por supuesto, todas las organizaciones legítimas son beneficiarias de esta protección, aquí la

tutela es más importante, dado que la privacidad impugnada es la de personas que abrazan creencias muy impopulares para sus vecinos, y la disuasión (*deterrent*) y el efecto "escalofriante" (*chilling)* que esto supone en el libre ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución, de la libertad de opinión, expresión y asociación, es por tanto, lo más inmediato y esencial".

En la jurisprudencia posterior, el Tribunal Supremo hizo extensiva esta doctrina a la legislación, declarando que el efecto disuasorio que sobre el ciudadano tienen las normas demasiado vagas (*vagueness*) y amplias (*overbreadth*) es razón suficiente para proscribir esa forma de legislar, requiriendo que las disposiciones que restringen la libertad de expresión sean claras y estrictas[44]. Este criterio sería acogido también por el Tribunal Constitucional español[45].

3. EL § 130 STGB: UN EJEMPLO DE "*DEMOCRACIA MILITANTE*"

En Alemania la memoria histórica del Tercer Reich, cuya propaganda antisemita culminó con el exterminio de millones de judíos, ha tenido una poderosa impronta en todo el sistema jurídico y, cómo no, especialmente en el tratamiento del "discurso del odio". La Constitución (*Grundgesetz)* reconoce en el artículo 5 el derecho a la libertad de expresión, pero a diferencia del sistema norteamericano, no ocupa una posición de primacía respecto a otros derechos fundamentales, sino que el valor superior lo constituye la dignidad humana considerada inviolable en el artículo 1, según ha declarado el Tribunal Constitucional *(Bundesverfassungsgericht)*[46]. En este sentido, ha señalado que la libertad de expresión al igual que los demás derechos fundamentales, tienen tanto un carácter negativo como positivo. La primera faceta protege al individuo contra las restricciones oficiales de la libertad de expresión, la segunda obliga al estado y a sus agentes a establecer las condiciones necesarias para su ejercicio[47]. De otra parte, a diferencia del modelo estadounidense donde se entiende que las opiniones deben fluir libremente sin restricciones con el fin de lograr la verdad, el citado Tribunal considera que cabe negar la tutela de las falsedades contrastadas, en alusión a la negación de la masacre nazi, sin perjudicar el núcleo básico de la libertad de expresión[48]. Este enfoque tendrá una repercusión decisiva en la regulación de estos delitos.

Por otra parte, el eco del Holocausto ha condicionado también el sistema político alemán, configurándolo como una "democracia militante" (*streitbare Demokratie,* o *wehrhaften Demokratie*), término utilizado por el Tribunal Constitucional, para resaltar que la posición del estado no es neutral sino que debe actuar para defender el régimen liberal y democrático frente a los enemigos que pretenden subvertirlo. Esta salvaguarda se ha reflejado en la propia Constitución y ha dado lugar a un amplio debate social especialmente en cuanto a las restricciones que atañen a la libertad de asociación y de creación de partidos[49]. No en vano, se ha afirmado que el artículo 21 de la Constitución "establece la democracia militante"[50]. Esta norma prohíbe los partidos políticos que por sus objetivos declarados o por la conducta de sus miembros, atenten o persigan la eliminación del orden constitucional liberal y democrático, o bien poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. Pero, existen otras disposiciones que también son un claro reflejo de ese modelo oficial, principalmente los artículos 9.2 y 18. El primero prohíbe la creación de asociaciones cuyos fines sean contrarios a las leyes penales o vayan contra el orden constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos. El segundo contempla directamente la privación de los derechos fundamentales a quien abuse de las libertades constitucionales con la finalidad de combatir el orden constitucional liberal y democrático[51].

En el campo penal, la pertinaz lucha de los gobiernos por reprimir cualquier brote antisemita ha llevado a castigar un amplio espectro de conductas que van desde la incitación

al odio o el ataque a la dignidad de un grupo o sus miembros, incluyendo la preparación de escritos de este cariz, hasta la aprobación, negación o minimización de las acciones violentas o arbitrarias cometidas bajo el régimen nacional-socialista. No obstante, como vamos a ver en todos los casos se precisa algo más que la mera expresión de una opinión, ya sea la petición de medidas violentas o arbitrarias, la puesta en peligro de la paz pública, o su efectiva perturbación. De manera que esa regulación no dista tanto de la que rige en nuestro sistema como en principio cabría pensar.

En cuanto a la posición de la libertad de expresión dentro de ese sistema democrático, fue decisiva la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el *caso Lüft* el 15 de enero de 1958[52]. Erich Lüft, presidente del club de prensa de Hamburgo, solicitó a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas que no emitieran ni vendieran la película "*Unsterbliche Geliebte",* del director *Veit Harlan,* quien había producido otra antisemita titulada "*Jud Süß".* Un Tribunal civil de Hamburgo le condenó, bajo la amenaza de aplicarle una pena de prisión o multa que se determinaría en sede penal[53], a abstenerse de efectuar aquellos requerimientos, así como de incitar a los ciudadanos a no ver la película. En la citada resolución, el Tribunal Constitucional revocó la condena. En la fundamentación jurídica recalca el significado de los derechos fundamentales como derechos frente al estado, así como la supremacía de la dignidad del ser humano dentro de ese orden de valores. No obstante, ensalza la libertad de expresión como uno de los más importantes, en tanto posibilita el debate ideológico y el contraste de opiniones, esencial en un estado democrático y libre. Pero, debe ceder cuando resulte lesionado otro bien jurídico protegido superior. En el caso enjuiciado, estimó prevalente la libertad de expresión frente a los intereses privados afectados y, en consecuencia, atendió la demanda del recurrente.

"Sin ninguna duda, los derechos fundamentales están orientados en primer lugar a asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al estado ". "Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, que –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad respecto al poder del estado. Asimismo, es coherente con esta concepción el hecho de que el legislador garantizase un recurso legal especial para proteger esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público". "Por otra parte, también es cierto que la Constitución no pretende ser un sistema de valores neutral…, sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden objetivo de valores… La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad forman el núcleo esencial de este sistema de valores, que, a su vez, constituye una decisión jurídico-constitucional básica, válida para todas las áreas del Derecho…, aporta directrices al poder legislativo, a la Administración y al poder judicial". "El derecho fundamental a la libertad de expresión es…, uno de los derechos superiores…, posibilitar la permanente discusión ideológica y el contraste de opiniones es un elemento vital del orden estatal democrático y libre… En cierta forma, constituye el fundamento de toda libertad". "La expresión de una opinión.., es en este sentido libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico legalmente protegido de un tercero, cuya tutela prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa ofensa… Es necesaria, por tanto, una "ponderación de los bienes jurídicos". El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero que puedan resultar vulnerados con el ejercicio de la libertad de expresión".

Partiendo de estos precedentes, vamos a ver la regulación contenida en el Código penal (*StGB*).

§ 130 StGB. Incitación del pueblo (*Volksverhetzung*)[54]

1) Será sancionado con penas de tres meses a cinco años de prisión aquél que, en una forma que puede perturbar la paz pública:

1. incite al odio contra un grupo nacional, racial, religioso o de determinada condición étnica, contra sectores de la población o contra un individuo a causa de su pertenencia a uno de los grupos antes mencionados o a una parte de la población, reclamando medidas violentas o arbitrarias, o

2. ataque a la dignidad humana de otros, por medio de insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas contra uno de los grupos antes mencionados, partes de la población o alguna persona en virtud de la pertenencia a uno de los grupos antes mencionados o a cualquier parte de la población.

2) Será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa quien:

1. a) difunda, b) exhiba públicamente, anuncie, presente o haga accesible de otro modo, c) ofrezca, deje o haga accesible a una persona menor de 18 años, d) produzca, compre, provea, mantenga disponibles, ofrezca, anuncie, ponga precio, se responsabilice de importar o exportar escritos (§ 11 parr. 3) que inciten al odio contra cualquiera de los grupos de la población antes mencionados, o contra un individuo debido a su pertenencia a un grupo antes mencionado, o a una parte de la población, reclamando medidas violentas o arbitrarias contra ellos o ataquen su dignidad humana, por medio de insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas, para utilizar los ejemplares en el sentido de las letras a) a c), o facilitar a otro tal uso, o

2. difunda a través de la radiodifusión o los medios de telecomunicación una representación de la designada en el apartado 1.

3) Será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa quien, públicamente o en una reunión, apruebe, niegue o minimice una acción cometida bajo el régimen del nacionalsocialismo, de las señaladas en el § 6 párrafo 1 de la "Völkerstrafgesetzbuch" de una manera que pueda perturbar la paz pública[55].

4) Será castigado con pena de prisión de hasta tres años, o con multa, quien públicamente o en una reunión lesione la paz pública de una forma que afecte a la dignidad de las víctimas, apruebe, niegue o minimice una acción violenta o arbitraria cometida bajo el régimen nacionalsocialista.

5) El apartado 2 rige también para los escritos (§ 11 Abs. 3) con el contenido descrito en los apartados 3 y 4.

6) En el caso del apartado 2, también en relación con el apartado 5, y en los casos previstos en los apartados 3 y 4, rige el § 86, párrafo 3.

Por lo tanto, en el apartado 1, se castiga la incitación al odio, contra grupos, sectores de la población o individuos, pero sólo cuando se reclamen medidas violentas o arbitrarias. También el ataque a la dignidad, mediante insultos, calumnias o difamaciones malintencionadas. En ambos supuestos se requiere un peligro cierto para la paz pública.

En el apartado 2, se sancionan ciertos actos preparatorios, como el anuncio de escritos que inciten al odio o lesionen la dignidad, asociando la misma pena que a la difusión de tal material o de mensajes a través de radio o medios de telecomunicación.

En el apartado 3, se tipifica específicamente, la aprobación, negación, minimización del genocidio cometido por el nacionalsocialismo. Esta norma fue introducida por la Ley de lucha contra la criminalidad (*Verbrechensbeckämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994, con la finalidad expresa de castigar la "mentira de Auschwitz"[56].

En el apartado 4, se penaliza a quien públicamente o en una reunión, afecte a la dignidad de las víctimas, o apruebe, niegue o minimice una acción violenta o arbitraria cometida bajo el régimen nacionalsocialista, en todo caso lesionando la paz pública.

En el apartado 5 se declara aplicable lo dispuesto en el apartado 2 a los escritos que nieguen, aprueben o minimicen el genocidio

del régimen nazi, o atenten contra la dignidad de sus víctimas.

El apartado 6 contiene una remisión al § 86, párrafo 3, donde se excluye la responsabilidad penal por la difusión de propaganda de organizaciones inconstitucionales, cuando sirva para la defensa de la constitución, del arte o de la ciencia, para la investigación o la enseñanza, para informar sobre los acontecimientos de la actualidad o de la historia o tenga propósitos similares[57].

Para realizar el delito del § 130 StGB se requiere, pues, que las conductas enumeradas pongan en peligro o perturben la paz pública. La única excepción es la contemplada en el apartado 2, donde en su lugar se precisa que los escritos o mensajes inciten al odio, reclamando medidas violentas o arbitrarias contra un grupo o sus miembros o un sector de la población, o que atenten contra su dignidad. De esta forma, se entiende que el bien jurídico que se protege de forma preferente es el interés general por conseguir una vida pacífica en común dentro del estado, junto a los bienes jurídicos individuales de los miembros de la parte de la población afectada, principalmente el derecho a vivir en paz en sociedad, con especial respeto a su integridad. Asimismo, en los apartados 1 y 2 se tutela la dignidad de las personas en particular[58].

En cuanto a la puesta en peligro de la paz pública, la opinión dominante exige que la acción sea adecuada para alterarla. En este sentido, se entiende que la conducta debe poseer una "aptitud concreta" para conmover la confianza en la seguridad jurídica o para incitar a un clima psíquico, pero no se precisa la creación de un peligro concreto. Para valorar esa idoneidad la jurisprudencia tiene en cuenta el contenido del acto, el tipo, el lugar y otras circunstancias[59]. Por perturbación de la paz pública se entiende la creación de un potencial de violencia, abierta o latente, que no permite la vida en común sin tener miedo a que se lesione la integridad física, la vida o las propiedades, de manera que la parte del pueblo atacada ve convulsionada su confianza en la seguridad jurídica pública[60].

En el apartado 1 las acciones se dirigen directamente contra una parte de la población, de manera que, por ejemplo, se ha excluido a los hinchas de un equipo de fútbol, a los miembros de la "liga de izquierda antifascista", o a instituciones como la iglesia o el ejército. En cambio, se incluye a grupos políticos, profesionales, desempleados, obreros, jueces, abogados, soldados del ejército (no a éste en cuanto institución)[61]. Igualmente, se ha precisado que han de ser ataques a grupos que vivan en el país, de forma que las difamaciones dirigidas a individuos o grupos de un estado extranjero son incardinables en esta norma sólo si al mismo tiempo afectan a una parte de la población doméstica[62]. En cambio, el apartado 2 contiene un tipo genérico que no solo protege a los nacionales sino también a extranjeros[63].

En cuanto a la incitación al odio, la jurisprudencia ha señalado que esa expresión comprende toda influencia en los sentidos y pasiones, pero también en el intelecto, que sea adecuada, objetiva y subjetivamente, para influir en una parte de la población, creando un sentimiento superior al mero rechazo o desprecio y con ello produciendo una estigmatización[64]. Además, se precisa que se ha de tratar al menos de una propaganda que proporcione un terreno intelectual fértil para predisponer a excesos frente a los grupos de población afectada. Partiendo de este concepto, los Tribunales han considerado que existe tal incitación, cuando se afirma que los judíos fueron los creadores de la leyenda del exterminio para lograr la supresión política y la explotación financiera del pueblo alemán[65], en el eslogan "alemanes resistid" relacionado con la "mentira de Auschwirz", en la expresión "que revienten los judíos", así como en el uso de cruces esvásticas[66].

El ataque a la dignidad de la víctima presupone que la ofensa alcance al núcleo de la personalidad; esto es, que se cuestione su derecho a vivir en comunidad o se defienda que sea tratada de modo indigno[67].

Por otra parte, en todas las variantes delictivas es necesario dolo, si bien puede ser eventual, debiendo abarcar la idoneidad del acto para alterar la paz pública. Asimismo, en las acciones despectivas malintencionadas el dolo ha de basarse en opiniones hostiles que denigren y ofendan a alguna persona en la esfera íntima de su personalidad. En el párrafo 2, es necesaria la intención de usar o de hacer posible el uso de los escritos. Y en la minimización del apartado 3, el dolo ha de comprender tanto la falsedad de la declaración como la improcedencia absoluta de la calificación expresada. Más controvertido es el contenido del dolo en la conducta consistente en negar el genocidio. El Tribunal Supremo ha declarado que "referirse al Holocausto en su totalidad o a una parte del mismo (Auschwitz) no es relevante, sino que el autor niegue el hecho indiscutible histórico, con una obcecación revisionista"[68].

Finalmente, el apartado 6 prevé lo que se conoce como "cláusula de adecuación social", aplicable a los apartados 2 a 5 y que a juicio de la doctrina contiene una exclusión del tipo. No obstante, la relación del apartado 6 del § 130 StGB con esa disposición del apartado 3 del § 86 StGB no está clara, pues no es evidente qué acciones de esta última norma son aptas para perturbar la paz pública y, a la vez, "socialmente adecuadas". Lo mismo sucede con las conductas del apartado 4, que lesionan la dignidad humana y perturban la paz pública[69].

En suma, se penaliza desde actos preparatorios que a juicio del legislador entrañan un alto riesgo de cristalizar en actuaciones racistas, xenófobas o discriminatorias, hasta la efectiva alteración de la paz pública mediante acciones de esa naturaleza. Se entiende que en el seno de una democracia militante, como la establecida en Alemania, el estado debe atajar cualquier hecho que ponga en peligro los valores proclamados por la Constitución democrática y, en este terreno, la paz social, la dignidad y otros intereses individuales. Aun así, comprobamos que se fijan unos niveles mínimos para la intervención, precisando un peligro real para la paz pública o la lesión de la dignidad de alguna persona.

En nuestro país veremos que el Tribunal Constitucional ha rechazado que pueda regir un modelo de democracia militante. Pese a ello, en el Proyecto de reforma del Código penal se incrementa de forma notable el conjunto de conductas punibles, acatando y superando las directrices europeas y con cierta influencia, también, de la normativa alemana. En último término el núcleo reservado a la libertad de expresión no divergirá radicalmente en los dos sistemas si se aprueba la propuesta del gobierno.

4. POSTURA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— ha resuelto el conflicto entre la libertad de expresión y los demás derechos implicados en el "discurso del odio" en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[70], donde se declara el derecho de toda persona a la libertad de expresión, definiendo su contenido, así como la posibilidad de someterlo a restricciones legales[71]. Ahora bien, para limitarlo recurre también a la prohibición de abuso de derecho del artículo 17[72]. Vamos a ver que esta norma le sirve de herramienta para excluir de la libertad de expresión la negación del Holocausto, reputándolo un abuso de derecho contrario al Convenio y, por lo tanto, sujeto a la posible punición de los estados miembros.

Como he apuntado, dicho Tribunal empleó por primera vez la expresión "*Hate speech*" en el caso *Erdogdu and Ince v. Turkey* de 8 de julio de 1999[73]. En esta resolución estimó la demanda del editor de una revista y de un periodista que fueron condenados por difundir en ella propaganda separatista, por entender que su contenido no incitaba a la violencia.

La libertad de expresión, señala el TEDH, constituye uno de los principios esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso. El artículo 10 del Convenio se aplica no sólo a las opiniones e ideas consideradas inofensivas o indiferentes sino también a aquellas que ofenden o perturban. Tal es la exigencia de tolerancia y pluralismo y apertura de mente sin la cual no hay "sociedad democrática". Pero, como dispone el propio precepto esta libertad está sujeta a excepciones que deben ser fijadas estrictamente (F.J.47)[74]. Donde tales ideas incitan a la violencia contra un individuo, un cargo público o un sector de la población, la autoridad estatal dispone de un amplio margen para limitar la libertad de expresión (F.J.50). Para el Tribunal el texto impugnado no contiene ningún pasaje que pueda describirse como incitación a la violencia[75]… Las autoridades nacionales erraron al no valorar el derecho del público a ser informado acerca de la situación en el sureste de Turquía desde una perspectiva diferente a la del gobierno, sin que ello suponga una incitación a la violencia (F.J.52).

Por lo tanto, el TEDH considera que la publicación que dio lugar a la condena formaba parte de la libertad de prensa, en la medida en que no encerraba incitación a la violencia. En la fundamentación jurídica, argumenta que las opiniones ofensivas pertenecen a la libertad de expresión y, por lo tanto, no son sancionables.

En el caso *Garaudy v. France* de 24 de junio de 2003, el TEDH declaró que la negación del Holocausto no tiene encaje en el artículo 10 del Convenio. No obstante, creo importante subrayar que a juicio del Tribunal esa negación supone una grave difamación racial contra los judíos y una incitación al odio respecto a ellos. De forma que no deja fuera de la libertad de expresión una opinión relativa a un hecho histórico constatado, sino que precisamente por existir esta certeza respecto a su existencia, considera que el texto juzgado comporta aquellos efectos[76]. "El Tribunal ha mantenido, entre otras cosas, que no hay duda de que la justificación de una política pro-nazi, igual que otra expresión que ataque directamente los valores subyacentes en el Convenio no puede cobijarse bajo el artículo 10 y que hay una categoría de hechos históricos claramente establecidos —como el Holocausto— cuya negación o revisión quedaría fuera de la protección del artículo 10 en virtud del artículo 17"[77]. "Negar los delitos contra la humanidad es una de las formas más graves de difamación racial de los judíos y de incitar al odio de éstos".

En este caso el proceso versaba sobre la llamada "mentira de Auschwitz" y precisamente en este contexto el TEDH mantuvo una postura más estricta, limitando la libertad de expresión cuando las declaraciones consisten en negar la matanza de judíos practicada por el régimen nacional-socialista alemán. El Tribunal se aparta de su postura anterior y sostiene que las manifestaciones ofensivas para el honor, consistentes en la negación de ese execrable fenómeno histórico, quedan fuera de la libertad de expresión.

En el caso *Gündüz v. Turkey* de 4 de diciembre de 2003, el TEDH anuló la condena de dos años de prisión impuesta al recurrente por incitación al odio y la hostilidad sobre la base de la distinción fundada en la religión. En la sentencia se expone que dicho condenado, durante un debate emitido por televisión en el que intervino como líder de la comunidad islámica, se había pronunciado a favor de la sharia, describiendo la democracia como "impía". La Corte europea destaca que este caso se caracteriza porque el demandante fue castigado por afirmaciones clasificadas por un Tribunal nacional como "discurso del odio". A este respecto afirma que, en efecto, "en toda sociedad democrática es necesario sancionar e incluso prevenir, toda forma de expresión que incite, promueva, justifique o difunda el odio basado en la intolerancia (incluso la intolerancia religiosa), siempre que estas sanciones sean proporcionadas al objetivo perseguido legítimamente" (F.J.40). "No hay duda de que las expresiones concretas que constituyan "discurso del odio" que puedan ser ofensivas contra un individuo o grupo no están amparadas por

el artículo 10 del Convenio" (F.J.41). Pero, teniendo en cuenta la pena impuesta (F.J.42) y las circunstancias del caso (F.J.43), el TEDH estima desproporcionada la intervención estatal y declara que la condena del demandante infringió el citado precepto de la norma comunitaria (F.J.53).

En este supuesto el TEDH sigue la línea defendida en la última resolución citada, señalando que quedan fuera de la libertad de expresión, tanto los discursos que incitan, promueven, justifican o difunden el odio, como los que pueden ser ofensivos contra un grupo o sus miembros. Por ende, las expresiones ofensivas no están amparadas por el artículo 10 del Convenio.

De acuerdo con ese criterio, en el caso *Chauvy and others v. France* de 29 de junio de 2004, el TEDH confirmó la sanción aplicada al autor y al editor de un libro ("Aubrach Lyon 1943"), por entender que el contenido del texto iba más allá de la investigación histórica, revistiendo carácter difamatorio. En concreto, al tratar el episodio sucedido en Lyon en la II Guerra Mundial donde fueron arrestados varios líderes de la resistencia francesa, se apoyaba la acusación de traición vertida contra dos de ellos en un informe cuyo contenido no estaba contrastado ("Informe Barbie"). El Tribunal señala que es parte esencial de la libertad de expresión buscar la verdad histórica, sin ser función suya arbitrar estos asuntos que alimentan un continuo debate entre historiadores (F.J.69). Pero, en este caso el autor no había respetado las reglas básicas del método histórico, efectuando insinuaciones particularmente graves (F.J.77). En consecuencia, la limitación de la libertad de expresión no fue desproporcionada y no se infringió el artículo 10 del Convenio (F.J.80).

Por lo tanto, el TEDH mantiene su tesis anterior, razonando que las opiniones sobre sucesos históricos no están amparadas por el artículo 10 del Convenio cuando atentan contra el honor de alguna persona.

En el caso *Feret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009, se abordó el "discurso del odio". El Sr. Feret, presidente del partido "Frente Nacional", fue condenado por difundir, durante una campaña electoral, publicidad que incitaba a la discriminación, el odio y la violencia, por razones de raza, color u origen étnico o nacional. El TEDH mantuvo que la resolución impugnada no violó el artículo 10 del Convenio, dado que tenía el legítimo objetivo de evitar el desorden y proteger derechos. La Corte recalcó que los folletos distribuidos presentaban a las comunidades afectadas como personas con intención de delinquir, con ansias de explotar los beneficios derivados de la vida en Bélgica. De esta forma, el condenado pretendió burlarse de los inmigrantes afectados, con el riesgo inevitable de suscitar sentimientos de desconfianza, rechazo o incluso odio hacia dichos extranjeros. Señala el Tribunal que la libertad de expresión es especialmente importante durante el período electoral, pero no incluye fomentar la intolerancia. Recomendar soluciones a los problemas relacionados con la inmigración que promueven la discriminación racial, puede dar lugar a tensiones sociales y socava la confianza en las instituciones democráticas. En este caso existió la necesidad social de proteger los derechos de los miembros de la comunidad de inmigrantes, como hicieron los Tribunales belgas. La sentencia recuerda que no está comprendida en la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y hostilidad contra las minorías y los inmigrantes[78].

El TEDH refrenda la sanción de quien incita, promueve, difunde, o incluso justifica el odio, debido al racismo, la xenofobia o la intolerancia, sin requerir siquiera el riesgo de provocar respuestas concretas violentas o discriminatorias.

A mi modo de ver, la mera negación de acontecimientos históricos, por refutados que

estén y por atroces que fueran, como sin duda lo fue la matanza nazi, no entraña en sí un atentado a la dignidad de quienes sufrieron esos actos, como entiende el TEDH, sino que forma parte del núcleo esencial de la libertad de expresión. De la misma manera, la pura justificación del odio hacia ciertas personas, incluso por motivos deleznables como el racismo, no afecta a un bien penalmente relevante. Por consiguiente, estas conductas deben quedar fuera del Derecho punitivo. El principio de intervención mínima requiere que las expresiones proferidas supongan un atentado efectivo al honor, o al menos que encierren un peligro real de desencadenar actuaciones de esta clase o actos violentos. Ni siquiera debería bastar el hecho de crear sentimientos de odio en otras personas. En cualquier caso, ni la negación de sucesos pasados ni la justificación del odio hacia ciertos grupos cumplen esas exigencias, por lo que no deben ser objeto de castigo.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional español ha mantenido una postura distinta al TEDH, entendiendo como vamos a ver que la negación del genocidio no afecta a ninguno de los valores protegidos en nuestro ordenamiento.

5. DECLARACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objeto de este trabajo no es, desde luego, analizar las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia, sobre las que existen magníficos estudios en la doctrina. Sin embargo, la interpretación que ha efectuado de las normas vigentes es vital para enjuiciar las que nos presenta el Proyecto de reforma del Código penal. Por eso, meramente apuntaré de forma sintética algunas ideas que me parecen básicas en tanto condensan los presupuestos para que estas disposiciones tengan encaje en la Constitución.

La primera resolución de obligada mención, es la STC 214/1991, de 11 de noviembre, del caso conocido como "Violeta Friedman", una judía que fue conducida a *Auschwitz*, donde excepto su hermana y ella, los demás familiares fueron enviados a la cámara de gas (F.J.4º). Inicialmente, la recurrente presentó demanda ante la jurisdicción ordinaria y posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por entender vulnerado su derecho al honor, como consecuencia de un reportaje publicado en la revista "Tiempo" donde se recogían declaraciones de un ex jefe de las Waffen SS. (F.J.1). Frente al criterio mantenido por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional reconoce la posible lesión del derecho al honor de personas individuales a través de ataques a determinados colectivos, si trascienden a su miembros[79].

A continuación, realiza un juicio ponderativo entre el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1. CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE). En cuanto a las declaraciones del demandado diferencia, entre las meras opiniones y los juicios ofensivos. "*Las afirmaciones, dudas y opiniones* acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean…, *quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión* (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga…, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos" (F.J.8º).

"Pero…, el demandado no se limitó a manifestar sus dudas sobre la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis, sino que en sus declaraciones, que han de valorarse en sus conjunto, *efectuó juicios ofensivos al pueblo judío* ("… si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios…"; "… quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos, los inventan…"), manifestando, además, expresamente su deseo de que surja un nuevo Führer… *las libertades ideológica y de expresión…, no garantizan, en todo caso,*

el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) (F.J.8)[80].

Por consiguiente, el mero cuestionamiento de la actuación nazi formaba parte de la libertad de expresión. Sin embargo, la línea divisoria con la infracción penal la marcaba tan sólo el ánimo de menospreciar o discriminar a personas o grupos. Este propósito se consideraba ausente, en principio, en quien niega un hecho histórico contrastado como el Holocausto, precisándose como un elemento añadido. En realidad, parecía requerirse que las expresiones no se limiten al simple rechazo del genocidio y encierren cierta carga humillante que hiera la dignidad de los afectados, pero esta lesividad adicional no se exige abiertamente, sino únicamente la citada intencionalidad. Por otra parte, se declara suficiente el ánimo de discriminar, o sea, de tratar como inferiores a esas personas o grupos. Esto hace que la diferencia entre las opiniones ofensivas del honor y las amparadas por la libertad de expresión sea difusa, puesto que lo determinante será que el sujeto haya pretendido menospreciar o discriminar a un grupo o a sus miembros, al negar un determinado suceso. Pero las intenciones pertenecen a la esfera íntima, de forma que hará falta que esta opinión vaya acompañada de otras declaraciones efectivamente atentatorias contra el honor. En definitiva, la pura negación de hechos históricos constatados no puede entenderse en sí excluida del núcleo esencial de la libertad de expresión.

En la STC 176/1995, de 11 de diciembre, se denegó el amparo al recurrente condenado por un delito de injurias, por la publicación de un cómic, titulado "Hitler-SS", cuyos escenarios eran los campos de concentración nazis. Su lectura ponía de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, principalmente los judíos (F.J.3)[81]. "En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. *Una actitud racista,* contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente (F.J.4). A lo largo de sus casi cien páginas se habla el *lenguaje del odio, con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación*… La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, *a costa de la humillación de sus víctimas* no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional" (F.J.5)[82].

En este supuesto, a diferencia del anterior hay una verdadera humillación al pueblo judío, e incluso el lenguaje del odio utilizado conlleva una incitación directa o solapada a la violencia[83].

Ambas sentencias se refieren a hechos anteriores a 1995, cuando todavía no existían tipos específicos para prevenir el racismo y la xenofobía. Sería con la LO 4/1995, de 11 de mayo, de modificación del Código penal, cuando se introduciría el delito de apología de genocidio[84]. Por eso, en ellas se pondera el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

Aunque en un marco distinto al del racismo y la discriminación, la STC 48/2003, de 12 de marzo, que declaró la constitucionalidad de la Ley de Partidos, estableció un presupuesto capital para delimitar el núcleo del derecho fundamental a la libertad de expresión. En ella,

se da la razón al gobierno vasco, afirmando que, efectivamente, "en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de "democracia militante" en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución" (F.J.7).

La resolución decisiva en esta materia es la STC 235/2007, de 7 de noviembre, dictada en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad presentada respecto al primer inciso del artículo 607.2 del Código penal vigente, donde se sanciona "la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior", es decir, los de genocidio[85]. Como es sabido, el Tribunal declaró inconstitucional y nula la primera conducta, consistente en difundir ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio. Dice el Tribunal que, a diferencia del apartado 1, donde se precisa un dolo específico concretado en el propósito de destruir un grupo social, en el apartado 2 no se exige elemento suplementario alguno, sancionándose la difusión "neutra", con independencia de la repulsión que determinadas afirmaciones puedan causar. Las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana (F.J.6). El precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada. (F.J.7). La mera negación del genocidio tampoco puede considerarse una modalidad del "discurso del odio", entendido como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias. En consecuencia, la referida conducta permanece en el estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) (F.J.8).

Luego, la difusión de ideas o doctrinas que nieguen el genocidio sólo puede tipificarse penalmente cuando implique un menosprecio a sus víctimas o una incitación directa a la violencia. La mera transmisión de opiniones, aunque sean execrables por ser contrarias a la dignidad humana, forma parte del contenido esencial de la libertad de expresión. No obstante, la exigencia de una incitación "directa" a la violencia contrasta con la fundamentación que lleva a afirmar la constitucionalidad de la segunda modalidad prevista en el propio apartado 2, esto es, la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio. En este caso, el Tribunal señala que es constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). (F.J.9)[86]. Por consiguiente, esta conducta queda fuera del citado derecho fundamental en tanto encierra una incitación indirecta al genocidio o una provocación mediata a la violencia, el odio, o la discriminación[87].

El Tribunal Constitucional mantiene así una posición más estricta que el TEDH, por cuanto, como hemos visto, este órgano extrae de la cobertura del artículo 10 del Convenio, donde se reconoce la libertad de expresión, la negación del genocidio perpetrado por el nacional-socialismo, al entender que este hecho en sí mismo supone ya "una grave difamación racial contra los judíos y una incitación al odio respecto a ellos". Para el Tribunal español la pura negación de ese suceso histórico pertenece a la libertad de expresión y sólo será sancionable cuando, además, vaya acompañada de manifestaciones que entrañen un menosprecio hacia las víctimas, o una incitación a la violencia. Igualmente, el TEDH señala que no queda amparado por el citado precepto del Convenio el "discurso del odio", entendiendo por tal el que "incite, promueva, justifique o difunda el odio" y añade que no cubre las expresiones que "puedan ser ofensivas contra un individuo o un grupo". El Tribunal Constitucional lo define como aquel que supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias. No obstante, al evaluar la conducta de justificación pública del genocidio, admite su constitucionalidad cuando se busque una suerte de "provocación al odio", que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de discriminación. En todo caso, pues, precisa que las expresiones puedan materializarse en comportamientos violentos o discriminatorios.

Como he dicho antes, esta interpretación me parece más coherente con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal que la sustentada por la Corte europea.

6. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LOS TIPOS VIGENTES

En el Código penal actual los artículos 510 y 607.2 tipifican conductas de racismo y xenofobia, dentro de un marco punitivo más amplio donde se sancionan otras acciones discriminatorias. El primer precepto peca de una marcada falta de taxatividad que ha motivado interpretaciones contrapuestas, el segundo fue declarado parcialmente inconstitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre. Como era de esperar, ambas normas son objeto de una profunda transformación en el Proyecto de reforma del Código penal, con el fin de adecuarlas a las exigencias fijadas en esa sentencia y a las directrices europeas.

El artículo 510 CP, en el apartado 1, castiga con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, a "*los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones*, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

En el apartado 2, aplica la misma pena a "*los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones* en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

El artículo 607.2 CP sanciona con la pena de prisión de uno a dos años, *"la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo* —genocidio—, *o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos"*[88].

El origen de estas disposiciones se encuentra en los delitos de incitación a la discriminación y apología de genocidio previstos en los artículos 165 ter y 137 bis del Código penal de 1973, que fueron introducidos por la LO 4/1995, de 11 de mayo. En la Exposición de Motivos de esta norma se citaba como justificación de esos preceptos, "la proliferación en distintos países de Europa de episodios de

violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi"[89]. Su razón de ser descansaba, pues, en el propósito de impedir acciones racistas o xenófobas, situando el punto de mira especialmente en la de signo antisemita. Sin embargo, en el artículo 510.1 CP la sanción se extiende a otras conductas discriminatorias, contra grupos o asociaciones, por causas dispares que incluyen junto a las racistas y antisemitas, la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo u orientación sexual, enfermedad y minusvalía[90].

Esa ampliación del elenco de acciones típicas[91], unida a la eliminación de la mención a la apología que figuraba en las disposiciones precedentes, ha generado numerosos interrogantes en cuanto a los elementos de estos ilícitos. A ello se suma la previsión del delito de apología del genocidio del artículo 615 CP, cuyo deslinde del artículo 607 CP hace imprescindible rebajar las exigencias para completar este tipo, en sintonía con su menor penalidad[92].

En general, existe consenso en cuanto al bien jurídico protegido en esos tipos, afirmando que lo integra el derecho a la no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución[93]. Si bien, algunos autores consideran que, además, se tutela algún valor supraindividual. En concreto, se apunta la seguridad colectiva de determinadas minorías[94], y el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución[95]. Por otra parte, en relación con el artículo 607.2 CP se suele aludir a la tutela de la dignidad[96]. A mi modesto entender, estamos ante conductas que atentan contra el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y la dignidad de las personas (art. 10 CE)[97].

No obstante, respecto a la conducta sancionada en el artículo 510.2 CP, la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones, se ha debatido sobre si estamos ante un delito de injurias referido a estos colectivos[98], tutelándose el honor, o ante una acción discriminatoria[99]. Desde este punto de vista, algunos autores afirman la necesidad de que la información injuriosa tenga una mínima eficacia incitadora de comportamientos discriminadores[100]. Este componente adicional, que parece avalar la identidad penológica con el apartado anterior, tropieza en cambio con el inconveniente de discernir las conductas previstas en ambos apartados[101]. Por mi parte, creo que se trata de un atentado específico contra el honor, ubicado en esta sede por dirigirse a colectivos por razones racistas, xenófobas o discriminatorias.

El mayor punto de inflexión en estos delitos reside en la definición del concepto "provocaren" del artículo 510.1 CP y, en particular, sobre si se ha de entender con el significado normativo del artículo 18.1 CP, o en su acepción común de incitar o inducir, a la discriminación, el odio o la violencia.

En el primer sentido, se ha dicho que es necesaria una incitación directa a la comisión de un delito (de discriminación, de lesiones, de daños, etc.)[102], o con mayor precisión, de un delito de discriminación o de violencia, dejando fuera el odio que no es susceptible de regulación jurídica[103]. Otros autores, en cambio, han tomado algunas de las condiciones establecidas en el artículo 18.1, precisando que haya una incitación directa a la discriminación, el odio o la violencia, con publicidad, pero sin requerir que se provoque a cometer delitos[104]. Las dos lecturas presentan inconvenientes, una porque no se acomoda plenamente al artículo 18.1 CP al no requerirse la incitación a un delito, y otra porque la adecuación a esta norma quiebra en la provocación al odio, un sentimiento que al no ser un hecho externo, material o inmaterial, nunca puede integrar un delito, quedando fuera del Derecho. La tesis que sigue la definición del artículo 18.1 CP es positiva por su carácter restrictivo, pero desde el momento en que se penaliza la discriminación al odio me parece difícil sostener que el legislador quiso acoger ese significado normativo, incluyendo la incitación a la comisión de un delito[105]. Entiendo, por tanto, que el artículo 510.1 CP tipifica la

provocación a actos de discriminación o violencia. Ahora bien, queda por descifrar qué es la provocación al odio, teniendo en cuenta que se sitúa a la misma altura que las actuaciones anteriores.

Pues bien, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, proporciona importantes elementos de juicio para precisarlo. Obviamente, esa incitación no puede asimilarse al "discurso del odio", por cuanto se define como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia (F.J.8). Sin embargo, al examinar los tipos de negación y justificación del genocidio del artículo 607.2 CP, el Tribunal hace algunas precisiones relevantes. Primero razona la inconstitucionalidad de la primera conducta, por no afectar al bien jurídico protegido en dicha norma. A continuación, añade que, incluso si se exigiera un elemento adicional no contemplado en esa disposición, consistente en la idoneidad de dicha negación para crear una actitud de hostilidad hacia un colectivo, quebraría el juicio de proporcionalidad, puesto que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede fundar constitucionalmente una restricción tan radical de las libertades (F.J.8). Por el contrario, a propósito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, estima admisible el reproche penal, en primer lugar, cuando opere como incitación indirecta a su comisión; y, en segundo lugar, cuando con ella "se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación" (F.J.9). Por lo tanto, si en este delito menor se requiere que la provocación al odio pueda originar una atmósfera de violencia y hostilidad con capacidad para ocasionar comportamientos discriminatorios concretos, en el artículo 510.1 CP no puede ser suficiente la sola incitación al odio, es decir, la actuación dirigida a crear este sentimiento en los destinatarios. Es necesario que esa provocación sea de tal calibre que exista un peligro real de desencadenar actos violentos o discriminatorios.

Así pues, aunque se trata de un peligro de delito abstracto, donde no se sanciona la violencia o la discriminación, ni por supuesto el odio, sino la provocación a estas reacciones, es necesario examinar la acción concreta para verificar si lleva aparejada la peligrosidad indicada por el Tribunal Constitucional.

En cuanto a las otras notas que integran el concepto de provocación del artículo 18.1 CP, la incitación directa y la publicidad, considero que son requisitos típicos del artículo 510.1 CP.

La exigencia de esos presupuestos, defendida por la doctrina mayoritaria, es acorde con el principio de proporcionalidad, habida cuenta que en el artículo 510.1 CP se incrimina un acto preparatorio previo a la ejecución del delito, aplicando una penalidad de uno a tres años de prisión y multa. Además, su presencia se infiere también de una interpretación sistemática entre esa norma y el artículo 607.2 CP. En la citada STC 235/2007, de 7 de noviembre, se declara constitucionalmente legítimo el castigo de la justificación del genocidio del artículo 607.2 CP en tanto supone al menos una incitación indirecta a la comisión del genocidio o una provocación mediata a la discriminación, el odio o la violencia (F.J.9) y en este caso la pena de prisión es de uno a dos años[106]. Por lo tanto, la previsión de una sanción superior en el artículo 510 CP se corresponde con un peligro también mayor para el bien jurídico protegido. Igualmente, en dicha sentencia el Tribunal precisa que la justificación del genocidio sea pública, en consonancia con el tenor literal del artículo 607.2 CP (F.J.9). Con mayor motivo esta publicidad resulta imprescindible en el artículo 510.1 CP, donde cabe presumir que se ha omitido por ser consustancial al concepto de provocación.

Otro punto polémico ha sido la posibilidad de admitir la realización del tipo cuando la conducta se dirige a miembros individuales

de los grupos o colectivos afectados. Pero, pese a esta referencia plural contenida en la norma, pienso que ha de aceptarse esa forma de comisión, porque precisamente las acciones racistas, xenófobas o discriminatorias suelen recaer sobre sujetos concretos, si bien por su pertenencia a un determinado grupo. De suerte que la víctima soporta el ataque motivado por las características del mismo[107].

En lo que hace al artículo 607.2 CP se sucedieron las críticas, particularmente en punto a la negación del genocidio, hasta que su incriminación fue anulada por el Tribunal Constitucional[108]. El tipo sancionaba la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen los delitos de genocidio, sin exigir siquiera el ánimo de menospreciar y discriminar que según la STC 214/1991, de 11 de noviembre, constituye el estadio menor para excluir una opinión o manifestación de esa índole de la libertad de expresión. En la STC 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal argumenta que la literalidad del ilícito previsto en el artículo 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que al odio racial o antisemita se refiere, en el delito previsto en el artículo 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican el ensalzamiento de los genocidas, ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas (F.J.6). Por otra parte, rechaza que pueda afirmarse que toda negación del genocidio persigue la creación de un clima de violencia y hostilidad contra los miembros de ciertos grupos, y que siempre sea objetivamente idónea para ello. Además, como apunté, pone de relieve que incluso concurriendo este elemento no contenido en el tipo, sería insuficiente para justificar una restricción tan radical de las libertades. En consecuencia, concluye que en cuanto tal conducta no constituye ni siquiera un peligro potencial para los bienes tutelados por el artículo 607.2 CP, su inclusión comporta una vulneración de la libertad de expresión —art. 20.1 CE— (F.J.8). En cambio, sí aprecia ese elemento tendencial en la difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En este caso afirma la legitimidad del castigo penal, porque dicho comportamiento supone una incitación indirecta a la comisión del genocidio, o provoca de modo mediato, a la discriminación, el odio o la violencia (F.J.9).

Hay que advertir que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad lo constituía el primer inciso del artículo 607.2 CP, por lo que el Tribunal Constitucional no se pronunció acerca de la tercera modalidad típica, integrada por la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos (F.J.2). A mi modo de ver, la transmisión de estas opiniones debería correr la misma suerte que la primera conducta, en tanto se trata de la mera exteriorización de un deseo que ni incita a instaurar esos regímenes, ni mucho menos a realizar actos genocidas.

7. LA LUCHA CONTRA EL RACISMO Y LA XENOFOBIA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto de reforma del Código penal[109], modifica sustancialmente estos delitos tratando de adecuarlos a la STC 235/2007, de 7 de noviembre y a la Decisión Marco 2008/913/JAI, según expresa la Exposición de Motivos. Por una parte, se incorporan al artículo 510 CP las acciones tipificadas en el artículo 607.2 CP, reuniendo en una disposición todas las formas de favorecimiento o incitación al odio, la discriminación, la violencia, o de modo novedoso la hostilidad, por motivos racistas o discriminatorios. Por otra, se amplía el círculo de conductas delictivas al traspasar a ese precepto la norma comunitaria. Se adelan-

ta la barrera de protección a actos previos a esa incitación, como la confección o la posesión de material idóneo para ella. Se tipifica la negación, trivialización grave y enaltecimiento del genocidio y otros delitos contra la comunidad internacional, y el enaltecimiento y justificación de los delitos cometidos por motivos racistas o discriminatorios, así como la humillación, menosprecio o descrédito de las víctimas y la elaboración, posesión o distribución de material de esta índole. Además, se contempla la posible realización de esos hechos por medio de internet u otras redes sociales y se regula la responsabilidad de las personas jurídicas. No obstante, la punición de esos comportamientos se mantiene dentro de los lindes marcados por el Tribunal Constitucional, precisando según los casos la promoción o el favorecimiento directo o indirecto del odio, la discriminación, la violencia o la hostilidad contra un grupo o sus miembros, o el atentado a la dignidad de esas personas. Destaca también el incremento penológico operado en algunas figuras y la previsión de medidas dirigidas a borrar o eliminar los soportes utilizados en el delito o a impedir la difusión de los datos.

El presupuesto de esa regulación lo constituye la Decisión Marco 2008/913/JAI, del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. En ella se recoge un conjunto de conductas de ese carácter que todos los estados miembros deberán castigar, a las que se asocia unas penas mínimas, disponiendo que las legislaciones nacionales podrán ampliar el alcance de esas normas sancionadoras. Partiendo de esta base, el texto de reforma de nuestro Código punitivo incrementa ese número de actuaciones punibles.

A. "ARTÍCULO 510, APARTADO 1"

El artículo 510, en el apartado 1 a), castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a "*quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad*".

De esta forma, se produce un deslinde definitivo entre estas figuras y la provocación regulada en el artículo 18.1 CP. Hemos visto que en el artículo 510.1 CP vigente se sanciona a quienes "provoquen" a la discriminación, el odio y la violencia, y que esta cláusula se ha interpretado como una remisión al primer precepto, exigiendo una incitación directa a esos efectos, junto al uso de publicidad; el debate se cernía en torno al tercer requisito contenido en el artículo 18.1 CP, relativo a la incitación a un delito, debido a la dificultad de exigirlo en la provocación al odio. Con la nueva redacción se zanja esta cuestión, al admitir tanto la incitación directa como la indirecta, diferenciándose netamente de la provocación. Esta formulación es congruente con la doctrina sentada en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, donde se declara conforme a la Constitución la criminalización de ambas clases de incitación a la discriminación, el odio o la violencia.

Ahora bien, cabe presumir que se prescinde igualmente del requisito relativo a la publicidad, contenido en el artículo 18.1 CP, pues en el apartado transcrito se omite toda referencia a ese aspecto, pese a eliminarse el término "provocación" en el que se consideraba implícito. La supresión de este elemento contrasta con la elevación de la pena de prisión fijada para estas conductas, pasando de tres a cuatro años en su límite máximo. Sin embargo, el apartado 3 del artículo 510 parece confirmar que la incitación del apartado 1 a) no conlleva publicidad, en tanto dispone que "las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el

uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas". Pese a ello, entiendo que esta última precisión permite entender que las acciones tipificadas en el citado apartado 1 a) precisan un mínimo de publicidad, habida cuenta que de lo contrario la mera incitación privada, incluso indirecta, merecería una pena de prisión de hasta cuatro años más multa, una sanción a mi juicio desproporcionada[110]. Pensemos, por ejemplo, en una persona que incita sutilmente a otra a ser hostil con un tercero por ser gitano, payo, homosexual, judío, por votar a un partido de izquierdas o de derechas, etc.; imponerle una pena de prisión, con una duración de hasta cuatro años me parece totalmente excesivo. Por lo tanto, en el apartado 1 a) debe precisarse cierta publicidad, como la realización de la conducta ante una concurrencia de personas o al menos un grupo de oyentes, aplicando la mitad superior del apartado 3 tan solo cuando se empleen medios accesibles a un elevado número de sujetos, como sucede con internet.

En favor de esta lectura, juega la regulación de la citada Decisión Marco, donde se contempla como delito la "incitación pública" a la violencia o el odio (art. 1.1)[111], estableciendo que los estados miembros deberán castigarla con una pena máxima de uno a tres años como mínimo (art.3.2), sanción inferior a la establecida en el apartado 1 a) del artículo 510 CP, pese a requerir expresamente que la incitación sea "pública". Dicho esto, hay que apuntar también que en el apartado 1 b) de este precepto se sanciona con igual pena de uno a cuatro años de prisión más multa, a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, etc. escritos o cualquier clase de material o soportes idóneos para realizar la conducta del apartado 1 a). De modo que se adelanta la barrera de protección a estadios previos a la incitación y la difusión. Igualmente, en el apartado 1 c) se sanciona también la negación, trivialización grave y el enaltecimiento del genocidio, si bien en este caso cuando efectivamente promuevan o favorezcan un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Aun así, cabe pensar que en estos supuestos el dato que determina la equiparación penológica a las conductas del apartado 1 a), en las que se precisaría un mínimo de publicidad es, en el primer caso, el riesgo que entraña la preparación de soportes de carácter material, con la finalidad de difundirlos, pues estas dos notas confieren a la conducta una especial peligrosidad y, en el segundo, el efectivo favorecimiento del clima descrito. En cualquier caso, se advierte cierta desproporción penológica, por una parte, si no se exige publicidad en el apartado 1 a), por resultar desmedida la pena prevista para la incitación privada, directa o indirecta, y, por otra, si se requiere este rasgo, por aplicarse idéntica sanción a actos puramente preparatorios, como la mera posesión de determinado material, aunque sea con la intención de distribuirlo.

Siguiendo con las novedades del apartado 1 a) del artículo 510, se extiende la tipicidad a quienes fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente a la "hostilidad" contra ciertos grupos o sus miembros. Esta ampliación es coherente con el artículo 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se determina que "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley". Asimismo, sigue la postura del TEDH, que excluye de la libertad de expresión la propagación de ideas que inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesten a través del nacionalismo agresivo y la discriminación y "hostilidad contra las minorías" y los inmigrantes[112]. Por otra parte, se adecúa también a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, aunque a la luz de la interpretación establecida en ella, es necesario hacer algunas precisiones. Como hemos visto, la criminalización de la justificación pública del genocidio se declara constitucional cuando con ella se busque una suerte de provocación al odio, "que represente un

peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación". Luego, siguiendo este mismo criterio, la nueva conducta de incitación a la hostilidad ha de ser idónea para provocar actuaciones discriminatorias.

Además, no se castiga sólo a los que inciten, directa o indirecta, sino también a quienes "fomenten" o "promuevan", al odio, hostilidad, etc., acciones no recogidas en el artículo 510.1 actual ni en la Decisión Marco 2008/913/JAI. De todos modos, fomentar y promover son términos equivalentes que significan impulsar, de forma similar al verbo incitar, por lo que su superposición resulta perturbadora, máxime si pensamos que el Tribunal Constitucional precisa que la acción revista una peligrosidad suficiente como para desatar un ambiente de violencia y hostilidad que pueda traducirse en acciones concretas.

Asimismo, las conductas tipificadas en este apartado se castigan cuando se dirigen contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por su pertenencia a aquel, resolviendo en sentido afirmativo la duda suscitada en la legislación actual en torno a si la acción puede recaer en sujetos individuales integrantes de esos grupos.

Se amplían también las motivaciones sancionadas, citando el origen nacional además de la nación y la identidad sexual junto al sexo y la orientación sexual. En la mentada Decisión Marco, se nombra la raza, el color, la religión, la ascendencia[113] y el origen nacional o étnico, de manera que el elenco de causas recogidas en el apartado 1 a) del artículo 510 CP es más extenso. Por otra parte, se sustituye el concepto de "minusvalía" por el de "discapacidad", haciéndose eco de lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya Disposición adicional octava establece que las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía", se entenderán realizadas a "personas con discapacidad". Siguiendo esta directriz, la Disposición adicional primera del Proyecto, en su número 2, determina con carácter general que "todas las referencias hechas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término 'minusvalía' deben entenderse sustituidas por el término 'discapacidad'". Por otra parte, la mención a la identidad sexual pretende cubrir particularmente los casos en que el sujeto se siente perteneciente a un sexo distinto al biológico. La inclusión del origen nacional permite abarcar la discriminación producida tanto por la nacionalidad actual como por la de nacimiento. No obstante, llama la atención que se mantenga la reiteración terminológica, con la alusión a la raza y a los motivos racistas.

En el apartado 1 b) del artículo 510 se aplica idéntica pena que en la letra anterior, prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, a "*quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad*".

En la Decisión Marco 2008/913/JAI, se recoge como delito la incitación pública a la violencia o el odio, "mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales" (art. 1.1 b). Por el contrario, en el apartado 1 b) del artículo 510 se sitúa la frontera de la tipicidad en hechos previos a la difusión del material, como la posesión del mismo con la finalidad de distribuirlo, sancionándolos con el mismo castigo que la distribución efectiva, y que los actos de incitación previstos en el apartado 1 a). Me parece dudoso que esta equipa-

ración se ajuste a los dictados del principio de proporcionalidad[114]. De hecho, en el Anteproyecto se aplicaba a estas conductas una penalidad inferior a la prevista en la letra anterior (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses)[115]. Por otra parte, quien tiene en su poder material apto para fomentar el odio, la hostilidad, etc., con el fin de difundirlo, todavía no ha iniciado ninguna acción que pueda producir esos efectos, ni cabe decir que los ha provocado, directa o indirectamente. Por lo tanto, la conducta punible se encuentra en una fase anterior a la que el Tribunal ha considerado como punto de arranque para poder castigar penalmente en la legislación vigente. En el artículo 607.2 CP ha anulado la tipificación de la difusión de ideas que nieguen el genocidio, manteniendo en cambio la de aquellas que lo justifiquen por comportar incitación indirecta a la ejecución del genocidio o provocación mediata a la discriminación, el odio o la violencia.

En el apartado 1 c) del artículo 510 se atribuye igual penalidad a quienes "*nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos*"[116].

Esta norma desarrolla las previsiones de la mencionada Decisión Marco respecto a la apología pública, la negación y la trivialización flagrante de esos delitos[117]. Se vuelve a sancionar la negación del genocidio[118], si bien se extiende la punición a otros delitos contra la comunidad internacional, dejando fuera tan solo los relativos al Derecho de gentes. Pero, de acuerdo con las pautas establecidas en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, es necesario que con las conductas descritas se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, contra un grupo o alguna de las personas que lo integran. Otra vez, habría que matizar que ese ambiente ha de ser propicio para provocar actos reales de discriminación.

A diferencia de la referida norma internacional, no se condena la apología pública sino el enaltecimiento de los delitos enunciados o de sus autores. En el Anteproyecto sí se sancionaba la apología, pero el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el texto, señalaba que de acuerdo con el artículo 18 CP, la gravedad de esa conducta era cualitativamente superior a la negación o trivialización de tales crímenes. En el Proyecto se sustituyó la apología por el enaltecimiento, rebajando los presupuestos necesarios para realizar el tipo. En el artículo 18.2 CP se precisa que el ensalzamiento se haga ante una concurrencia de personas o por un medio de difusión; además, se estima delictivo únicamente cuando constituye una incitación directa a cometer el delito. En cambio, ninguna de estas dos notas se incluye en el apartado 1 c). Basta que con el enaltecimiento se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, con la precisión efectuada por el Tribunal Constitucional de que el hecho posea entidad suficiente como para ocasionar acciones discriminatorias. No se requiere, por tanto, una incitación directa a la comisión de un delito. Por otra parte, no se exige que la negación, trivialización o enaltecimiento se lleve a cabo con publicidad, condición prevista como es sabido en el artículo 607.2 CP, donde se sanciona la negación o justificación pública del genocidio con una pena muy inferior, en concreto, prisión de uno a dos años, frente a la de uno a cuatro años y multa del apartado 1 c). Ahora bien, a mi modo de ver, al igual que en el apartado 1 a) el castigo sería desproporcionado si se aplicara incluso cuando esos discursos se hagan en privado, además de lo inverosímil que resulta que una declaración personal sea capaz de provocar

un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

Pero, pese a reemplazarse la apología por el enaltecimiento, la pena se eleva sensiblemente respecto a la que como mínimo debe imponerse según la Decisión Marco en la apología pública[119]. Además, llama la atención que en el Anteproyecto la sanción establecida para la apología, negación o trivialización grave del genocidio y otros delitos contra la comunidad internacional, era de seis meses a dos años. Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial puso de relieve que la apología revestía igual gravedad que las conductas del apartado 1 a) (fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad…). En el Proyecto se suple la referencia a la apología por el enaltecimiento, pero además, se equipara penológicamente a esas conductas. Por otra parte, este aumento del castigo no alcanza sólo al enaltecimiento sino también a la negación y a la trivialización de esos delitos, pasando igualmente a sancionarse estas acciones con la misma penalidad establecida en el apartado 1 a).

A mi modo de ver, pues, las conductas tipificadas en los apartados a) y c) del artículo 510, han de presentar cierto carácter público, de manera que exista un peligro real de motivar actos concretos, en consonancia con la penalidad asignada en esos preceptos. Es verdad, no obstante, que en el apartado b) no es necesario ese presupuesto, penalizándose la mera posesión, elaboración, etc. de determinado material, pero como he apuntado el incremento de la pena de estas conductas efectuada en el Proyecto respecto a la versión original, me parece que ha dado lugar a una desproporción penológica. En cualquier caso, la aplicación de igual castigo a esas acciones preparatorias puede deberse al riesgo que se presume en ellas, por cuanto se dirigen a distribuir o difundir material escrito.

B. "ARTÍCULO 510, APARTADO 2"

El artículo 510, en el apartado 2 a) sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a, *"quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos".*

Estas conductas no se recogen en la Decisión Marco 2008/913/JAI, pero su introducción es consecuente con el papel cada vez más marcado que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la dignidad humana en la regulación de estos delitos[120], según refleja la STC 235/2007, de 7 de noviembre. En ella, el Tribunal recuerda la doctrina sentada en sus sentencias 214/1991, de 11 de noviembre, y 176/1995, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar que el artículo 20.1 de la Constitución "ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, *que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas* o un peligro para la convivencia pacífica". En esta línea afirma que, "*el amplio margen que el artículo 20.1 CE, ofrece a la difusión de ideas,* acrecentado, en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos…, *encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes* o en aquellas que incitan directamente a dichas actitudes,

constitucionalmente inaceptables" (F.J.5). Asimismo, al analizar la adecuación constitucional del tipo de negación pública del genocidio, declara que "el precepto *resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica* necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o *un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio* (F.J.7)[121].

En principio, pues, la inclusión de las acciones humillantes en esta categoría de delitos, es conforme con la opinión del Tribunal Constitucional. Además, la sanción es menor que la asignada en el apartado anterior, con lo que en principio parece respetarse la debida proporcionalidad. No obstante, en este punto pienso que las consideraciones podrían discurrir en sentido inverso. Es decir, no veo por qué ha de aplicarse una pena inferior a quien lesiona la dignidad de otra u otras personas mediante acciones humillantes, por motivos raciales o discriminatorios, que a quien por iguales razones fomenta el odio contra esas mismas personas. Es posible que en este caso ese sentimiento no llegue a materializarse en acto alguno, mientras que en el primero las víctimas ya han soportado la humillación y han visto lesionado su honor. En este sentido, me parece preferible el criterio adoptado en el Anteproyecto, donde se asignaba idéntico castigo a quienes lesionen la dignidad mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito, que a quienes fomenten, promuevan o inciten al odio, hostilidad, discriminación o violencia, contra un grupo o sus miembros, por móviles racistas o discriminatorios.

Pero, en el propio apartado 2 a) se castiga también a quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, etc., material idóneo por su carácter humillante para lesionar la dignidad de esas personas o grupos. En este supuesto, en cambio, no me parece equitativo mantener el mismo marco penológico que para quien efectivamente humilla a esos sujetos, puesto que se sancionan actos considerados peligrosos para el bien jurídico protegido, sin haberse producido todavía su lesión efectiva. Incluso, el riesgo de dañar la dignidad en el caso de la posesión del material es muy lejano.

En el apartado 2 b) también se aplica la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses, a *"quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución".*

Se castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier delito cometido contra un grupo o sus miembros, por causas racistas o por las discriminatorias previstas, o bien de los responsables de esas infracciones. Pero aquí sí se exige que la conducta se formalice por un medio de expresión pública o de difusión, manteniendo el criterio del artículo 607.2 CP, invocado también por el Tribunal Constitucional. De esta forma se distingue del enaltecimiento de los delitos contra la comunidad internacional regulados en el apartado 1 c) del artículo 510, donde no se precisa el empleo de vías de difusión, aunque sí que la conducta promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los grupos o personas afectadas. La pena de prisión prevista en este caso es de uno a cuatro años, mientras en el presente apartado oscila entre seis meses y dos años[122]. Aunque a mi juicio, según decía, también en el apartado 1 c) hace falta publicidad, atendiendo a la gravedad de la pena y a la exigencia precisamente de alentar ese clima, que difícilmente puede lograrse mediante manifestaciones puramente privadas. La ausencia de este último requisito justificaría la sanción inferior prevista en este apartado para el enaltecimiento o justificación por cauces públicos de otros delitos distintos al genocidio y crímenes contra la comunidad internacional.

Sin embargo, a continuación se incluye una previsión aplicable a todas las conductas del apartado 2 a) y b): *"Los hechos serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos".*

De esta forma se asimila a efectos punitivos el enaltecimiento de todos los delitos cometidos contra un grupo o sus integrantes, ya sea el genocidio u otros distintos, por las razones previstas, cuando con dicho ensalzamiento se dé pie a ese clima. Me parece un argumento más para entender que también la negación, trivialización grave o enaltecimiento del genocidio y de los delitos del apartado 1 c), ha de hacerse con cierta publicidad, puesto que este requisito se precisa en el apartado 2 b) para el enaltecimiento de todos los demás delitos cometidos contra esos grupos. Hay que pensar que lo que lleva a aplicar idéntica pena en ambos apartados, en virtud de la última disposición transcrita, es el favorecimiento del clima señalado y no los delitos objeto de enaltecimiento. Por lo tanto, en los dos apartados hará falta publicidad y la pena superior prevista para la negación, trivialización grave o enaltecimiento del genocidio y delitos contra la comunidad internacional, responderá a la exigencia ineludible de propiciar ese clima, prevista en el apartado 1 c).

C. "ARTÍCULO 510, APARTADOS 3, 4 Y 5"

El artículo 510, en los apartados 3 y 4, recoge dos tipos agravados. A continuación, el apartado 5 establece medidas dirigidas a la destrucción del material y a impedir el acceso a los contenidos difundidos por internet.

El apartado 3 dice lo siguiente: *"Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet, o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas".*

Se trata de una cualificación coherente con el incremento del riesgo para el bien jurídico que supone la difusión por internet de las manifestaciones efectuadas por el autor debido al extraordinario número de destinatarios, multiplicándose las probabilidades de generar el clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, o la producción efectiva de estas reacciones. A ello se suma la mayor dificultad que presenta la persecución del delito y la identificación del responsable, teniendo en cuenta que a través de la red la información puede divulgarse a distintos países.

El apartado 4 determina: *"Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado".*

La Decisión Marco 2008/913/JAI, contempla la posibilidad de que los estados miembros castiguen las conductas descritas como delito únicamente cuando se lleven a cabo de forma que bien puedan dar lugar a perturbaciones del orden público o que sean amenazadoras, abusivas o insultantes. En el Código penal alemán, vimos que se fija como presupuesto la perturbación o el riesgo para la paz pública, o el quebranto de la dignidad.

En el Proyecto, en cambio, se opta por crear esta figura cualificada, aplicable cuando el hecho sea objetivamente idóneo para perturbar la paz pública, o producir un grave sentimiento de inseguridad o temor en los miembros del grupo. En el primer caso, se fija un presupuesto distinto al de la norma europea, coincidente con el texto germano, en tanto el orden público y la paz pública no son conceptos equiparables. Como señalan VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, incluso desde una perspectiva estricta del orden público[123], entendiéndolo como orden externo y material

de la convivencia, como funcionamiento regular de esa convivencia, no equivale al de paz pública, definida como "tranquilidad y quietud", o como sosiego y buena correspondencia de unos con otros y se opone a la guerra, a las riñas y disensiones, pero no al desorden[124]. La modificación introducida en el texto de reforma es positiva, entonces, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en la medida en que proporciona una mayor certeza en cuanto a la circunstancia determinante de la agravación. Además, se incrementará igualmente el castigo cuando la acción sea apta para crear *inseguridad* o *temor* a los integrantes del grupo, conceptos mucho más difusos que el anterior y que, a mi juicio, además suscitan problemas de deslinde con los tipos básicos. Hemos visto que en muchos de ellos se precisa que la acción revista suficiente entidad para provocar ciertos efectos, como la creación de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. En este sentido, no me parece que las actuaciones propicias para causar una grave inseguridad o temor, o para crear esa esfera de perturbación, sean claramente discernibles, sino que posiblemente la conducta capaz de provocar un clima de violencia, generará a su vez un fuerte temor o inseguridad en las personas afectadas.

El apartado 5 cierra el artículo, ordenando algunas actuaciones con el objeto de impedir la difusión del contenido ilegal: "*El Juez o Tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.*

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo".

D. "ARTÍCULO 510 BIS"

En el Proyecto se introduce un nuevo artículo 510 bis, con la siguiente redacción: "*Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior cuando los hechos en él descritos fueran cometidos por quienes pertenecieren a una organización delictiva, aunque fuera de carácter transitorio.*

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el párrafo anterior".

Por lo tanto, se eleva un grado la pena cuando el sujeto activo pertenece a una organización delictiva y dos grados cuando fuera jefe, encargado o administrador de la misma. Esta regla puede dar lugar a una pena de prisión de hasta ocho años, además de la multa, en el último caso.

Como es conocido, el concepto de organización delictiva se fue forjando en la jurisprudencia a partir de la regulación relativa a los delitos contra la salud pública. En este campo, el Tribunal Supremo ha señalado que no basta la mera coparticipación de varias personas en la ejecución del delito. Se requiere que esté acreditada la intervención de un conjunto de sujetos que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, a pesar de la transitoriedad, así como la existencia de jerarquización, con distribución de funciones más o menos definida entre ellos[125]. En este sentido, se diferencia de la simple coautoría o coparticipación, al exigirse una "vocación de continuidad"[126].

No obstante, la LO 5/2010, de 22 de junio, creó un tipo independiente, el artículo 570 bis CP, dentro de los delitos contra el orden público, donde se sanciona a quienes participan, promueven, dirigen, etc., una organización criminal[127]. En el párrafo segundo del apartado 1, se especifica que "a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo

indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas"[128]. En el Proyecto se suprime esta última cláusula, en correlación con la eliminación de dichas infracciones. A este respecto, el Tribunal Supremo ha matizado que la introducción de esa regulación autónoma no significa "que la jurisprudencia anterior sobre asociaciones ilícitas de carácter criminal haya quedado sin efecto, sino que el legislador ha perfeccionado su técnica de punición, por lo que, a partir de la entrada en vigor de tal ley, la asociación criminal tendrá una interpretación más relacionada con el ámbito que le es propio, es decir, con el derecho constitucional de asociación cuando se desvía hacia fines criminales, penalizándose esas estructuras delictivas en los nuevos artículos 570 bis y ter CP"[129].

Por su parte, el artículo 570 quáter, número 2, en su párrafo segundo, establece una regla concursal respecto a los delitos previstos en los artículos 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal): "En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8".

Por lo que aquí interesa, la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, destacaba el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas que cometen delitos contra la vida o la integridad física y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales[130]. En este punto, señalaba la conveniente creación de los artículos 570 bis y ter, a fin de atajar esos comportamientos ante la escasa aplicación práctica del artículo 515 CP.

En el artículo 515 CP se prevén las asociaciones ilícitas, para las que la jurisprudencia ha exigido mayores requisitos que en la organización[131] y el apartado 5 recoge específicamente las que persiguen objetivos racistas o discriminatorios[132]. En el Proyecto esa norma se traslada al artículo 510.4 CP, definiendo como asociaciones ilícitas "las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad**".** La redacción se adecua al nuevo contenido del artículo 510, incluyendo la conducta consistente en fomentar los efectos señalados, así como la mención expresa tanto de la incitación directa como de la indirecta y la referencia a la hostilidad. Los artículos 517, 518 y 521 CP fijan las penas procedentes en función del papel desempeñado por el sujeto respecto a la organización.

Bajo la regulación vigente, se han planteado problemas concursales entre esas normas contenidas en los artículos 515.5 y 570 bis, particularmente a la luz del artículo 570 quáter, donde parece decretarse la aplicación prioritaria de la regla 4ª del artículo 8 CP, anteponiéndolo a las precedentes. Sin embargo, como señala GARCÍA ALBERO, esa remisión ha de entenderse efectuada necesariamente a todo el artículo 8 CP, prevaleciendo el artículo 515.5 por su especialidad, frente al artículo 570 bis, salvo que la organización tuviere otros fines adicionales a los enumerados en la primera norma, en cuyo caso entraría en juego esta última[133].

Pues bien, el nuevo artículo 510 bis agrava la pena cuando el delito lo comete una persona perteneciente a una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, aumentándola doblemente cuando sea jefe, encargado o administrador de la misma. Entiendo, por tanto, que en la medida en que no se precisa el tipo de organización, tanto si el sujeto pertenece a alguna de las descritas en el artículo 510.4 del Proyecto, como a cualquier otra que reúna legalmente esa condición, se aplicará sólo

el artículo 510 bis, en virtud del principio de especialidad del artículo 8.1 CP.

E. *"ARTÍCULO 510 TER"*

En el artículo 510 ter se regula la responsabilidad de las personas jurídicas: *"Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal".

La Decisión Marco 2008/913/JAI determina que los estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de las conductas delictivas señaladas en esa norma. Así pues, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 31 bis CP se decreta la imposición de una pena de multa, conforme al artículo 33.7 a) CP, permitiendo imponer, además, las penas reguladas en los apartados b) a g) del propio precepto.

El Proyecto sigue la línea adoptada en las últimas reformas del CP, principalmente la operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, introduciendo el artículo 310 bis, donde se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, autorizando igualmente la aplicación de las penas de los apartados b) a g) del artículo 33.7 CP, a excepción de la del apartado f), que en ese nuevo artículo se regula de forma particular.

NOTAS

1. El "negacionismo" supone la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente como hechos manifiestamente injustos. No obstante, se suele utilizar en referencia a los delitos de genocidio o crímenes contra la humanidad y, particularmente, en los producidos durante el régimen nacional-socialista en Alemania. Al respecto, Luther, J.: "El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008, págs. 247 y ss.

2. En algunos países, como Francia, Italia o España, han surgido los "comités de autodefensa" formados por ciudadanos que se defienden de la inseguridad ciudadana, pero que acaban en muchos casos "tomándose la justicia por su mano" contra determinados grupos de extranjeros, o nacionales con otro color de piel, drogadictos, prostitutas, etc. Borja Jiménez, E.: "Presupuestos político-criminales del nacimiento de la legislación penal contra el racismo y la xenofobia en Europa", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013, pág. 198.

3. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona, 574/203, de 11 de diciembre.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2012.

5. El Diccionario de la Real Academia Española recoge las siguientes definiciones: "Xenofobia": odio, repugnancia u hostilidad hacia los extranjeros. "Racismo": 1. Exacerbación del sentido racial de un grupo étnico, especialmente cuando convive con otro u otros. 2. Doctrina antropológica o política basada en este sentimiento y que en ocasiones ha motivado la persecución de un grupo étnico considerado como inferior. "Raza": 1. Casta o calidad del origen o linaje. 2. Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia. "Etnia": Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc. "Discriminar": 1. Seleccionar excluyendo. 2. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. "Antisemita": enemigo de la raza hebrea, de su cultura o de su influencia. Por su parte, el artículo 14 de la Constitución dispone que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discrimina-

ción alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". En el artículo 22.4 CP se recoge un catálogo más amplio, al igual que en los artículos 312 y 510 y ss.

6. El órgano europeo partía del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976), que en su artículo 20.2 establecía: "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley".

7. STC 176/1995, de 12 de enero —F.J.5—.

8. STC 235/2007, de 7 de noviembre —F.J.5—.

9. Así, la Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, define como "discurso del odio", "las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio, discriminación o violencia, por motivo de su religión *o por cualquier otro motivo"* (la cursiva es añadida).

10. Puede verse una perspectiva del Derecho comparado en, Christians, L.L.: "Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena", (http://www2.ohchr.org / english / issues / opinion / articles1920. Iccpr / docs/ViennaWorkshop BackgroundsStudy sp.pdf).

11. Al respecto, Rosenfeld, M.: "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001, págs. 2 y ss., (http://papers.ssrn.com).

12. Sobre el concepto de "libertad negativa", Berlín, I.: "Two concepts of liberty", en *Four Essays on liberty*, Oxford Ciarendon Press, 1969, págs. 121-64, 169-72, (www.web.ics.purdue.Edu).

13. STUART MILL, J.: *Sobre la libertad,* Biblioteca Edaf, Madrid, 2014, pág. 15.

14. "*Congress shall make no law abridging the freedom as speech, or of the press".*

15. Esta idea de Stuart Mill de una libertad de expresión muy amplia fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el voto particular del Juez J. Holmes en el caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919). Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, vol. 37, 1992, págs. 745 y 746, cita 9. Sobre el impacto de la concepción de libertad en sentido político de Stuart Mill en el Tribunal Supremo, Vives Antón, T.S.: "Ley, lenguaje y libertad", en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, nº 11, 2012, págs. 172 y ss.

16. Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad,* cit., pág. 15.

17. Coase, R.H.: "The market for goods and the market for ideas", en *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974, págs. 384 y ss; Ingberg, S.: "The marketplace of ideas: a legitimizing myth", en *Duke Law Journal*, nº 1, 1984, págs. 8 y ss; y, Rushton, M.: "Public funding of controversial art", en *Journal of Cultural Economics*, nº 24, 2000, pág. 278.

18. Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad,* cit., págs. 171 y ss.

19. Rosenfeld, M.: "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", en *Cardozo Law School*, cit., pág. 19.

20. Hay que destacar el gran paso que supuso la supresión del delito de "*libelo sedicioso*" (paralelo a la apología) en virtud de la doctrina constitucional sentada a partir del caso *Schenk v US* (1919), donde se fijó el standard del peligro claro y presente (las palabras han de ser de tal naturaleza y ser usadas en circunstancias tales que hayan, razonablemente, de crear un peligro claro y presente de producción de alguno de los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir). La nota de provocación a una acción ilegal inminente fue concretada en el caso *Brandenburg v. Ohio* (1969). Véase, un análisis en profundidad en, Vives Antón, T.S.: "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004, págs. 424 y ss.

21. *Chaplinski v.State of New Hampshire,* 315 U.S. 568 (1942).

22. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 747, cita 19; Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992, págs. 730 y 731; Haupt, C.E.: "Regulating hate speech – Damned if you do and damned if you don't: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches", en *Boston University International Law Journal*, nº 23, 1995, pág. 318; y, Silver, E./STEIN, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words,* (www.gvpt.umd.edu).

23. *Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949).*

24. Silver, E./Stein, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words,* (www.gvpt.umd.edu).

25. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

26. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 747.

27. *Cohen v. California,* 403, U.S. 15, 20 (1971).

28. "A la mierda el reclutamiento. Alto a la guerra".

29. Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, cit., pág. 750, cita 28.

30. Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, cit., pág. 731, cita 14.

31. *R.A.V. v. City of St. Paul* 112 S. Ct. 2538 (1992).

32. "*St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance".*

33. Commitz, E.: "Extinguishing the burning crosses: Washington's Malicious Harassment Statute in light of the issues of overbreadth and vagueness", en *Seattle University Law Review*, vol. 16, nº 1, 1992, págs. 373 y ss.

34. No obstante, un sector doctrinal matiza que al prohibir el "lenguaje del odio" la jurisprudencia no sólo quiere proteger la integridad física sino también la integridad psíquica de la persona a la que se dirige. Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, cit., pág. 740.

35. Pérez de la Fuente, O.: "Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio.* Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2010, págs. 67 y ss.

36. Al respecto, Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, nº 18, 2004, pág. 66; y, Landa Gorostiza, J.M.: "El modelo político-criminal antirracista 'sui generis' del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), vol. 73, Association Internationale de Droit Pénal, 2002, págs. 167 y ss.

37. Esta denominación es usada por el Departamento de Justicia de EEUU ("*Bureau of Justice Assistence"*), para incluir los delitos motivados, en todo o en parte, por el prejuicio del delincuente contra una raza, religión, discapacidad, orientación sexual, etnia, género o identidad de género. U. S. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. Criminal Justice Information Services Division. Uniform Crime Reporting Program. Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual, 2012, (www.fbi.gov).

38. Así, la "*Hate Crimes Statist Act*" de 1990 (28 USC § 534), recoge en esa categoría aquellos delitos que "muestran indicios de prejuicios basados en la raza, género e identidad sexual, religión, discapacidad, orientación sexual, o etnia, incluyendo donde proceda los crímenes de asesinato, homicidio intencional, violación, asalto agravado o simple, intimidación, incendios provocados y destrucción, daños o vandalismo en la propiedad".

39. Sobre el tema, Perry, B.: In the name of hate. Understanding hate crimes, Routledge, New York, 2001, págs. 7 y ss.

40. Jacobs, B./Potter, K.: *Hate crimes: Criminal law and identity politics,* Oxford University Press, New York, 1998, págs. 130 y ss.

41. Véase, sobre el binomio libertad de expresión-proporcionalidad penal, Cuerda Arnau, M.L.: "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, pág. 8, (revistas@iustel.com).

42. Previamente, en el caso *Wieman v. Updegraff* de 15 de diciembre de 1952, el Tribunal Supremo había introducido el término "chill" en un supuesto relativo a la Primera Enmienda de la Constitución. Schauer, F.: "Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect", en *Boston University Law Review*, 58 (1978), pág. 685.

43. *Gibson v. Florida Legis. Investigation Comm*., 372 U.S. 539, 556-57 (1963).

44. *Dombrowski v. Pfister,* 380 U.S. 479 (1965). Comenta esta sentencia, Schauer, F.: "Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect", en *Boston University Law Review*, cit., págs. 685 y ss.

45. Véase, Alcácer Guirao, R.: "Discurso del odio y discurso político. En defensa de las libertades de los intolerantes", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, 14-02, 2012, pág. 18, (http://criminet.ugr.es/recpc).

46. El artículo 1 de la Constitución, en su apartado 1, dispone que la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal. El apartado 2 establece que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como la base de toda comunidad, de la paz y la justicia en el mundo. Respecto a la supremacía de la dignidad sobre los demás derechos fundamentales en las declaraciones del Tribunal Constitucional alemán, Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* 2ªedición, Duke University Press, USA, 1997, págs. 298 y ss.

47. Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* cit., págs. 368 y 414.

48. Pueden consultarse algunas resoluciones al respecto en, Rosenfeld, M.: "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", en *Cardozo Law School*, cit., págs. 37 y ss.

49. www.politische-bildung-brandenburg.de/node/920.

50. Rosenfeld, M.: "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", en *Cardozo Law School*, cit., pág. 40, cita 96.

51. Un comentario a estas normas en, Bilbao Ubillos, J.M.: "La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, págs. 19 y ss.

52. BVerfGE 7, 198 (1958).

53. El Tribunal se basó en el § 826 *BGB* —Código civil—, en virtud del cual "quien de manera intencional y actuando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños causados".

54. El origen de este precepto se encuentra en el Código penal del Imperio de 1871, que en su § 130 regulaba el delito de "instigación a la lucha de clases", consistente en incitar a actos de violencia entre varias clases de la población de modo que se ponga en peligro la paz social entre ellas. La redacción actual entró en vigor el 22 de marzo de 2011. Véase, Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* 59 Auflage, Verlag. C.H, Beek, München, 2012, pág. 948; y, Luther, J.: "El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* cit., pág. 258.

55. La "*Völkerstrafgesetzbuch*" ("Ley penal del pueblo"), de 26 de junio de 2002, regula el delito de genocidio (*Völkermord*).

56. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* cit., pág. 948.

57. § 86. La difusión de propaganda de organizaciones inconstitucionales.
1) Será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con multa quien:
1. Difunda propaganda:
1. de un partido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, o de un partido o asociación, de los cuales se determina de modo incuestionable que es la organización sustitutiva de dicho partido,

2. de una asociación que está prohibida de modo incuestionable porque se dirige contra el orden constitucional o contra el buen entendimiento entre los pueblos, o se determina de modo incuestionable que es una organización sustitutiva de otra organización así prohibida, o
3. que incite en función de su contenido a continuar con los esfuerzos de una antigua organización nacional-socialista, la distribuya en el país o en el extranjero, o la produzca, facilite el acceso, la importe o exporte, o permita el acceso público al almacenamiento de datos.
2) Propaganda en el sentido del apartado 1 son aquellos escritos (§ 11 parr. 3) cuyo contenido está dirigido contra el orden fundamental libre y democrático, o contra el buen entendimiento entre los pueblos.
3) El apartado 1 no se aplicará si los medios de propaganda o el acto de información cívica sirven para la defensa de la Constitución, del arte o de la ciencia, para la investigación o la enseñanza, para informar sobre los acontecimientos de la actualidad o de la historia o tienen propósitos similares.
4) De ser la culpabilidad escasa, el Tribunal puede prescindir de la pena de conformidad con esta disposición.

58. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* cit., pág. 948; Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* 27 Auflage, Verlag. C.H.Beck, München, 2011, pág. 688; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, pág. 900.

59. BVerfG (K) NJW 09, 3503; y, BGH 16, 56, NSTZ 07, 217. Véase, Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* cit., pág. 953; Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 689; Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar;* 28 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2010, pág. 1414; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., págs. 900 y 902.

60. Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 1414.

61. Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 690; y, Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 902.

62. BGHSt 21, 371 (372). Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., págs. 902 y 903.

63. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 905.

64. BVerfG NJW 2003, 660, (662); BGH NStZ 2007, 216 (217); y, OZG Brandenburg NJW 2002, 1440 (1441) —"¡extranjeros fuera!"—. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 903. En igual dirección, Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 1410.

65. BGHSt 31, 226 (271). Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 903.

66. OLG Koblenz MDR 1977, 334. Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 903.

67. Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 690.

68. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* cit., págs. 961 y 962; y, KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* cit., pág. 690.

69. Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* cit., pág. 963.

70. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

71. Artículo 10 —Libertad de expresión—: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

72. Artículo 17 —Prohibición del abuso de derecho—: Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

73. El Tribunal destaca que los "deberes y responsabilidades" que acompañan al ejercicio del derecho a la libertad de expresión alcanzan a los profesionales de medios de comunicación y adquieren una importancia especial en situaciones de conflicto y tensión. Especial precaución debe tenerse al publicar las opiniones de los representantes de las organizaciones que recurren a la violencia contra el estado, para evitar que los medios de comunicación se conviertan en un vehículo para la difusión del *discurso de odio* y la promoción de la violencia. Al mismo tiempo, cuando estos puntos de vista no se comparten, los estados contratantes no pueden basarse en la protección de la integridad territorial o de la seguridad nacional o en la prevención de la delincuencia, para restringir el derecho del público a ser informado de ellos, recurriendo a la ley para influir en los medios de comunicación (F.J.54).

74. El Tribunal al supervisar examina si la restricción es proporcionada al objeto legítimo pretendido y si las razones alegadas por la autoridad nacional para justificar las restricciones son relevantes y suficientes (F.J.47).

75. No obstante, el Tribunal reconoce la preocupación del estado respecto a las palabras o pasajes que tienen el potencial de exacerbar la situación de seguridad en la región, dados los enfrentamientos existentes en ella desde 1985, entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los miembros del PKK (F.J.52).

76. Garaudi publicó un libro en 1995 titulado "Los mitos de la fundación del Israel moderno" (*The Founding Myths of Modern Israel)*, donde trataba el "mito de Nurenberg" y el "mito del Holocausto". En el juicio reconoció haber mantenido que nunca existieron las cámaras de gas en Alemania, ni el exterminio de los judíos, así como la cifra de seis millones de muertos. Pero, argumentó que no tenía un propósito racista sino que pretendía criticar la política de Israel.

77. El TEDH declara que la demanda no es admisible por aplicación del artículo 17. "El libro analiza hechos históricos, cuestionando la realidad, extensión y seriedad de estos sucesos, que no están sujetos a debate entre historiadores sino que están claramente establecidos. No puede haber duda que negar la realidad de hechos históricos claramente fijados tales como el Holocausto no constituye una investigación histórica. El objetivo de la aproximación que hace el libro es completamente diferente del aducido, el objetivo real es rehabilitar el régimen nacional-socialista y como consecuencia acusar a las víctimas de falsificar la historia".

78. Puede consultarse un extracto en inglés en, http://hudoc.echr.coe.int.

79. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación de Violeta Friedman aduciendo que las manifestaciones realizadas en virtud del derecho fundamental a la libertad de expresión no implicaban ofensa al honor de persona física o su familia (F.J.2). Por el contrario, el Tribunal Constitucional declara que "es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad" (F.J.6º).

80. "Así pues, de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social" (F.J.8).

81. "En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, hojeando página tras página, resulta que en él "se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de "conductas… inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales". "El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos", con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas ('animales' o 'carroña', entre otras). Así lo dice la Sentencia impugnada" (F.J.3).

82. Sobre esta resolución, Saavedra, M.: "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en *Persona y Derecho*, nº 55, 2006, págs. 547 y ss.

83. Puede verse un estudio exhaustivo de estas dos sentencias, en Cuerda Arnau, M.L.: "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en *Poder Judicial*, nº 56, 1999, págs. 97 y ss.

84. La LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, había introducido los artículos 165 y 181 bis CP, tipificando la denegación por funcionarios o particular encargado de servicio público, de prestaciones a las que se tuviera derecho por razón de su pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político, sexo, etc. Además, creó el apartado 4 del artículo 173 CP, incluyendo en el delito de asociaciones ilícitas "las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella". Ampliamente, Landa Gorostiza, J.M.: "El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), cit., págs. 167 y ss.

85. Un comentario en, Lascuraín Sánchez, J.A.: "La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010, págs. 69 y ss.; y, Martínez Sospedra, M.: "Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP", en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000, págs. 99 y ss.

86. A favor de la distinción establecida por el Tribunal entre la negación y la justificación del genocidio, Lascuraín Sánchez, J.A.: "La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, cit., págs. 74 y ss. En cambio, critica la equiparación entre la incitación directa al genocidio y la provocación mediata a la discriminación, al odio o a la violencia, Alastuey Dobón, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014, págs. 9 y 10.

87. Sobre este punto puede verse, Landa Gorostiza, J.M.: "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012, págs. 297 y ss.

88. La cursiva es añadida.

89. Sobre los precedentes legislativos, Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 1053 y ss; Gómez Martín, V.: "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión", en *InterseXiones* 4, 2013, págs. 81 y ss; y, Landa Gorostiza, J.M.*: La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001, págs. 71 y ss.

90. En el artículo 165 ter se aludía al origen racial, étnico, nacional, ideología, religión y creencias. Como apunta Borja Jiménez, la discriminación es un concepto amplio que absorbe al racismo, junto a otro tipo de conductas distintas a las meramente racistas. Las conductas racistas a las que se refieren las legislaciones europeas, vienen definidas por la desigualdad referida a los derechos fundamentales y a los planos del ámbito público de la vida social. El delincuente racista persigue restringir o suprimir cualquier reconocimiento o aplicación equitativa de esos derechos. Por otra parte, señala este autor que la exigencia de que el autor actúe movido por prejuicios racistas o discriminatorios supone la presencia de un elemento subjetivo del injusto. El problema que estos delitos plantean es que contienen ciertos elementos personales que se aproximan más al Derecho penal de autor. Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, págs. 244 y 292.

91. La inclusión de nuevos motivos de discriminación se debe en parte, a la reivindicación de diferentes colectivos, como los movimientos feministas o de homosexuales, que han luchado por obtener las mayores cotas de libertad posible. Junto a ello, hay un factor criminológico, puesto que determinados jóvenes radicales, tribus violentas, han protagonizado actos de violencia contra esos grupos. Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, cit., págs. 266 y 267.

92. El artículo 615 CP dispone que "la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en los Capítulos anteriores de este Título se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos". La modalidad menos grave de genocidio está sancionada con una pena de prisión de cuatro a ocho años (art. 607.1.5º CP), mientras que en el artículo 607.2 se contempla una pena de prisión de uno a dos años.

93. Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., págs. 73 y ss.; Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial,* cit., pág. 1054; Del Rosal Blasco, B., en Morillas Cueva, L. (Coord.): *Sistema de Derecho penal español,* Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1097; García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 52 y ss; Landa Gorostiza, J.M.*: La política criminal*

contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal, cit., pág. 132; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 841; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, pág. 800; Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 1515; y, Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1780.

94. Landa Gorostiza, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 1999, págs. 238 y ss; y, Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, cit., pág. 71. En esta dirección, también, Laurenzo Copello, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, cit., pág. 6.

95. Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996, págs. 233 y ss. Al respecto, afirma Guardiola García, que los delitos de discriminación suponen un peligro para la comunidad política en general, pues un estado social y democrático de Derecho no puede permitir que se minen sus bases sentando una desigualdad entre sus ciudadanos por razones inaceptables desde sus postulados básicos; si así lo hiciera admitiría una fractura en su seno inaceptable con el modelo socio-político que lo sustenta. Guardiola García, J.: "El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, cit., pág. 224.

96. Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2699.

97. De esta opinión, Orts Berenguer, E./González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 817.

98. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 801; Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./ Carbonell Mateu, J. *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 754.

99. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1101; y, Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* cit., pág. 1518.

100. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1101. Bernal del Castillo mantiene que la infracción atenta contra dos derechos fundamentales de la persona: el honor o reputación y el derecho a la no discriminación. Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., págs. 86 y ss.

101. García Arán, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* cit., págs. 2429 y 2430.

102. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, cit., págs. 243 y ss; y, Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* cit., pág. 1518.

103. Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./ORTS Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., págs. 753 y 754. Véase, también, Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, págs. 75 y ss; Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 800; y, Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011, págs. 616 y 617.

104. Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1056; y, Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., págs. 255 y 256. Rebollo Vargas señala que se ha de atender al artículo 18.1 CP, en el que se establece un concepto normativo de provocación, que debe consistir en la incitación directa a la discriminación, el odio o la violencia, realizada

con publicidad. A su juicio, sin embargo, no incrimina la provocación directa a delinquir con origen en los motivos expresados en el tipo, aunque sí debe ir encaminada a ejecutar conductas más o menos concretas o, por lo menos, que puedan ser calificadas como antijurídicas. Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* cit., págs. 2426 y 2427. Niegan, también, que la provocación haya de serlo a una conducta delictiva, Aguilar, M.A.: "La reforma del art. 510 del Código penal", en *La Ley Penal*, nº 86, 2011, pág. 2; y, Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, cit., pág. 69.

105. Puede verse un estudio preciso de la problemática que plantean las distintas interpretaciones en, Laurenzo Copello, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, cit., págs. 4 y 5.

106. Véase, la SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 (F.J.4); y, la STS 259/2011, de 12 de abril (F.J.2).

107. Admiten esa posibilidad, Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, cit., pág. 84; Carbonell Mateu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2003; Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos,* cit., pág. 251; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 841; Del Rosal Blasco, B., en Cobo Del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, cit., págs. 1055 y 1056; y, Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, cit., pág. 616. Rebollo Vargas, en cambio, la niega atendiendo a una interpretación literal y a una lectura sistemática, pues hay otros supuestos de discriminación personal que se castigan con menor pena que éste (arts. 314 ó 511 y 512). Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* cit., págs. 2427. También, Portilla Contreras, G.: "Delitos cometidos en el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución", en *Base de conocimiento jurídico*, pág. 1, (http:www.iustel.com); y, Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 1783.

108. Algunos autores habían abogado por interpretar dicha conducta en el sentido técnico de la definición de apología contenida en el párrafo segundo del número 1 del artículo 18, como forma de provocación, y siempre que constituye una incitación directa a cometerla, por cuanto otra interpretación podría ser inconstitucional. Carbonell Mateu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 2161. Por su parte, Borja Jiménez señalaba que el comportamiento típico debía revestir cierta virtualidad para provocar una situación de tensión previa a las actuaciones racistas más o menos violentas. BORJA Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, cit., pág. 289.

109. Aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013.

110. Alastuey Dobón critica la desvinculación operada respecto al artículo 18 CP: "Ni siquiera se exige una incitación explícita a la realización de actos concretos, dado que la incitación ya no tiene que ser directa necesariamente. No se exige tampoco que la incitación sea pública y, además, perdida la referencia de la provocación, el requisito de la publicidad ya no es posible deducirlo del artículo 18. El tenor literal permite, por tanto, el castigo de la incitación privada, además de indirecta, a sentimientos de odio u hostilidad". Laurenzo Copello, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, cit., pág. 12.

111. Artículo 1: Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas: a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico.

112. *Feret v. Belgium* de 16 de Julio de 2009.

113. Considerando (7): En la presente Decisión Marco el concepto de "ascendencia" se refiere esencialmente a las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que necesariamente puedan observarse aún todas esas características, a pesar de lo cual dichas personas o grupos de personas pueden ser objeto, debido a su ascendencia, de odio o violencia.

114. En tono crítico, también, Laurenzo Copello, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, cit., pág. 13.

115. El Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado el 13 de diciembre de 2012, recomendaba incluir en el apartado 1 esta norma, que en el texto original figuraba en el apartado 2, sancionándola con una pena inferior: "El hecho de facilitar acceso al material idóneo para fomentar, promover o incitar al odio, la violencia o la hostilidad o que entrañe humillación menosprecio o descrédito, constituye un comportamiento perfectamente subsumible en los supuestos descritos en las letras a) y b) del número uno y, de ahí que el prelegislador confiera un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas. Por ello, se estima necesario subsanar la deficiencia detectada, de manera que, al menos, los comportamientos consistentes en la efectiva distribución, venta, difusión o facilitación a terceros de los materiales o soportes sean sancionados como lo que en realidad son: actos que fomentan, promueven o incitan al odio, la hostilidad, violencia o discriminación o, en su caso, lesionan la dignidad personal".

116. En el Anteproyecto se requería que los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros Tribunales Internacionales.

117. Artículo 1. Delitos de carácter racista y xenófobo: 1. Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas:… c) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo; d) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo.

118. Álvarez García critica esta nueva tipificación de la negación del genocidio: "No hay nada más peligroso que imponer verdades históricas; es decir, obligar, bajo amenaza de pena de prisión, a entender que tales o cuales hechos sucedieron de determinada forma. En este sentido, Europa está siendo recorrida por una fiebre (impulsada por el lobby judío) de tipificación de la conducta consistente en —con unas u otras matizaciones— negar el llamado holocausto; y digo que nada más peligroso, porque las verdades de hoy pueden ser refutadas mañana y tenidas a partir de un cierto momento como falsedades. Por ello, tipicidades como la contenida en el nuevo artículo 510.1 c)…., las encuentro inoportunas (Como ejemplo, cita el relato de la "masacre en los bosques de Katyn"). "Así pues, y por mera fidelidad histórica, ¿qué sentido tiene aferrarse a un determinado relato y convertirlo en referente de los tipos penales? ¿Dónde se encuentra el bien jurídico protegido en semejante delito? ¿A qué obedece el notable incremento de la pena que se produce con el nuevo artículo 510.1 c) en relación al vigente 607.2 CP…? ¿Por negar la existencia de un genocidio y de esa forma favorecer un etéreo "clima" de "hostilidad"? Desde luego que de esta tipicidad sólo puede decirse que carece de sentido y afecta gravemente a la libertad de expresión". Álvarez García, F.J.: "La nueva reforma penal de 2013", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* nº 6, 2014, págs. 60 y 61.

119. Artículo 3.2: Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las conductas contempladas en el artículo 1 se castiguen con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo.

120. En la STC 214/1991, de 17 de diciembre, afirmaba que "la dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 C.E.), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean (F.J.8). Asimismo, en la STC 176/1995, de 11 de diciembre, se afirmaba que "la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional" (F.J.5).

121. La cursiva es añadida.

122. En el Anteproyecto se castigaban con igual pena de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses.

123. Pueden consultarse distintas acepciones del orden público, en García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* cit., págs. 1637 y ss.

124. Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./ORTS Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., Lección XLII (en CD-ROM).

125. SSTS 1579/1999, de 10 de marzo de 2000 (F.J.3); 1758/1999, de 5 de mayo de 2000 (F.J.9); 241/2003, de 11 de febrero de 2003 (F.J.3); y, 640/2004, de 20 de mayo de 2004 (F.J.4), entre otras.

126. STS 2026/2001, de 28 de noviembre de 2001 (F.J.23).

127. Un comentario a la reforma en, Luzón Cánovas, M.: "La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2011, pág. 1.

128. No obstante, en el artículo 571 CP se regulan por separado las organizaciones terroristas.

129. STS 146/2013, de 11 de febrero de 2013 (F.J.2).

130. "En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas ("Latin King", "Ñetas", "Dominicans don't Play", "Forty Two", "Trinitarios", "Bling bling"…) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de "reglas" y "leyes" propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo…) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo "lo latino"; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas".

131. La jurisprudencia ha precisado para que haya asociación ilícita, además de la nota de estabilidad y permanencia, propias también de la organización criminal, una mínima estructura asociativa y una apariencia formal que permita confundirla con las asociaciones que participan normalmente en la vida social. Tamarit Sumall, J.M. en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* cit., pág. 1538.

132. Artículo 515 CP: Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:… 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

133. García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* cit., pág. 1711. Muñoz Conde, sin embargo, se decanta por la regla de la alternatividad. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 911.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Abrams, F.: "Hate speech: the present implications of a historical dilemma", en *Villanova Law review*, vol. 37, 1992.
Aguilar, M.A.: "La reforma del art. 510 del Código penal", en *La Ley Penal*, nº 86, 2011.
Alastuey Dobón, C.: "La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas (1)", en *Diario La Ley*, nº 8245, 2014.
Alcácer Guirao, R.: "Discurso del odio y discurso político. En defensa de las libertades de los intolerantes", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Tecnología*, 14-02, 2012, (http://criminet.ugr.es/recpc).
Álvarez García, F.J.: "La nueva reforma penal de 2013", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* nº 6, 2014.

Berlín, I.: "Two concepts of liberty", en *Four Essays on liberty*, Oxford Ciarendon Press, 1969, (www.web.ics.purdue.Edu).
Bernal del Castillo, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
Bilbao Ubillos, J.M.: "La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión", en *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008.
Borja Jiménez, E.: *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
Borja Jiménez, E., en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013.
Carbonell Mateu, J.C./Vives Antón, T.S.: *Comentarios al Código penal*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
Carrasco, G.P.: "Hate speech and the First Amendment: on a collision course", en *Villanova Law Review*, vol. 37, 1992.
Christians, L.L.: "Taller de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso. Estudio para el taller sobre Europa (9 y 10 de febrero de 2011, Viena", (http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920 iccpr/docs/ViennaWorkshop BackgroundsStudy sp.pdf).
Coase, R.H.: "The market for goods and the market for ideas", en *The American Economic Review*, vol. 64, nº 2, 1974.
Committz, E.: "Extinguishing the burning crosses: Washington's Malicious Harassment Statute in light of the issues of overbreadth and vagueness", en *Seattle University Law Review*, vol. 16, nº 1, 1992.
Cuerda Arnau, M.L.: "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en *Poder Judicial*, nº 56, 1999.
Cuerda Arnau, M.L.: "Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto desaliento", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, 2007, (revistas@iustel.com).
Del Rosal Blasco, B., en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.
Del Rosal Blasco, B., en Morillas Cueva, L. (Coord.): *Sistema de Derecho penal español,* Dykinson, Madrid, 2011.
Fischer, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze,* 59 Auflage, Verlag. C.H,Beek, München, 2012.
García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al código penal español,* Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
García Álvarez, P.: *El Derecho penal y la discriminación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
García Arán, M., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
Gómez Martín, V.: "Fighting words, Auschwitzlüge y libertad de expresión", en *InterseXiones* 4, 2013.
Guardiola García, J.: "El concepto de discriminación en la legislación penal antidiscriminatoria", en García Añón, J./Ruiz Sanz, M.: *Discriminación racial y étnica*, Publicaciones de la Universitat de València, 2013.
Haupt, C.E.: "Regulating hate speech – Damned if you do and damned if you don't: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches", en *Boston University International Law Journal*, nº 23, 2005.
Ingberg, S.: "The marketplace of ideas: a legitimizing myth", en *Duke Law Journal*, nº 1, 1984.
Jacobs, B./Potter, K.: *Hate crimes: Criminal law and identity politics,* Oxford University Press, New York, 1998.
Kommers, D.P.: *Jurisprudence of the Federal Republic of Germany,* 2ªedición, Duke University Press, USA, 1997.
Kühl, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* 27 Auflage, Verlag. C.H.Beck, München, 2011.
Landa Gorostiza, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 1999.
Landa Gorostiza, J.M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho penal*, Comares, Granada, 2001.
Landa Gorostiza, J.M.: "El modelo político-criminal antirracista "sui generis" del Código penal español de 1995: una aproximación crítica", en *Revue Internationale de Droit Penal. International Review of Penal Law* (Revista de la Asociación Internacional de Derecho penal), vol. 73, Association Internationale de Droit Pénal, 2002.
Landa Gorostiza, J.M.: "Racismo, xenofobia y Estado democrático", en *Eguzkilore*, nº 18, 2004.
Landa Gorostiza, J.M.: "Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012.
Lascuraín Sánchez, J.A.: "La libertad de expresión tenía un precio. (Sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2010.
Laurenzo Copello, P.: "La discriminación en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XIX, 1996.

Laurenzo Copello, P.: "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
Lenckner, T./Sternberg-Lieben, D., en Schönke, A./Schröder, H.: *Strafgesetzbuch Kommentar;* 28 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2010.
Luther, J.: "El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008.
Luzón Cánovas, M.: "La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales", en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2011.
Martínez Sospedra, M.: "Aplastar a una serpiente en el huevo. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 607.2 del CP", en *Revista General de Derecho*, nº 664-665, 2000.
Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18 ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
Orts Berenguer, E./González Cussac, J.L.: *Compendio de Derecho penal. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
Pérez de la Fuente, O.: "Libertad de expresión y el caso del *lenguaje del odio.* Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2010.
Perry, B.: *In the name of hate. Understanding hate crimes*, Routledge, New York, 2001
Portilla Contreras, G.: "Delitos cometidos en el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución", en *Base de conocimiento jurídico*, (http:www.iustel.com).
Rebollo Vargas, R., en Córdoba Roda, J./García Arán, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Parte especial,* Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
Rodríguez Núñez, A., en Lamarca Pérez, C. (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.
Rosenfeld, M.: "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", en *Cardozo Law School*, nº 41, 2001, (http://papers.ssrn.com).
Rushton, M.: "Public funding of controversial art", en *Journal of Cultural Economics*, nº 24, 2000.
Saavedra, M.: "El lenguaje del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en *Persona y Derecho*, nº 55, 2006.
Satger, H./Schmitt, B./Widmaier, G.: *Strafgesetzbuch Kommentar,* 1 Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009.
Schauer, F.: "Fear, risk and the First Amendment: unravelling the chilling effect", en *Boston University Law Review*, 58 (1978).
Silver, E./Stein, A./Surman, T./Thompson, E.: *Fighting words,* (www.gvpt.umd.edu).
Stuart Mill, J.: *Sobre la libertad,* Biblioteca Edaf, Madrid, 2014.
Suárez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011.
Tamarit Sumalla, J.M., en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal español,* Tomo II, 6ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2011.
Tapia Ballesteros, P., en Gómez Tomillo, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
Vives Antón, T.S.: "Ley, lenguaje y libertad", en *Teoría y Derecho: revista del pensamiento jurídico*, nº 11, 2012.
Vives Antón, T.S.: "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 25, 2004.
Vives Antón, T.S./Carbonell Mateu, J.C., en Vives Antón, T.S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Fecha de recepción: 27/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

CINE DOCUMENTAL Y DERECHOS HUMANOS: DE ESQUIMALES A MILITARES
DOCUMENTARY AND HUMAN RIGHTS: FROM ESKIMOS TO MILITARY

Mario Ruiz Sanz

RESUMEN

Las relaciones entre los derechos humanos y el cine siempre han sido muy cercanas. Desde sus primeros tiempos, el cine documental es un punto de referencia para denunciar los abusos contra los derechos humanos en todos los lugares del mundo. En este trabajo, se muestra una panorámica histórica de lo que han sido las imágenes y el sonido para la cultura contemporánea sobre los derechos humanos. Desde finales del s. XIX hasta la actualidad, son mostrados, a través de películas, las posibilidades desarrolladas por el cine documental y su evolución tecnológica junto a las consecuencias e influencia sobre el espectador. La difusión fílmica de una pretendida verdad objetiva mostrada a través de la cámara cinematográfica en ocasiones se confunde con la verosimilitud, en un cine que cada vez más se transmite a través de medios alternativos al tradicional como son la informática y telemática al uso.

PALABRAS CLAVE

Cine documental, Películas, Derechos humanos, Verdad, Verosimilitud.

ABSTRACT

The relationship between human rights and cinema has been always closer. From its earliest years, documentary has become a benchmark to report abuses against human rights all around the world. In this paper, we find a historical panoramic about what images and sounds have been to the contemporary culture in relation to human rights. From the end of XXI Century until today, through the films, the possibilities developed by the documentary and its technological evolution, as well as the consequences and influence on the audience, are comprehensively explained. Sometimes, the filmic dissemination of a perceived objective truth showed by a camera is confused with credibility, in a kind of cinema which is often spread through alternative methods to the traditional ones, like ITs.

KEYWORDS

Documentary, Films, Human rights, Truth, Credibility

CINE DOCUMENTAL Y DERECHOS HUMANOS: DE ESQUIMALES A MILITARES

Mario Ruiz Sanz
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

Sumario: 1. El recuerdo audiovisual de los oprimidos. 2. Acercamiento conceptual sin garantías precisas. 3. Géneros documentales, subgéneros, pseudogéneros, metagéneros y otras elucubraciones. 4. El peregrinaje oscilante del documental: a la búsqueda de una verdad mentirosa. 5. La llegada del huracán tecnológico: el documental revisitado. 6. Pero… ¿y qué hay de los derechos humanos? 7. Si Luis García Berlanga levantara la cabeza, rodaría "Los desahucios".

"*La riqueza de poder registrar los momentos vividos por los pueblos, sus luchas, dolores y esperanzas, es gracias a la voluntad y compromiso de los movimientos de documentalistas que utilizan los avances de la ciencia y las técnicas, la aceleración del tiempo que les permite registrar momentos de la vida e historia de cada pueblo, no para detenerla, sino para que camine como la palabra entre imágenes y sonido, para hacer posible que las voces del silencio se puedan oír permaneciendo en las conciencias y la vida de cada uno.*" (Adolfo Pérez Esquivel, 2007)

1. EL RECUERDO AUDIOVISUAL DE LOS OPRIMIDOS

En el párrafo anterior escrito por el Premio Nobel de la Paz argentino y contenido en el prólogo al libro *Cine documental, memoria y derechos humanos* (Campo, J.; Dorado, C., coords.), se encuentran las claves interpretativas de lo que supone la simbiosis entre los documentales cinematográficos y su imaginario global sobre los derechos humanos. El cine y el vídeo son un medio importante para significar la memoria individual y la identidad colectiva. Al tratarse de un mecanismo informativo y didáctico, mediante el documento fílmico se pretende reflejar y expresar la realidad con el mayor margen posible de objetividad; por ello es una herramienta que contribuye a desarrollar la imaginación, la sensibilidad y las emociones. Por suerte, la representación mental que se inserta en lo más profundo de la conciencia no puede ser desprendida con facilidad. Las situaciones de abuso indiscriminado, los temores o miedos interiorizados, las injusticias sempiternas, contribuyen a fomentar una cultura de respeto hacia los derechos humanos que se manifiesta en muchas ocasiones a través de la lucha activa o pasiva por su defensa absoluta.

Las voces, lamentos y ecos de las víctimas se ven y escuchan a través de la imagen y el sonido; las visiones se esclarecen y son más diáfanas a medida que el enredo va desapare-

ciendo y el oído agudizándose. La violación de los derechos humanos aparece más real y cercana para así renovar la esperanza en que otro mundo mejor es posible, pero siendo conscientes de que cabe una existencia más cruel, despiadada y sórdida. Contra la desgracia ajena hay que revelarse con todos los métodos e instrumentos disponibles, entre los cuales está el cine como arma en respuesta al discurso del miedo con "lecciones de libertad" (De Lucas, J.: 2013, 17-22): frente a la apología del terror que enmascaran dictadores explícitos o implícitos, miserables con apariencia encantadora, mezquinos impenitentes u otros especímenes humanos de esa calaña, una respuesta firme es enfrentarse al miedo a través del arte cinematográfico.

Pero no hay que obviar las dificultades que aparecen en cualquier tiempo y lugar. En el tiempo, frente a actitudes inveteradas o con pretensión actual; en el espacio, frente a consignas en la lejanía o muy cercanas. La fuerza del documental en la opinión pública y su poder de convicción tiene una capacidad persuasiva que supera los límites de esa doble dimensión. El 19 de septiembre de 2013, un grupo de mujeres no identificadas amenazaron y hostigaron a los organizadores de un festival de cine de derechos humanos en Kirguistán con motivo de un documental sobre Azimjan Askarov, defensor de los derechos humanos arrestado y encarcelado en el 2010 por identificar y mostrar violaciones de derechos humanos durante 25 años. Actualmente cumple una sentencia a cadena perpetua dictada tras un juicio parcial durante el cual fue golpeado estando bajo custodia en la que se le denegó el acceso a un abogado. Pedían que el documental no fuera proyectado el 21 de septiembre, protestando y exclamando frases ofensivas contra los organizadores del festival. Una cámara estaba grabándolas y le exigieron a gritos que borrara sus rostros de la grabación. Al levantarse el tumulto, los políticos intervinieron y declararon que el documental podía provocar conflictos entre etnias, en contra de la opinión de los organizadores. En la edición anterior del festival del año 2012, se había prohibido proyectar un documental sobre las experiencias de personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT) en el mundo islámico, pues el filme, según la Oficina del Procurador, era "*extremista, incita al odio religioso y apunta a deshonrar a los musulmanes*". Además, los organizadores recibieron amenazas explícitas (http://www.frontlinedefenders. Org/es/node/23855).

Si un simple documental provoca tal consternación y rechazo entre sectores de la población más o menos intransigentes, sean de cualquier procedencia o signo que sean, resulta ser un estímulo, un soporte a las convicciones personales, una provocación que sirve como toque de atención para reflexionar, criticar, incitar y hasta actuar. Por todo esto, bienvenido sea ese documental y su mensaje enviado a través de una iconografía sonora.

2. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL SIN GARANTÍAS PRECISAS

Aludir a los derechos humanos supone referirse a cuestiones muy diferentes e incluso divergentes. La expresión "derechos humanos" es potencialmente vaga y ambigua por su indeterminación semántica y léxica, respectivamente. Ahora bien, ese aparente defecto congénito se torna incluso virtud al usarse en ámbitos variados con los más diversos objetivos y finalidades. Además, la imprecisión del término conduce a una hipertrofia en su uso que produce una "dialéctica de confusión" adecuada para provocar reacciones positivas (Peces-Barba, G.: 1999, 21-22). Cuando son citados los derechos humanos siempre se transmite ilusión y compromiso; por ello, la apelación a los mismos de manera intencionada, sea cual sea el modo o contexto en el que se haga, produce una emotividad saludable a pesar de que se denuncien y condenen los casos más despiadados imaginables.

No cabe desconocer que los derechos humanos siempre han estado al servicio de determinada ideología y han sido utilizados como armas semánticas de la cultura individualista y antropocéntrica del occidente europeo al menos desde la modernidad hasta nuestros días (Pérez Luño, A.E.: 1999, 22-25). Ahora bien, su propia capacidad demiúrgica y transformadora ha hecho que sobrepasen los límites del etnocentrismo europeísta disfrazado de universalismo para transcender hacia otras metas o cotas más arriesgadas. Su enorme ductilidad los ha convertido en seña de identidad de las más dispares reivindicaciones o propuestas, desde las más imperiosas o evidentes hasta las más increíbles o utópicas.

Esa riqueza conceptual no puede ser limitada por definiciones convencionales o incompletas al uso. Los problemas que afectan a su contenido, la determinación de sus titulares, su discutida universalidad o su entendimiento como idea regulativa no pueden ser límites para su comprensión (De Lucas, J.: 1994, 37 ss.). El sincretismo innato a la propia noción de derechos humanos casi obliga a no definirlos para que no pierdan fuerza expansiva. Quizás lo más sensato sea aproximarse a ellos desde la experiencia. En ese sentido, no se puede negar que son una realidad histórica, que están dotados de contenidos más o menos concretos y que se han forjado diacrónicamente a lo largo del tiempo. Por este motivo se afirma de forma sintética que los derechos humanos son pretensiones morales y exigencias políticas que buscan una juridicidad manifiesta para obtener un *status* jurídico pleno en cuanto a su protección y garantías. Los ámbitos de la moral, la política y el derecho suelen aparecer entremezclados pues si falta una parte de esta tríada, en su justa medida, probablemente estemos hablando de otra cosa distinta. Así pues, deben dar respuesta a los valores morales existentes en determinada sociedad, han de ser un factor de legitimidad del poder político y deben abrir el camino hacia la protección jurídica de todos los seres vivos. Tras ellos vienen delineadas situaciones o necesidades de carácter ético que constituyen el contenido de las instituciones políticas y jurídicas actuales. Su propia lógica interna les exige racionalidad práctica en cuanto a que han de ser capaces de adaptarse a su tiempo y espacio; una doble dimensión que los convierte en operativos e indispensables para la vida cotidiana. Sin fecha ni lugar, no tendrían ningún sentido.

Otro tanto sucede con el cine documental, que en su vertiente de protesta social está enfocado al servicio de los derechos humanos en buena medida. Su localización bidimensional tiene por finalidad dar a conocer la realidad y lo catapulta a ser considerado por algunos un genuino género cinematográfico. No obstante, tampoco queda inmune a los problemas conceptuales mencionados que afectan a su objeto de referencia: la polivalencia y versatilidad de la expresión "géneros cinematográficos" corre paralela, aunque con infinita menor repercusión, a la anunciada indefinición de los "derechos humanos". Un halo de borrosidad e indeterminación compartida gira alrededor de estos conceptos, lo que sin duda permite divagar y ejemplificar sobre la influencia del cine documental en los derechos humanos.

3. GÉNEROS DOCUMENTALES, SUBGÉNEROS, PSEUDOGÉNEROS, METAGÉNEROS Y OTRAS ELUCUBRACIONES

Los géneros cinematográficos son una prolongación de los géneros literarios llevados a la imagen y la representación textual, ejes cruciales de todo documental. El componente poliédrico de los géneros, provenientes del drama, la comedia o la tragedia clásicas, se concreta en la afirmación de que no hay un consenso general ni para establecer una clasificación de géneros ni para decidir cuáles son sus criterios diferenciadores, aunque tienen una capacidad para desempeñar de forma simultánea múltiples

operaciones y por tanto son funcionales (Altman, R.: 2000, 34; 50). Así se habla de géneros por estilo o tono (acción, aventura, catástrofe, ciencia ficción, comedia, musicales, suspense, terror, etc.), por audiencia (infantiles, juveniles, adultos, etc.), por formato (animación, mudo, sonoro, en 2D, 3D, IMAX, etc.), por ambientación (bélicos, de crímenes, deportivos, etc.) e incluso de "subgéneros" (de autor, de culto, independiente, o más extremos como el cine *gore* o *splatter*, *snuff*, *slasher*, *etc.)* y otras muchas clasificaciones casi interminables. Una excelente muestra de esta indefinición temática y estructural es el idolatrado filme de ciencia ficción *La guerra de las galaxia*s (*Star Wars*, George Lucas, 1977), que una gran parte de la crítica consideró dentro del género *western* por la imagen de Han Solo (Harrison Ford) vestido con algo similar a un chaleco, pantalones vaqueros y arma de fuego en actitud de pistolero (Altman, R.: 2000, 46-47).

Clasificar por géneros es un recurso para identificar y tipificar de forma convencional un producto fílmico en función de su temática, elementos narrativos y estilo. Supone entonces una "precomprensión" de las películas y su encuadre en parámetros temáticos, dramáticos y estilísticos para organizarse y así entenderse (Gómez García, J.A.: 2008, 26-27). Es un criterio de sistematización fílmico que no es ajeno a bastantes inconvenientes y discusiones, debido a la heterogeneidad y amplitud de fórmulas para interpretar y catalogar los filmes.

Entre estos, el documental indaga en la realidad a través del audiovisual, plantea cuestiones sociales mediante historias particulares con tendencia a su generalización en forma de archivo y memoria de las culturas, y crea una capacidad de reflexión crítica ante situaciones y acontecimientos dignos de atención. Con esa finalidad se utiliza la voz en *off* o *voice-over*, entrevistas, referencias periodísticas, semblanzas, recuerdos fotográficos u otras técnicas al uso. Es considerado por parte de la crítica un género genuino, pero su proximidad a otros géneros o subgéneros hace que a veces se manifieste con un carácter híbrido con identidad propia. En realidad, no hay géneros puros pues muchas películas pueden clasificarse en más de un tipo de temas, estilos o ambientes según los criterios que previamente se hayan establecido. Así, el documental se entremezcla en ocasiones con la comedia, el musical, el deporte o en la mayor parte de los casos con el drama e incluso con la tragedia. Esta última bipolaridad es la combinación más frecuente en su estrecha relación con los derechos humanos. Tal encadenado abre el interrogante de pensar si a partir de un supuesto género documental cabe la posibilidad de un subgénero —incluso mayoritario— sobre los derechos humanos también relacionado con otros géneros. La realidad cualitativa y cuantitativa confirma la pregunta: por supuesto que lo hay, no sin algunos problemas de comprensión.

Un ejemplo bastante claro de esta aseveración está en la combinación entre el cine documental y el *biotic* (o cine biográfico) con su punto de enclave en los derechos humanos: vidas tremendas, apabullantes e increíbles de líderes políticos, religiosos, deportistas, artistas o personas anónimas que llaman la atención por motivos humanitarios y admirables con los que enfatizar; o todo lo contrario: por actitudes mezquinas, inmisericordes y criminales, hasta genocidas, que deben repugnar. Prefiero poner algunos ejemplos de las primeras sin olvidar las segundas: las reconstrucciones biográficas de Rosa Luxemburgo (*Rosa Luxemburg*, Margarethe von Trotta, 1986), Antonio Gramsci (*Antonio Gramsci: i giorni di carcere*, Pasqualino del Fra, 1976), Flora Tristán (*Die Reise nach Lyon*, Claudia von Alemann, 1981) o la más reciente sobre Hanna Arendt (*Hanna Arent*, Margarethe von Trotta, 2013). Todos estos pseudocumentales son, desde diferentes puntos de vista, una excelente muestra de una constante, ardua y alentadora lucha por los derechos humanos.

Otro ejemplo significativo, muy próximo al anterior, es la fusión entre el cine documental y el *docudrama* (en el que se presenta la realidad con estructura dramática tal y como ocurre en ese momento) que en ocasiones de-

riva hacia el llamado *docushow* o *reality* (donde los protagonistas recrean sus historias). Salvo referencias televisivas, resulta algo más difícil encontrar largometrajes de este tipo, pero algunos afrontan con dureza la vulneración de los derechos humanos. Es el caso, por ejemplo, del filme *La historia de Lena Baker* (*The Lena Baker History*, Ralf Wilcox, 2008) sobre la primera mujer afroamericana condenada a muerte en Georgia en 1945, o *El camino a Guantánamo* (*The road of Guantánamo*, Michael Winterbotton, 2006), sobre la torturas a las que fueron sometidos ciudadanos afganos por militares estadounidenses en esa base militar debidas a un error.

En esta línea de discusión, hay críticos que sostienen que el cine documental no es un género ya que no cumple con ciertos cánones metodológicos pues no tiene estructuras deliberadas, ni estrategias comunes, ni técnicas o sistemas de trabajo coincidentes. Es cierto que el documental no aborda un número establecido de temas y no adopta una taxonomía conocida y limitada en detalles de formas, estilos o modalidades (Nichols, B.: 1991, 42). Esto mismo también sucede con otros presuntos géneros, pero en este tipo de cine no hay modelos uniformes, como hemos tenido ocasión de comprobar. Se puede recurrir a uno de tantos ejemplos terribles por su contenido; dos filmes documentales franceses que tratan sobre el mismo tema, el exterminio de los judíos por parte de los nazis, como son *Shoah "Catástrofe"* (*Shoah*, Claude Lanzmann, 1985) y *Noche y Niebla* (*Nuit et Brouillard*, Alain Resnais, 1956). Separados por el tiempo, los dos cuentan hechos del pasado, pero las decisiones tomadas por sus realizadores los ha convertido en dos producciones completamente diferentes en varios aspectos; en duración: el primero se extiende más de nueve horas y media mientras que el segundo se alarga treinta y dos minutos; en formas: el primero contiene encuestas de los que escaparon del campo de concentración, presenciaron o participaron en la masacre, el segundo no; en imágenes: el primero las tiene de archivo, el segundo no; en sonido: en el primero recita una voz en *off*, en el segundo no; además en el primero hay música, pero en el segundo no (Beceyro, R.). Eso sí, por desgracia ambos coinciden en un dato importante además del tema: el lugar siniestro donde aconteció el holocausto, los campos de concentración.

Quizás un toque de humor para compensar no vendría mal. Hay un tipo de cine documental que rompe con los cánones habituales de este tipo de filmes. Es el *mockumentary* o falso documental en el que se trata de emular el estilo propio del relato audiovisual para contar una historia no real que casi siempre busca parodiar o satirizar sobre un tema social conflictivo. Imita los códigos convencionales de la realidad aunque es una simulación ingeniosa e irreverente. Ha sido un mecanismo utilizado tanto en el cine como en la televisión, alcanzando cotas de pantalla impresionantes en este último formato visual. Hay cierta tendencia en ellos a la improvisación y al divertimento, pero por regla general se denuncian situaciones alarmantes. Para ello, se utiliza la técnica del engaño: el espectador visiona con credibilidad hasta que observa y percibe algunos detalles que alteran su convicción. Pondré un par de ejemplos desternillantes pero que producen desasosiego: *Un día sin mexicanos* (*A Day Without a Mexican*, Sergio Arau, 2004) que retrata a través de varias entrevistas hechas al azar los efectos de la desaparición repentina y sobrenatural de todos los latinoamericanos en Califormia; o *Bruno* (*Brüno*, Larry Charles, 2009) sobre un reportero de televisión austríaco, homosexual y neonazi, que hace un recorrido por los Estados Unidos de Norteamérica. Parodia, esperpento, reflexión y crítica acerada son las señas de identidad de estas producciones.

En conclusión, sobre si el cine documental es o no es un género se ha escrito y dicho en todos los sentidos. No es una cuestión ni mucho menos obvia, pero a fin de cuentas lo importante es señalar que hay una tipología y variedad abundante sobre esta modalidad de cine en relación a los derechos humanos. Y como derivación de lo anterior, se puede plantear si

las producciones sobre derechos humanos son un subgénero del cine jurídico, que a su vez es discutido como género por tratarse de una vasta categoría, muy amplia y abierta (Gómez García, J.A.: 2008, 32-36). Uno puede pensar si más bien es una contemplación cinematográfica bastarda, si no hay fronteras clasificatorias posibles en el cine y si las hubiera, que son permanentemente revisables o que la discusión siempre será inevitable y sin fin. Si a esta nebulosa se le añade el carácter esquizoide del concepto de derechos humanos, ni siquiera el razonamiento circular es una respuesta.

Para acrecentar más la duda si cabe, el provocador y fracasado *Manifiesto Dogma y su Voto de Castidad* (1995) iniciado por los directores Lars Von Trier y Thomas Vinterberg, con reglas indiscutibles cuya finalidad era luchar contra ciertas tendencias del cine actual, recoge en su postulado octavo la siguiente afirmación: "las películas de género no son válidas"… pero entonces, ¿volvemos al principio?

4. EL PEREGRINAJE OSCILANTE DEL DOCUMENTAL: A LA BÚSQUEDA DE UNA VERDAD MENTIROSA

Pues regresemos a los inicios. El cine documental surge con anterioridad al de ficción. De hecho, siempre ha estado ligado a la aparición de nuevas tecnologías y medios que le han permitido su evolución hasta nuestros días. El protodocumental aparece bien entrada la segunda mitad del siglo XIX cuando esas innovaciones técnicas convencen a sus pioneros de que otra forma de representar la realidad es posible. Se empieza a grabar imágenes aisladas, simples y de cortísima duración con instrumentos rudimentarios: personas caminando por la calle, fachadas de edificios, lugares públicos, animales en su hábitat, etc. Es el nacimiento de la realidad en movimiento transformada en atemporal. Se trata de captar y robar al tiempo su esencia. Resulta ser un gran descubrimiento que estimula los sentidos: el vuelo de los pájaros, carreras de caballos, escenas de espectáculos públicos, etc. Los rodajes primitivos cobran un carácter testimonial, lo que no abandonará nunca al documental pues se convierte en una de sus señas de identidad.

En 1895 se produce la primera vuelta de tuerca con el invento del cinematógrafo por los hermanos Lumière que ruedan en París imágenes cotidianas: la salida de los trabajadores de una fábrica, la llegada de un tren a una estación, y muchas otras. La progresiva mejora de medios técnicos supone el asentamiento de los documentales en formas y contenidos temáticos. En esta transición al siglo XX nuevos y jóvenes realizadores van añadiéndose a este reciente fenómeno estético que permite conocer y entretener al mismo tiempo, como sucedía con todas las artes predecesoras.

Pero hay una ruptura circunstancial temprana: *Nanuk el esquimal* (*Nanook of the North*, R.J. Flaherty, 1922) es considerado el primer largometraje documental de la historia del cine. A pesar de su reconocimiento y popularidad sin precedentes dentro de este tipo de producciones, muchas opiniones encontradas se han vertido sobre su naturaleza fílmica. En realidad, el estadounidense Flaherty divaga entre el documental y la ficción para mostrar la imagen de hombres y mujeres que luchaban por su supervivencia en ambientes hostiles tomando como muestra a un esquimal llamado Allakariallak y a su familia durante un año de vida cotidiana y en su ambiente, el Polo Norte. El director sale de la ambientación artificial e introduce la cámara en un entorno natural en el que no tiene más opción que engañar en parte y convencer al espectador; así acaba por recurrir a la contradicción: esquimales dirigidos como actores mezclados con actores reales, planos hermosos que se alternan (picados, contrapicados, panorámicos, generales y hasta secuenciales) para dar más profundidad y simular un tiempo real, trampas lumínicas y adaptación de los iglúes al entorno para poder grabar sin dificultad, etc. Sólo una curiosidad más que confirma lo anterior: Nyla, la mujer

esquimal de Nanuk, en realidad no era la esposa de éste sino la pareja sentimental de Flaherty. No obstante, es un documental naturalista excepcional y rompedor con todo lo anterior pues es quizás el que abre la delgada línea roja entre lo verídico y lo ficticio.

Demos una pequeña vuelta atrás. A principios del nuevo siglo hay una estabilización del cine documental con intención más o menos aséptica hasta que llegan los años veinte. Entonces se produce una nueva fragmentación, sobre todo por la irrupción de la escuela de cine rusa impulsada por la revolución de 1917. Su principal estandarte es el ucraniano Dziga Vértov (Denis Arcadevic Kaufman) que no sólo era director sino también teórico y crítico de cine, quizás el primero importante en analizar el documental como reflejo de la verdad, sin menospreciar a otros anteriores. Sus escritos son fundamentales para conocer el paso del cine documental testimonial al narrativo o textual. Sus ideas se centraban en el rechazo absoluto de la ficción, guión, ambientación, actores y música frente a la realidad inmediata, curiosamente antes de que la ficción fuese aceptada y utilizada por el cine de forma explícita, aunque hubiera otros compatriotas suyos que sutilmente jugaban con esa ficción (Kuleshow, Pudovkin, Eisenstein, etc.). Con Vértov, el documental prístino ya tenía una fundamentación teórica, basada en la idea del "cine ojo", entre otras, punto culminante del documental pretendidamente puro. Esta concepción consistía en captar la "verdad" cinematográfica a través de fragmentos contemporáneos que superaran la capacidad ocular. De esta forma tan brutal lo expresaba (Romaguera, J.; Alsina, H.: 1998, 30):

"*Pavlovskoie, una aldea próxima a Moscú. Una sesión de cine. La pequeña sala está llena de campesinos, de campesinas y de obreros de una fábrica cercana. El film Kino-Pravda* (conjunto de noticiarios de "cine verdad" dirigidos por este realizador —la aclaración es mía—) *se proyecta en la pantalla sin acompañamiento musical.*

Se oye el ruido del proyector. Un tren aparece en la pantalla. Y después una niña que camina hacia la cámara. De pronto, en la sala, suena un grito. Una mujer corre hacia la pantalla, hacia la niña. Llora. Tiende sus brazos. Llama a la niña por su nombre. Pero ésta desaparece. Y el tren desfila nuevamente por la pantalla. ¿Qué ha ocurrido?, pregunta el corresponsal obrero. Uno de los espectadores: es el cine ojo. Filmaron a la niña cuando vivía. Hace poco enfermó y murió. La mujer que se ha lanzado hacia la pantalla es su madre." (Vértov, D., *Memorias de un cineasta bolchevique*, ediciones liberales, Labor, Barcelona, 1974, o más actual en la editorial Capitán Swing libros, 2009; selección de textos y artículos algunos inéditos en castellano y publicados previamente en sus diarios y revistas desde 1922 hasta 1958).

Cine documental sin resquicios ni tapujos, directo, según el realizador incontaminado, vivido y sentido por el espectador sin concesiones. Es el pionero del conocido *cinema vérité* ("cine verdad") desarrollado en las décadas posteriores y cuya principal característica consistía en estudiar la condición humana reflejada a través de la cámara. De forma muy explícita lo explica al escribir que "*definimos la obra cinematográfica en dos palabras: el montaje del 'veo' (…) El campo visual es la vida, el material de construcción para el montaje es la vida; los decorados son la vida; los artistas son la vida.*" (Estenograma abreviado de la intervención de D. Vértov en un debate en la ARRK 11, el 26 de setiembre de 1923).

La obra cumbre de Dziga Vértov, *El hombre de la cámara* (*Celovek´s Kinoapparatom*, 1929) es un documental urbano en el que se rueda a un hombre que a su vez filma una ciudad soviética a lo largo de un día completo. En esta producción lleva a la práctica todos sus principios teóricos sobre el cine. Quizás junto a un filme documental alemán y coetáneo, *Berlín, sinfonía de una gran ciudad* (*Berlin: Die Sinfonie der Grobstandt*, Walter Ruttmann, 1929) son las dos grandes producciones que sientan las bases del cine arquitectónico urbanita.

De nuevo, la fluctuación entre realidad y ficción aparece criticada por la escuela de cine británica de los años treinta y cuarenta del siglo pasado. Con cierta línea de continuidad respecto a la escuela rusa, cineastas y críticos como John Grierson, Paul Rotha o Basil Wright vapulearon imágenes para justificar que el cine de ficción estaba alejado de la grabación documental (Nichols, B.: 1991, 33 ss.). Uno de los padres fundadores de este movimiento, el antes citado John Grierson, establece en unos artículos los "postulados del documental" (Romaguera, J.; Alsina, H.: 1998, 139-147). Tras afirmar de forma rotunda que "*Documental es una expresión torpe, pero dejémosla así…*", establece una serie de principios y postulados:

"*Primero los principios: 1) Creemos que la posibilidad que tiene el cine de moverse, de observar y seleccionar en la vida misma, puede ser explotada como una forma artística nueva y vital. Los films de estudio ignoran mayormente esta posibilidad de abrir la pantalla hacia el mundo real. Fotografían relatos actuados, contra fondos artificiales. El documental habrá de fotografiar la escena viva y el relato vivo. 2) Creemos que el actor original (o nativo) y la escena original (o nativa) son las mejores guías para una interpretación cinematográfica del mundo moderno. Dan al cine un capital mayor de material. Le dan poder sobre un millón de imágenes (…) 3) Creemos que los materiales y los relatos elegidos así al natural pueden ser mejores (más reales, en un sentido filosófico) que el artículo actuado. El gesto espontáneo tiene un valor especial en la pantalla. El cine posee una capacidad sensacional para subrayar el movimiento que la tradición ha formado o que el tiempo ha desgastado…*"

También se refiere a los postulados del documental, propiamente dichos, en referencia a la obra cinematográfica de Robert Flaherty *Nanuk el esquimal* (*Nanook of the North*), ya comentada en páginas anteriores. Y así escribe:

"*1) el documental debe recoger su material en el terreno mismo y llegar a conocerlo íntimamente para ordenarlo (…). 2) El documental debe seguirle en su distinción entre descripción y drama. Creo que descubriremos que hay otras formas de drama o, con más precisión, otras formas de cine que las que él elige…*"

Son palabras un tanto generales para catalogar el cine documental, aunque asientan algunas bases sobre cierta manera de concebir la imagen y el texto fílmico que persisten en la actualidad.

Un salto peligroso, hasta dantesco: el cine de propaganda nazi. Con antecedentes al final de la primera guerra mundial y la "catástrofe" para Alemania del Tratado de Versalles (1919) que supone la radicalización progresiva de la sociedad alemana, la maquinaria cinematográfica nazi se va perfilando. Años después, antes de la segunda guerra mundial, el aparato propagandístico del nazismo se jactaba de la capacidad de sus armas y de la humanidad de sus soldados. Con la intención de promover estas ideas, surge un cine peculiar que utiliza el registro documental para obtener sus objetivos. Bajo la influencia principal de Goebbels, admirador del cine hollywoodiense, se producen películas que ensalzan a los arios, la industria alemana y la potencia de su armamento. Con el beneplácito de Hitler, Goebbels nacionaliza toda la industria cinematográfica alemana desde el recién creado Ministerio de Propaganda. Para lograr sus intenciones, la difusión de documentales resulta fundamental. *El triunfo de la voluntad* (*Triumph des Willens*, Leni Riefensahl, 1935) es el mejor ejemplo de este tipo de producciones. Miembros del partido nacional socialista aparecen uniformados marchando y cantando melodías e himnos alemanes clásicos. Hecho por encargo directo de Adolf Hitler, se trata de un documental sobre el congreso del partido nacional socialista alemán celebrado en Nüremberg en septiembre de 1934. Se incluyen fragmentos de discursos pronunciados por varios líderes nazis, en especial las soflamas del Führer. No deja de ser una cinta impresionante. Su precisión técnica y estética queda fuera de toda duda. La directora dispuso de los más sofisticados medios cinematográficos de la época; eso sí, casi todos confiscados previamente durante el proceso de

nacionalización comentado. Su visión produce escalofríos pues se trata de un pseudonoticiario en toda su plenitud y sin parangón posible. En forzada comparación y frente a los instrumentos audiovisuales de publicidad ideológica alemanes (UFA), franceses (*Gaumont*) o italianos (*Settimana Incom*), hace de los reportajes propagandísticos y hasta folklóricos del *No-Do* español unos residuos hechos a suerte de sainete apócrifo con un protagonista también bajito de estatura y hasta "gracioso" (elegido "por la gracia de…"), lo que no tenía ninguna gracia.

No obstante y por fortuna, la caracterización cinematográfica del documental sigue cambiando a lo largo de los años. El nuevo paso significativo lo dan en las décadas siguientes algunas escuelas de cine emergentes, críticas con lo anterior, rompedoras y vanguardistas, aunque estas cualidades las tiene todo el cine desde sus inicios. No cabe detenerse en los detalles de cada una de ellas, pero se debe citar al menos el neorrealismo italiano, la *nouvelle vague* francesa, el *free cinema* inglés y el *new American cinema*. Ni más ni menos, la esencia del cine moderno que resulta imposible superar. Aunque esta miríada cinéfila de monstruos del séptimo arte tiene una impresionante e irrepetible identidad propia pues si ésta no se le concede es algo más que insultar al cine, quizás su vertiente documental no es especialmente reconocida. No obstante, en cuanto a sus escritos, algunos directores y críticos de estos movimientos ofrecían textos muy interesantes sobre la grabación documental. Puede aportarse algunos fragmentos literarios sobre este tema en concreto (Romaguera, J.; Alsina, H.: 1998: 192 ss.) en los que se comprueba que los acercamientos del cine como instrumento de representación de la realidad no se limitan a exponer su "verdad" sino a interpretarla en conciencia. Lo que sin duda antes se intuía, ahora se hace explícito ya que el documental no sólo busca los hechos pues se proyecta con el ánimo de denunciar a través de la imagen aspectos sociales y humanos deficitarios. Es el desarrollo del documental social, sin desconocer que todo el anterior no dejaba de tener una carga social y humana importante.

Con estas escuelas de cine y pensamiento se liberan prejuicios que antes se sabían pero que casi siempre habían permanecido ocultos; sobre todo respecto a dos notas importantes: el carácter ideológico del cine documental y la confusión entre lo verídico o verosímil y lo ficcional. Sobre ambos temas se ha visto y oído, se ha escrito y leído hasta la saciedad. Se puede resumir en unas pocas palabras: en relación a lo primero, no hay cine documental que no sea ideológico pues comienza en la imaginación y sensibilidad del realizador, se transcurre por los detalles fílmicos (guión, cámaras, ambientación, actores, etc.) y se termina en una elección casi siempre personal; respecto a lo segundo, en el cine no hay separación nítida entre lo real y lo ficcional pues forman parte del mismo objetivo: enseñar el mundo y sus circunstancias tal como se ve a través de una cámara ya que es imposible mostrarlo directamente. Ambas aclaraciones se unifican en cuanto a que el cine documental trata de mostrar una "verdad con intención" sin que pueda desprenderse de ella (Barnouw, E.: 2002; Perona, A.M.:, 2010; 23-40; Ruiz Sanz, M.: 2010, 162).

Así, el neorrealismo italiano, que nace un poco antes de la segunda postguerra mundial, critica ciertas circunstancias sociales de una sociedad en crisis (pobreza, desocupación, delincuencia, explotación de la mujer, etc.). El extraordinario director Roberto Rossellini comenta sobre su obra maestra *Roma, ciudad abierta* (*Roma, città aperta*, 1945) lo siguiente: "*el llamado neorrealismo se rebeló, de forma más impresionante, al mundo. De entonces acá, y desde mis primeros documentales, ha habido una sola y única línea aunque a través de diferentes caminos. No tengo fórmulas ni ideas previas, pero considerando mis films retrospectivamente, advierto sin duda elementos que son constantes en todos ellos y que van repitiéndose no programáticamente, sino con toda naturalidad (…) Luego la forma 'documental' de observar y analizar; por tanto, el continuo retorno, incluso en la documentación más estricta, a la 'fantasía', ya*

que en el hombre hay una parte que tiende a lo concreto y otra que tiende a la imaginación…" (texto publicado originalmente en la revista *Retrospettive*, núm. 4, abril de 1953).

Pongamos otro ejemplo de cómo el cine puede ser visto desde el punto de vista documental sin ser cine documental en sentido estricto. El *Free Cinema* inglés comenzó sobre el año 1956 como una reacción a las estructuras sociales británicas y una rebelión en contra de actitudes morales muy arraigadas. El movimiento surgió de la escuela documental inglesa criticando que el cine sólo fuera un entretenimiento superficial. Un poco más tarde, se vinculó al movimiento de los *angry young men* ("jóvenes airados") que profesaban ideas inconformistas desde algunas manifestaciones artísticas. Uno de sus principales instigadores, entre otras cosas realizador, productor, crítico y actor, Lindsay Anderson, director de un importante y violento filme de este movimiento, *If* (1968), redactó un largo manifiesto titulado *¡Salta y empuja!*, en el que expresaba, entre otras cosas, lo siguiente en defensa de las producciones cortas autóctonas frente a largometrajes foráneos: *"Yo quiero una Gran Bretaña en la que el cine pueda ser respetado y comprendido por todos, como parte esencial de la vida creadora de la colectividad. Y si ruedo un documental de 40 minutos de duración sobre la gente que trabaja en el mercado de Covent Garden, no quiero que se me diga que, si quiero presentarlo en las plateas británicas, tengo que recortarlo hasta dejarlo reducido a 18 minutos, por el hecho de que, este año, los films de producción norteamericana son más largos que de costumbre. Los rostros simpáticos de estos amigos nuestros merecen un lugar de honor en las pantallas de su país, y yo tengo la firme intención de luchar por una colectividad que se lo conceda.*" (texto originalmente publicado en MacGibbon and Kee, Londres, 1958).

Pero llegamos a la explosión mediática de los años setenta y ochenta del siglo XX. La implantación popular de la televisión y la posterior aparición del vídeo doméstico producen un cambio radical en el desarrollo del documental. Tal y como ha sido señalado, durante las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX y pese al aumento significativo de textos sobre cine documental, la comprobación de resultados prácticos indica que estas producciones habían decaído en cantidad. De hecho, en los años sesenta casi se limitaron a la grabación de conciertos con el señuelo de documentales (*Woodstock*; *Emerson, Like and Palmer*, *Rolling Stones*, *Led Zeppelin*, etc.). Tras la llegada y popularidad de nuevos medios de difusión sucede una transfiguración y el cine documental pasa a ser reportaje entendido como "todo trabajo documental más directamente vinculado a la actualidad" (Soler, Ll.: 1999, 28-29). A partir de entonces, comienzan a desarrollarse híbridos conscientes, alteraciones meditadas, deformaciones estudiadas u otras variedades degenerativas del medio documental: *reality shows*, competiciones televisivas en vivo, publirreportajes, etc.; a fin de cuentas, productos basura que se acercan cómodamente al espectador aunque éste sea inconsciente de ello porque son útiles, a veces, para alejarse de la monótona realidad mundana.

Pero en ocasiones esta miseria produce los efectos contrarios. De ahí una de las grandezas del documental. El primer homosexual que apareció con cierta cotidianeidad en la televisión fue en 1973 en Estados Unidos de Norteamérica. Un programa del canal PBS llamado *An American Family* realizado en 1971, se ha considerado el primer *reality show* televisivo de la historia. Se grabó de forma continua la vida diaria de la familia Loud durante varias semanas. El *reality* de doce horas de duración consiguió tal éxito que cambió la forma de hacer televisión y la imagen de la familia tradicional americana pues mostró sus circunstancias a través de la pantalla. El hijo mayor del matrimonio supuestamente bien avenido hasta entonces, Lance Loud, apareció en el serial vestido con ropa de mujer, maquillado y visitando locales *gays* sin hablar en ningún momento de su opción sexual. A mitad de la grabación, los padres de Lance, Bill y Pat, se divorciaron; pero lo que trascendió fue que a Bill, el padre, le cayeron muchas críticas por

apoyar el estilo de vida de su hijo, lo que su madre, Pat, no hacía. La proyección del *reality* ocasionó reacciones opuestas: por un lado, hubo grupos conservadores que protestaron de forma tímida porque sabían que no podían quejarse abiertamente de lo que era el retrato de la realidad y no una ficción televisiva; por otro lado, Lance se convirtió en un fenómeno de masas pues obtuvo fama y reconocimiento y así se construyó un icono gay. Incluso trabajó para revistas y dio charlas sobre su modo de vida. En cualquier caso, la ingenua sociedad norteamericana se preguntaba cómo era posible que una pareja corriente, como ellos, pudiera divorciarse y tener un hijo gay. El *New York Times* llegó a llamarle "sanguijuela extravagante" y "la flor maligna de la familia". Tras pasar bastante tiempo, en 2001 y a sus 50 años, Lance murió como consecuencia de su adicción a las anfetaminas e infectado por el VIH y el virus de la Hepatitis C. Más tarde, se recreó su historia a través del telefilme documental *Muerte de una familia americana* (*Lance Loud: A Death in an American Family*, 2003). Pat y Bill (sus padres) volvieron a vivir juntos para cumplir uno de los últimos deseos de Lance. Estas vidas se relatan en la película que lleva curiosamente por título *Cinema Verité* (S. Springer; R. Pulcini, 2011). En este caso y otros muchos, no cabe duda de que la realidad supera la ficción con creces; pero a veces sucede al contrario: la ficción supera la realidad en cuanto a que tiene mayor repercusión que esta última, quizás por desgracia.

5. LA LLEGADA DEL HURACÁN TECNOLÓGICO: EL DOCUMENTAL REVISITADO

Volvamos otra vez unos años atrás para acabar en el presente. La evolución de la tecnología ya se hizo notar desde mitad de los años cincuenta del siglo XX en los que se comenzó a utilizar el *Cinerama* o formato panorámico con cámaras y proyectores de 35 mm. Después vinieron el *3D* rudimentario, el *Cinemascope*, la *Vistavision*, el *Todd-Ad*, la *Panavision*, el *Super 8mm.*, el *Snoricam*, el nuevo *3D* o *Spacevision* hasta la aparición del *IMAX* en 1970 con el que se utilizaba una sola cámara de menor tamaño. Después les sucedieron el sistema *Steadicom*, *Showcan*, *IMAX 3D*, hasta la llegada del cine digital por primera vez utilizado en el nuevo siglo XXI (en concreto, en 2003). Todos estos formatos y sistemas contribuyeron a mejorar la calidad y las posibilidades de grabación de las películas, entre ellas de los documentales. Por ejemplo, un gran avance para este tipo de producciones supuso la llegada en 1952 del *Cinerama* o formato panorámico citado o el *IMAX* en 1970 pues se utilizó una sola cámara de menor tamaño con una alta definición de 70 mm., bastante utilizada precisamente para ampliar la visualización de la perspectiva de los documentales. Resulta obvio que la llegada de la cámara digital rompe con todas las posibilidades cinematográficas anteriores. Junto a la utilización de pequeñas y potentes cámaras de 16 mm., todo contribuye a facilitar el rodaje y ampliar las posibilidades de grabar con una facilidad inusitada. Consecuencia de ello es la progresiva proliferación de películas, sobre todo de documentales caseros. El cine alternativo y contracultural encuentra su catapulta en la realización de cortos y documentales que son críticos y hasta rompedores con aspectos de la sociedad actual. Si a ello se le une la fácil y extendida utilización de plataformas audiovisuales como *YouTube*, agregadores como *Google* o *Yahoo* y portales de redes sociales a la manera de *Facebook* o *Twitter*, entre otras posibilidades virtuales, ya no quedan palabras para explicar lo que ha sido una auténtica revolución fílmica; y mucho más que eso: una transformación vivencial o existencial.

Otro factor importante a tener en cuenta es que las filmaciones no se limitan a disponer de las mejoras técnicas, sino a otras cuestiones de contenido y del recurso a temáticas más amplias y mayores posibilidades que, de forma algo sorprendente, han elevado a los altares al cine documental. No sólo han proliferado una

cantidad abrumadora de pequeñas grabaciones colgadas en la red como consecuencia de las facilidades técnicas. Las distribuidoras de los circuitos comerciales han incorporado documentales de largo metraje con una asiduidad sin precedentes. Quizás parte de culpa de esto la tenga Michael Moore con sus producciones documentales, en especial con tres largometrajes de sonado éxito en las taquillas: *Bowling for Columbine* (2002), *Farenheit 9/11* (2004) y *Sicko* (2007). El primero de ellos muestra la presencia de armas de fuego en los Estados Unidos de Norteamérica; es un alegato en contra del uso de la violencia en los centros de educación y de rebote refleja el miedo provocado a través de los medios de comunicación. Obtuvo el premio de los *Oscar* al mejor largometraje documental y también fue premiada en el festival de cine de Cannes y con el *César* a la mejor película extranjera en 2003. El segundo (*Farenheit 9/11*) recoge desde la experiencia las causas y consecuencias de los atentados del 11-S de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica y la posterior invasión de Iraq por aquel país y Gran Bretaña. En él se expone la vinculación económica de la familia del presidente G. Bush con la de Osama ben Laden. El título hace referencia, según el director, "a la temperatura a la que arde la libertad". Fue galardonada con la *Palma de Oro* del festival de Cannes, después de transcurridos 48 años en los que un documental no la lograba (por cierto, el galardón fue para los magníficos directores franceses Jacques Costeau y Louis Malle). El tercero (*Sicko*), critica furibundamente el sistema de salud y la atención médica en los Estados Unidos de Norteamérica. Los seguros médicos, las compañías aseguradoras y farmacéuticas, las repercusiones sobre países subdesarrollados, son algunos de los temas candentes que van apareciendo en el filme. Moore declaró en una entrevista que: "*si la gente pregunta, díganles que Sicko es una comedia acerca de 45 millones de personas sin salud pública en el país más rico de la Tierra.*" Los documentales de M. Moore han tenido un éxito mediático sin precedentes con el que se ha devuelto al documental social su grandeza mediante el recurso a la ironía, la búsqueda de la empatía, la habilidad para entrevistar, la inteligencia discreta y tantas otras cosas más. No obstante, Michael Moore no ha salido indemne de las críticas pues ha sido acusado de difundir "medias verdades" a través de dudosos métodos de trabajo (E.R. Romero: 2008, 342). A pesar de ello, necesitamos más Moore(s) para que no sólo tomemos "posesión" (en la butaca del cine o en el sofá de casa) y "posición" (sobre todo, a través de expectativas de espectador) y hagamos algo más… por ejemplo, algo tan sencillo como actuar.

No cabe duda de que estas últimas cintas cinematográficas han abierto las puertas a otras muchas, ya sean superproducciones o sólo microdocumentales escondidos en el rincón más recóndito de una página *web* no consultada o de un *blog* medio abandonado. En cualquier caso, han contribuido a cambiar algo, por mínimo que sea, de la cultura actual fomentando situaciones incómodas para los poderes públicos. Quizás el ejemplo más llamativo sea el del documental *Una verdad incómoda* (*An Inconvenient Truth*, Davis Guggenheim, 2006), en el que se critica los efectos devastadores del cambio climático producidos por la actividad humana sobre nuestro planeta. La presentación la realiza Al Gore, exvicepresidente estadounidense durante el mandato demócrata de Bill Clinton. En un tono educativo y a modo de letanía, explica las consecuencias del calentamiento global mediante ejemplos gráficos donde advierte del retroceso de glaciares en los últimos siglos al mismo tiempo que aporta datos sobre la desaparición del hielo en la Antártida debida a concentraciones muy altas de dióxido de carbono. Para exponer lo anterior, se ayuda de un *power point* e intercala dibujos del creador de los Simpson. Él mismo aparece sobre un submarino nuclear que emerge del Ártico rompiendo el hielo junto a imágenes sensibleras de sus viajes, de su vida, del accidente de su hijo, etc. El llamado con anterioridad por los parlamentarios republicanos "Míster

Ozono" ya había pronunciado conferencias y escrito algún libro (*La tierra en la balanza*) donde apelaba a un discurso ecologista que ahora se confirmaba. Este filme obtuvo varios premios, entre los que destacó El *Oscar* de 2006 al mejor documental y a la mejor canción original. Pero más relevancia tuvo la concesión a Al Gore del Premio Príncipe de Asturias de Cooperación internacional y sobre todo del Premio Nobel de la Paz en octubre de 2007. No obstante este éxito sin precedentes, se ha planteado la veracidad del documental. A pesar de que la *Associated Press* contactó con expertos climatólogos y muchos de estos confirmaron los datos, tampoco han faltado sus detractores. En 2007 se realizó otro documental titulado *La gran estafa del calentamiento global* en el que aparecen otros expertos en el tema cuya opinión es contraria a las explicaciones y comentarios de Al Gore. Además, algunos ecologistas hicieron críticas muy profundas al documental. El tono propagandístico y publicitario y la exaltación en ocasiones nada comedida de su protagonista, que no parece ser del cambio climático, no recorta méritos a la importante difusión que tuvo esta película que incluso llegó a ser distribuida adjunta a un ejemplar del *National Geographic*. Sólo la amplísima difusión del documental es un síntoma de las posibilidades de concienciación que tienen estos medios audiovisuales, aunque por infortunio muchas veces sólo se quedan en eso.

Pero no todo debe de ser euforia desmedida. Cabe centrarnos ahora en las pequeñas producciones documentales. Siempre, como en casi todas las cosas, hay inconvenientes y vicios. La inocencia fetichista no tiene límites. Todos los artefactos eternamente susceptibles de perfección que son objeto del deseo y hasta de la obsesión, nos perturban la vida habitual aunque no lo reconozcamos. La ciega fascinación por las máquinas e instrumentos sofisticados resulta alentador para obtener nuestras pasiones más recónditas y sombrías. Los poderosos y burócratas digitales lo saben, pues tienen recursos estratégicos para conseguir lo que persiguen; por este motivo, la digitalización del espacio creativo es un peligro disfrazado. Ahí viene una contradicción insalvable: recurrir a la tecnología capitalista para criticar formas de capitalismo atroz y destructor, muchas veces con inocencia mimética pero en otras con intención hipócrita.

En este sentido, ya ni los propios medios de comunicación pretenden, al difundir informaciones supuestamente verídicas, descubrir la verdad y ni siquiera aproximarse a ella. No existen las certezas documentales. La democratización audiovisual ha liberado en parte la dependencia económica, pero en cambio ha sufrido los envites de la presión tecnológica que no deja de ser por otra parte un disfraz crematístico. La consecuencia de todo esto es dramática: la vigilancia y el control de nuestras vidas oprime los espacios de libertad por parte del poder político y económico que nos ofrece seguridad y protección frente a lo desconocido. El *Panopticon* de Bentham renace globalizado ya que asumimos con naturalidad pasmosa la autovigilancia y el autocontrol; y eso mismo es lo que le sucede a la imagen documental, que se convierte en instrumento de vigilancia y control de su propio autor (Rendueles, C.: 2013, 20-29; Romero, E.G.: 2008, 243). De esta manera y con una clara intención manipuladora, se ha potenciado y publicitado exponencialmente las filmaciones entre personas a través de pequeños pero sofisticados móviles, microordenadores, tabletas, todo tipo de utensilios cibernéticos u otros objetos al uso. Un sugerente ejemplo de esto es el surgimiento de la personalidad *selfie* de todos aquellos que se autorretratan y autograban creando formas de pseudocumental narcisista en el que el único protagonista es uno mismo. Así el documental cobra vida mientras que el individuo pierde libertad; al mismo tiempo que el documental se muere, el esperpento resucita; el documental deja de ser cine verídico para convertirse en cámara de vigilancia… ¿y después qué vendrá? Pues no lo sabemos y quizás mejor no saberlo.

6. PERO… ¿Y QUÉ HAY DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Todo eso y más pues los derechos humanos son mucho más que eso.

Quizás todo lo anterior también le está sucediendo a los derechos humanos vistos y oídos a través de la filmación documental. Tal y como antes se advertía, denunciar abusos y aberraciones de todo tipo usando un instrumental patentado por empresas, generalmente multinacionales, que de alguna manera contribuyen por acción u omisión a que se toleren tales abusos, resulta contradictorio en el caso del recurso a plataformas o medios *on-line* controlados y distribuidos por imperios económicos y financieros, tal y como sucede con los citados *Google*, *Yahoo* o *YouTube*, entre otros. Un argumento circular que como tal, no tiene solución posible y que siempre se ha dado en el cine o en las otras artes y probablemente continuará dándose en todos los ámbitos de la vida, pero que ahora y de momento se agrava de forma descomunal.

De otro lado, no todo son contrariedades, por fortuna: el punto de vista positivo está en el entusiasmo y el compromiso con el que se acepta la creación, difusión o visualización de materiales cinematográficos aunque sean de escasa calidad respecto a sus formas o contenidos. Esa es la grandeza intrínseca al cine en todas sus facetas: la elección personal, la capacidad crítica, la libertad irrenunciable para elegir, o como decía acertadamente un director francés absolutamente genial: "*Tu imaginación apuntará menos a los acontecimientos que a los sentimientos, queriendo siempre que estos sean lo más documental posible (…) Lo real en bruto no dará por sí mismo lo verdadero*." (Robert Bresson, *Notas sobre el cinematógrafo*, Gallimard, París, 1975) o también otro realizador francés no menos genial se refería a que "*el cine es el arte de la mentira*" (Jean Luc Godard en el cortometraje *L´amour*, 1969; Soler, Ll.: 1999, 23). Esa es la esencia y la razón de ser de esta clase de cine: documentar sin que importe la verdad, incluso mentir si es necesario.

Volvamos atrás de nuevo en ese eterno retorno que iniciamos al comienzo de estas páginas. La indefinición del cine documental así como de los derechos humanos, más su amplitud e imposible reducción conceptual, lleva a plantearse si hay una posible exposición temática susceptible de ser organizada tanto de uno como de los otros. Por lo ya comentado, parece que no. Una vez observada la trayectoria histórica de ambos y en un intento analítico de aproximación casi desesperado, no se puede ser innovador aunque se quisiera. Así los derechos humanos aparecen de forma mayoritaria en el cine documental a través de tres tipos de manifestaciones que se pueden hacer coincidir con las clasificaciones jurídicas más comunes de índole pedagógica y aceptadas en su desarrollo a partir de la Modernidad. A saber: el asentamiento de los derechos civiles y políticos, la insuficiencia de garantías de los derechos económicos y sociales, la comprensión de derechos emergentes o de nuevos derechos, etc. No obstante, tan poca originalidad se redime y expía al aceptar la imposibilidad de su sistematización mediante una premisa indiscutible y reasuntiva: todos los derechos humanos presentes y futuros son susceptibles de ser tratados por el cine documental; para ello sólo hace falta imaginación, fuerza e ilusión.

Incluso resulta complicado establecer una línea temática de documentales sobre los derechos humanos, pues las cláusulas identificadoras de los mismos son imposibles. Si hay que señalar algunas, pueden mencionarse tres básicas relacionadas con los derechos humanos que en bastantes ocasiones aparecen entrelazadas: a) documentales naturalistas (medio ambiente y desastres ecológicos, etnias exóticas, comunidades indígenas, lugares paradisíacos, animales en su medio natural, etc.); b) documentales políticos (pueblos sin estado, minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, regímenes totalitarios y dictaduras militares, gobiernos o líderes corruptos, grupos discriminados, poblaciones exterminadas, genocidios y magnicidios, etc.); c) documentales sociales (situaciones de pobreza, escasez o falta de vivienda, hambre, carencias

en sanidad, graves deficiencias en educación, problemas y taras en inmigración, conflictos de género, etc.); y d) una categoría residual donde debe entrar todo lo demás, pues cualquier cosa es susceptible de desamparo y necesidad de protección. No obstante, es imposible delimitar esta congerie de aspectos y ámbitos de la realidad tan intrincados entre sí y unidos por una misma intención: la denuncia y posterior reivindicación de unas condiciones de vida adecuadas, saludables e incluso felices.

El documental cinematográfico sobre derechos humanos, sea el ejemplo que sea, tiene el mismo objetivo fundamental que la literatura, o en concreto la novela: crear "torrentes de emoción" e "imaginar la igualdad". Se trata de sentir una empatía, comprender la subjetividad de los demás e imaginar las experiencias internas como propias (Hunt, L.: 2007, 35 ss.; 39). Con esta finalidad, se utilizan todo tipo de recursos que alejan al documental sobre derechos humanos de su intención verídica. Las características definitorias que fueron señaladas en el apartado anterior se ajustan perfectamente a este tipo de producciones: su carácter ideológico, sobre el que no cabe detenerse pues aparece con claridad, y la mezcla de realidad y ficción, también notoria, pero sobre la que se puede hacer alguna observación más. El realizador documental moldea un relato con intenciones que en general apela a la protección de los derechos humanos, en este caso. En tal sentido, la única diferencia entre el cine de ficción y el documental se puede reconducir a un asunto de grado: mientras que el de ficción es una cuestión de escopofilia (placer de mirar), en el documental se prioriza la epistefilia (placer del conocimiento) que indica una forma de compromiso social e incluso un sentido de la identidad cultural (Nichols, B.: 1991, 232 ss.).

Pongamos un ejemplo significativo: las filmaciones sobre animales. Los protodocumentales de finales de siglo XIX ya se fijaban en la vida animal sin mayor pretensión que captar su imagen, tratándose de documentales naturalistas. Esta idea se va transformando con el paso del tiempo hasta la actualidad, en la que los productos cinematográficos sobre animales tienen dos funciones básicas: el mero entretenimiento —muchas veces a través de la animación— o bien la denuncia de las condiciones en las que viven. Esta segunda es el foco de atención de los defensores de los llamados "derechos de los animales". En estos filmes, se suele dramatizar la narración, se trucan las imágenes imposibles de captar o mantener con una cámara, incluso aparecen animales amaestrados, creando así artificios a la conveniencia del director y su equipo de realización. Por ejemplo, en versión amable y hasta sensiblera, centrémonos en osos.

El oso (*L´ours*, Jean-Jacques Annaud, 1988) es un docudrama de producción franco-norteamericana que cuenta la historia de un osezno llamado Youk en el Canadá del siglo XIX. Su madre intenta alcanzar un panal de miel en una zona montañosa y le caen encima un montón de piedras que la matan. Youk se queda solo en plena naturaleza y tiene que sobrevivir. Entonces se encuentra con Kaar, un macho Kodiak —especie de oso pardo— adulto, que decide adoptarlo y protegerlo. Dos tramperos, Bill y Tom, se cruzan con los dos osos y deciden cazarlos. La persecución acaba por ser una cuestión de orgullo personal de los cazadores que al final toman conciencia del derecho que tienen los animales a la vida. No hay prácticamente diálogos, los protagonistas son los osos mientras que los humanos son actores secundarios. A través de la mirada osezna, la fotografía y la descripción de la naturaleza son el punto fuerte de la película. Cuatro años tardaron en prepararla. Hubo muchos problemas para rodar, entre ellos una secuencia en la que aparecían los osos, un puma, un ciervo y unos perros. Los animales, obviamente, estaban amaestrados. Algunas curiosidades son dignas de mención; por ejemplo que antes de empezar a rodar la película prepararon a Bart (el nombre real de Kaar, el oso adulto) para que no se comiera al pequeño Youk puesto que en su contexto natural los osos machos devoran a los cachorros cuando pueden; por este motivo a Bart le pusieron un muñeco de peluche del

tamaño de Youk para que jugara con él y así después no le atacara. Bart, nacido en cautividad en un zoológico, se convirtió en actor de prestigio en varias películas e incluso acudió a una ceremonia de los Oscar. Por cierto, no era vegetariano ya que, como le sucede a todos los osos, le gustaba mucho el salmón y las patas de pollo.

El segundo documental osezno difiere del anterior en su planteamiento. *Grizzly Man* (Werner Herzog, 2005) recoge las filmaciones y los puntos de vista de Timothy Treadwell, un ecologista entusiasta de los osos *grizzly*, una especie esquiva y a menudo violenta. Pasó trece veranos en el parque nacional de Katmai en Alaska y fue cogiendo poco a poco confianza con los osos. Utilizó sus reportajes para llamar la atención sobre el estado deficiente en el que estos animales se encontraban. En su décimo tercera visita al parque, junto a su novia, fue atacado, matado y comido en parte por un oso. Grabaciones sonoras, entrevistas a conocidos, reflexiones de un perturbado mental, son las bases del relato. Si se hace un análisis a fondo, la personalidad de Timothy tiene una gran carga de contradicciones que sublima con su amor por los osos y la defensa de sus cualidades a pesar de que estos animales son máquinas instintivas de matar. El ridículo de su personalidad se exacerba con su irrisorio timbre de voz y sus extravagancias; por ejemplo dormir a la intemperie abrazado a un oso de peluche, pretender conocer el lenguaje de los osos, etc. Su ridícula visión de la naturaleza y su extraño amor por los animales resulta tragicómica: "*te amo abejita; te amo zorrito; te amo señor oso; los amo; los amo*". Este documental va más allá de la simple documentación. De las más de cien horas grabadas por Treadwell, el director selecciona unos cuantos minutos que reflejan la locura romántica del desquiciado, en este caso materializada a través de unos osos peligrosos que, por supuesto, en la realidad están domesticados.

Este par de documentales naturalistas y pretendidamente ecologistas sobre animales dan buena muestra de las dificultades y límites que tienen las producciones de este talante. Ahora bien, no hace falta recurrir a animales para hablar de la necesidad fílmica de hacer converger realidad con ficción. El documental más atroz, truculento y escandaloso del cine español, y por tanto provocador hasta la saciedad, *Las Hurdes, tierra sin pan* (Luis Buñuel, 1933), tiene aspectos que recuerdan esta conjunción entre lo verídico y lo ficticio. Producido por un anarquista al que le había tocado la lotería —aunque parezca increíble— es posiblemente el mejor documental realizado en España. Se trata de un retrato de la comarca cacereña de Las Hurdes, muy pobre y subdesarrollada. Insalubridad, miseria, hambre, enfermedades y otras desgracias van sucediéndose durante los 27 minutos que dura la proyección. Pero la ficción también tiene su sitio, aunque no lo parezca, en ciertos momentos: el burro moribundo comido por unas abejas que tiene las patas atadas, la cabra despeñada desde unos riscos previamente abatida por una escopeta, la niña enferma aquejada por un dolor de muelas simuladas con una dentadura de una anciana del pueblo, o el cadáver de un bebé metido en una artesa para cruzar el río, son trucos que no menosprecian ni restan valor a este cortometraje de profundo calado social que es insustituible, sublime y hasta necesario para entender la situación española de la época.

Como ejemplo de documental montado en forma de mezcolanza con presencia de varias de las categorías de derechos humanos mencionadas con anterioridad e incluso intercaladas entre sí, nos resulta muy cercano *La espalda de mundo* (Javier Corcuera, 2000). Se trata de un largometraje documental en el que se narran tres historias cuyo punto en común es la marginalidad y la vulneración de los derechos humanos en diferentes lugares del mundo. Son tres historias sobrecogedoras, duras y tiernas a la vez, tituladas *El niño*, *La palabra* y *La vida*. En la primera de ellas (*El niño)*, el rodaje refleja la vida de los niños peruanos del extrarradio de Lima, que en lugar de ir a la escuela, se pasan el día picando piedras para poder subsistir. Los niños hablan sobre problemas de adultos como

la obligación de ir al trabajo, la responsabilidad frente a sus familias, a la vez que juegan al fútbol. El segundo (*La palabra)* cuenta la historia de Leyla Zana, que se encontraba embarazada de su segundo hijo cuando encarcelaron a su marido Mehdi por motivos políticos. Aprendió a hablar turco para poder visitarlo en la cárcel. Más tarde empezó a estudiar y llegó a ser la primera mujer kurda elegida diputada. Se encontraba presa en la cárcel después de pedir en el Parlamento turco la libertad de expresión para su pueblo. Se muestra así la persecución y represión del pueblo kurdo en Turquía. El tercero y último (*La vida*) es un fuerte alegato contra la pena capital en los EE.UU. de Norteamérica. Thomas Miller llevaba años en el corredor de la muerte del Estado de Texas acusado de robo y de asesinato. Había pasado por diez fechas de ejecución aplazadas mediante las apelaciones de su abogado, pero también es cierto que conoció a 120 personas que fueron ejecutadas mediante una inyección letal. Aparte de los testimonios de los condenados y de sus familiares, son escalofriantes, por su frialdad e inmisericordia, las declaraciones de los funcionarios y del sacerdote de la prisión.

Ahora bien, al filme anterior no le tienen que envidiar para nada otros documentales que quizás no sean tan estructurados, pero que sin duda afrontan problemas globales en los que el espectador avezado puede observar un cúmulo de deficiencias humanas que van más allá de lo explícitamente identificable bajo un hilo argumental definido. Son dos producciones españolas, como la anterior, pues no hace falta irse mucho más lejos. Ambos casos coetáneos son preferencias no se resisten a su mención: *Las alas de la vida* (Antoni P. Canet, 2006) y *Goodbye, America* (Sergio Oskman, 2006). Dos trabajos en la línea de recuperación oral del documental autonarrado que se centran en la complejidad del ser humano y sus ganas de vivir. La visualización de ambos filmes es imprescindible para cualquier buen amante de los derechos humanos que intenta aprender más allá de lo evidente a través del cine; esto es, no me refiero a vulneraciones explícitas de los mismos, como mostraba el documental anterior. En estas grabaciones, la vida transciende de tal manera que cuestiones relacionadas con los derechos humanos como son la muerte digna, la inteligencia emocional ante ésta, el deseo de la alegría por vivir junto a una resistencia tranquila a morir, se convierten en marcadores implacables del ligero umbral que separa la vida de la muerte.

Las alas de la vida es un documental protagonizado por Carlos Cristos, médico de 47 años que descubre que padece atrofia sistémica múltiple, una enfermedad degenerativa mortal. Acostumbrado a ejercer como médico de familia y transmitir a algunos de sus pacientes diagnósticos muy graves, al sufrir una enfermedad letal en sus propias carnes llama a su amigo Antonio, director de cine, con la intención de narrar el camino hacia su propia muerte. Persona muy inquieta y con ganas de vivir, reflexiona sobre él mismo, sus vivencias, su familia, sus amigos. Lo hace con serenidad y templanza pero sin desconocer la realidad; por ello dice en un momento dado que "*lo entiendes con la cabeza, pero no con el corazón*". Impresionante testimonio que reparte sensibilidad a raudales y que no deja indiferente a nadie. Sin más palabras…

Goodbye, America es otro documental sin desperdicio; es la última producción en vida de Elías Querejeta. Al Lewis, actor estadounidense que encarnó el papel del abuelo en *La familia Monster*, una telecomedia realizada entre 1964 y 1966, muchas veces repuesta y considerada una obra de culto entre sus adictos, cuenta la historia de su vida. Al Lewis era en la serie "el abuelo Drácula", padre de la impresionante Lily Monster y suegro del no menos encantador Herman Monster. Miembro del *Sindicato de Científicos Locos*, se recluía en el sótano para realizar experimentos extraños. El actor, ya octogenario, relata sus anécdotas masticando un puro y sentado mientras le maquillan el rostro mirando un espejo. Muestra una excelente memoria y un sentido del humor cínico durante el tiempo que se dedica a contar la historia reciente de los EE.UU. de Nor-

teamérica: la segunda guerra mundial, la caza de brujas de McCarthy, la guerra de Vietnam, el gobierno Bush, etc. Icono de la cultura popular, era un personaje polifacético pues había trabajado de payaso, de profesor de psicología infantil, de ojeador de baloncesto, dueño de un restaurante, de una agencia de espías, candidato a gobernador de Nueva York y al final locutor de radio, entre otras dedicaciones. En *Goodbye, America* no cuenta tanto su ajetreada vida sino que se sincera, reflexiona y critica con acidez la política yanqui. Su pasado de activista político radical de izquierdas surge cuando detalla sus experiencias. A medida que avanza el documental, el maquillador va dando un color grisáceo a su rostro que imita la apariencia mortecina del abuelo Monster al que interpretaba. Es un mensaje: Al Lewis padecía una grave y larga enfermedad y estaba a las puertas de la muerte. Ya le habían cortado una pierna y los dedos de la otra, aunque eso no se vea de forma explícita. Ahora bien, su lucidez no se la habían sesgado. Otro documental magnífico y entrañable que afronta, como el anterior, cuestiones como el derecho a vivir y morir con dignidad, con autonomía y razón de ser.

Algo que no podía faltar en este elenco documental son los casos más extremos y displicentes ante los que nos podemos encontrar sobre la vulneración de derechos humanos en el mundo. Guerras, exterminios, torturas, asesinatos, entre otras atrocidades provocadas por el ser humano. Por desgracia, hay muchos ejemplos de todo eso; por fortuna, muchos de ellos quedan recogidos con veracidad en documentales que tienen ahora una fácil difusión para así recordar y recuperar conciencias. Bastará con referirse a dos de estas barbaridades tratadas a través del cine; *Juicio a las Juntas: el Nüremberg argentino* (Miguel Rodríguez Arias, 2004) y *El arte de matar* (*The Act of Killing*, Joshua Oppenheimer, 2013).

Juicio a las Juntas: el Nüremberg argentino expone los hechos que sucedieron en el juicio a las juntas militares argentinas de la dictadura militar acontecida entre 1976 y 1983. El presidente Raúl Alfonsin llegó al poder a finales de 1983 y a los pocos días sancionó dos decretos en relación al comportamiento de los responsables: uno para enjuiciar a dirigentes de organizaciones y otro para hacer lo mismo con los integrantes de las tres juntas militares que hubo desde el golpe del 24 de mayo de 1976. Alfonsin creó en ese mismo momento la *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP) con el objetivo de juntar pruebas y testimonios que avalaran esos juicios. El 22 de abril de 1985 se sentó en el banquillo de los acusados a nueve militares de alto rango entre los que estaban Videla, Massera, Viola, Lambruschini y Agosti, que fueron condenados por cometer delitos de lesa humanidad; los dos primeros a cadena perpetua y los tres últimos a 17, 8 y 4 años de cárcel, respectivamente. Antes de la sentencia se analizaron 281 casos, se recogieron testimonios de los supervivientes de los campos de concentración, se revisaron los archivos de las juntas, etc. Hubo protestas sobre las sentencias porque se consideró que las condenas eran leves y que muchos acusados quedaron absueltos. Durante el tiempo en que tuvo lugar el juicio, sólo pudieron emitirse por televisión algunos fragmentos sin sonido debido a que el gobierno decidió no reproducir el juicio completo al estimar que habían condiciones adversas. Incluso en el documental sólo se muestran unos pocos minutos de las 530 horas grabadas en vídeo. Se utilizan además imágenes de archivo, material fílmico de la época, entrevistas a personajes relevantes, etc. Su objetivo principal era educativo, es decir, dar a conocer a los jóvenes que no vivieron la dictadura los objetivos y métodos represores. En cambio, de cara a los mayores, la intención era otra: recuperar la memoria histórica y que los hechos no quedaran olvidados; pero más que recuperarla, se trataba de reconstruirla porque no había pasado suficiente tiempo para olvidar (Romero, E.G., 2008, 372). En el juicio se detallan algunas de las relaciones personales forzadas y asquerosas de los militares con los presos como el caso de obligarlos a acudir con ellos a celebrar la victoria de Argentina en el mundial de fútbol de 1978 o las salidas a ce-

nar con las secuestradas. En este documental, la perversión humana parece no tener fin.

El arte de matar (*The Act of Killing*) es la siempre penúltima muestra de la agonía y el dolor humano imposible de imaginar. Comienzo por calificarla en pocas palabras: contenido insultante, repelente, indigesto o vomitivo, enfermo, monstruoso, depravado, maligno, terrorífico o escalofriante, grotesco y muchas otras cosas más; pero con todo ello es la representación del mal absoluto que debemos conocer y por tanto, una obra maestra documental pues hace temblar y sugiere gritar como menos. Quizás como se decía en la revista *Variety*: "*es una película que ruega que la veamos, para luego no volver a verla nunca más*". Tras el golpe de estado militar de 1965 en Indonesia realizado por el general Suharto, se produjo el genocidio de miles de ciudadanos, sobre todo de presuntos comunistas chinos con la intención de implantar un "nuevo orden" y así unificar a una población fraccionada para someterla al carisma y personalidad de su presidente. Suharto ostentó el poder desde 1965 hasta 2002, fecha en la que murió. El director del documental se pone en contacto con miembros de las brigadas paramilitares que sirvieron al dictador con el objetivo de aniquilar a miles de víctimas inocentes. Los siniestros protagonistas del documental, Anwar Congo y Herman Koto, no tienen desperdicio.

El primero de ellos tiene la apariencia de un señor delgado de unos setenta años, simpático y sonriente. Cabecilla de una banda de pequeños delincuentes en su juventud, tras el golpe de estado pasó a ser el líder de un escuadrón de la muerte que acabó con más de quinientas mil personas. Así llegó a ser temido y respetado. El segundo personaje se presenta como exmiembro de un grupo paramilitar con tres millones de adeptos. Ambos hacen una especie de *casting* a ciertos sujetos para así recrear los acontecimientos del exterminio. Se sienten orgullosos por su trabajo y presumen de sus viejas hazañas. Algunos detalles macabros de su escenificación dan asco y cortan la respiración: al principio del documental, Anwar Congo, sin duda el actor principal que se escenifica a sí mismo, cuenta en una terraza donde asesinó a varios seres humanos que allí hacía un olor inaguantable mientras se jacta de haber sido práctico e higiénico en las ejecuciones; más tarde se le ocurre que una de sus víctimas lo acecha convertido en fantasma; o en otro momento se intenta colocar en el sitio de sus torturados; maneja cámaras de filmación por doquier; en otra escena se viste de gánster como si estuviera interrogando de forma violenta; explica y escenifica cómo se viola a una mujer, y muchas otras salvajadas más que abren la duda de si su visión debería estar prohibida. Pero cuando más estupor causa es al recrear sus ejecuciones explicando su técnica favorita para matar: ahogar con un cable metálico en torno al cuello del ajusticiado.

Por momentos, este documental recuerda a otro también impresionante pero mucho más comedido aunque sin duda efectivo, que es *Queridísimos verdugos* (Basilio Martín Patino, 1973) en el que salen los tres últimos verdugos españoles del régimen del general Franco, que son entrevistados y que reflexionan sobre su siniestra actividad. Pero las comparaciones son forzadas, sin lugar a dudas.

Acabaremos con un par de notas escalofriantes sobre este documental que se sitúan entre lo grotesco y el humor negro. Anwar Congo y sus cómplices eran aficionados al cine porque vendían entradas en el mercado negro, por lo que utilizaron escenas de sus películas favoritas para recrear escenas de interrogatorios, de torturas y de asesinatos. Así reconoce que John Wayne y Al Pacino fueron su principal fuente de inspiración para convertirse en un tipo duro. También explica que aprendió a matar con alegría por influencia de la música y el ritmo de Elvis Presley. Sin duda, son efectos de una temprana y negativa globalización.

Los autores de estas matanzas nunca han comparecido ante tribunales ni han sido juzgados. Este documental enseña el mal en su plenitud. Disgusta, crea malestar, pero hay que verlo ya que cosas así no pueden pasar desa-

percibidas ni caer en el olvido. A veces ésta es la única manera de conocerlas para enfrentarse con decisión a ellas.

Hemos utilizado la mejor táctica posible: contar historias e imágenes. La proliferación de películas y la expansión imparable de cortos documentales comprometidos en cualquier parte del mundo hace de la representación audiovisual verídica una realidad incontestable. Latinoamérica grita en su práctica totalidad; Norteamérica deja de ser ombliguista; Europa se lamenta del tiempo perdido; Asia y Oceanía dejan de ser unas desconocidas y se reivindican; África pierde la vergüenza y se desnuda. Así son los derechos humanos vistos y oídos a través del cine y el video documental.

7. SI LUIS GARCÍA BERLANGA LEVANTARA LA CABEZA, RODARÍA "LOS DESAHUCIOS"

Esto es tanto un recuerdo como un homenaje y un deseo. No se puede decir que es imposible porque no lo es. En el cine no hay límites sino imaginación y ensueño.

En España hay una larga tradición y tendencia a mostrar aspectos de la realidad cotidiana más dramática desde un punto de vista jocoso, alegre, a modo de divertimento. Son trampas inteligentes frente a la mezquindad, la corrupción y el abuso de los que tienen el poder y la riqueza. Esto, por fortuna, forma parte de nuestra idiosincrasia desde siempre pues mucho antes de la representación audiovisual ya estaba en la literatura y en las artes plásticas, quizás desde tiempos inmemoriales.

El documental primitivo ya quedaba imbuido de estas características e incluso tendía hacia aspectos más folklóricos como eran las corridas de toros finiseculares del XIX. A otro nivel, las producciones documentales de la guerra civil y postguerra son las de mayor repercusión por su importancia histórica y política. Sin embargo, no cabe duda de que hay películas no documentales, propiamente dichas, que reflejaban la realidad española de su época de manera ácida, rocambolesca y estrambótica, sobre todo aquéllas que criticaban las peculiaridades de la España franquista. Uno de los encantos de éstas era la manera más o menos críptica con la que dejaban en evidencia a las autoridades del régimen y a sus acólitos.

Las películas de L.G. Berlanga reflejan a la sociedad española desde su interior en un tono satírico y corrosivo. Sin duda son un referente inestimable incluso en la actualidad porque estas obras cinematográficas no envejecen. Soñemos pues. Si Berlanga rodara algo ahora, seguro que se pondría en contacto con su fiel guionista Rafael Azcona y ambos idearían una nueva película a partir de añejas cintas inmortales de más de cincuenta años como son *Bienvenido Mr. Marshall* (1953), *Plácido* (1961) y *El verdugo* (1963). Así harían, ya que las circunstancias no han cambiado tanto, ni mucho menos, algo parecido a un *ménage à trois* para revisitarlas y así construir un nuevo producto cinematográfico. Estos filmes no son documentales, en sentido estricto, pero podrían serlo ya que por sus contenidos no tienen nada que envidiar a las producciones documentales que denuncian airadamente la violación de derechos en nuestro entorno inmediato; que las hay, muchas y muy buenas. Para eso tienen un caldo de cultivo muy concentrado que se lo facilita.

Empecemos entonces por imaginar un argumento atractivo y mordaz. Se puede recurrir a entrevistas y testimonios, documentos e informes, imágenes de archivo, suplantaciones, etc. Eso no es difícil; hay medios para ello. Bajo un formato entre el docudrama y el *mockumentary* o falso documental, vamos a ver qué puede salir de las tres obras maestras anteriores.

Una multinacional estadounidense busca un lugar en España para montar un complejo hotelero destinado al descanso de ejecutivos, con ayudas de la Unión Europea. Un estudio del terreno indica que las inmediaciones de un

pueblo de la sierra de Madrid es el sitio perfecto para descansar y jugar al golf. Con este objetivo se necesita expropiar las viviendas de las afueras para construir parte de las instalaciones. Los americanos idean un plan: visitar el pueblo y ofrecer un gran banquete el día de navidad a los lugareños en las instalaciones del cine abandonado por falta de uso. El menú se compone de alitas de pollo del *Kentucky Fried Chicken*, que salen más baratas. De paso, cuando estén animados se les ofrecerá acciones del complejo por precios módicos que les sacarán de la pobreza si invierten todos sus ahorros. En la cena no falta de nada; mucho vino, banda de música y animadoras o animadores con poca ropa, a pesar de ser pleno invierno. Todos firman. Pero en realidad los americanos no han aparecido. Eran empleados de banca que simulaban a sus jefes. Más tarde, las acciones caen en picado. Los vecinos son desahuciados por el Banco y tienen que irse del pueblo para malvivir. Las casas son derruidas. Pero después los americanos no reciben ayudas oficiales y acaban por irse al Japón, donde les dan mejores condiciones. Pero… ¿y qué pasa con *El verdugo*? Pues ya que tenemos al genial Pepe Isbert en el doble papel de alcalde y verdugo —muy adecuado, por cierto—, éste puede actuar de alcalde que se va a jubilar, que se ha comprado un adosado nuevo y para pagarlo encarga a su sucesor en la alcaldía, su cuñado, el concejal de cultura que por supuesto vive del cuento y al que se le está acabando el chollo, que extermine a todos los mosquitos que han proliferado en las afueras del pueblo por una equivocación al echar pesticidas en mal estado para fumigar las hierbas del entorno del campo de golf.

La película se llamará *Los desahucios*. No tendrá subvenciones públicas ni se estrenará en las salas de cine pues esto no vende ni interesa. No tendrá beneficios económicos. Ni políticos ni banqueros la verán en su cómodo sillón, porque no usan su preciado tiempo y dinero en estas cosas tan banales; prefieren gastarlos en fastidiar a los demás y cuanto más mejor.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Altman, R. (2000), *Los géneros cinematográficos*, Barcelona, Paidós.
Barroso, J. (2009), *Realización de documentales y reportajes*, Madrid, Síntesis.
Barnouw, E. (2002), *El documental: historia y estilo*, Barcelona, Gedisa.
Breschard, J. (2004), *El documental: la otra cara del cine*, Barcelona, Paidós.
Bresson, R. (1975), *Notas sobre el cinematógrafo*, París, Gallimard.
Campo, J.; Dorado, C., coords. (2007), *Cine documental, memoria y derechos humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Movimiento.
De Lucas, J. (1994), *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.
De Lucas, J. (2013), *Cine: lecciones de libertad*, Valencia, Publicacions de la Universitat de València.
Feldman, S. (1990), *Guión argumental: guión documental*, Barcelona, Gedisa.
Gómez García, J.A. (2008), El derecho y los géneros cinematográficos: panorama general, en *El derecho visto por los géneros cinematográficos* (J.A. Gómez García, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch (colección cine y derecho).
Hunt, L. (2007), *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets.
Nichols, B. (1991), *Representing Reality*, Blomington & Indianápolis, Indiana University Press.
Peces-Barba, G. (1999), *Curso general de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE.
Pérez Luño, E. (1999), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (6ª ed.), Madrid, Tecnos.
Perona, M.A. (2010), *Ensayos sobre video, documental y cine*, Córdoba (Argentina), ed. Brujas.
Romaguera, J.; Alsina, H., eds. (1998), *Textos y manifiestos del cine*, Madrid, Cátedra.
Romero, E.G. (2008), El derecho y el documental, en *El derecho visto a través de los géneros cinematográficos*, en Gómez García, J.A. (ed.), Valencia, Tirant lo blanch (colección cine y derecho).
Rendueles, C. (2013), *Sociofobia. El cambio político en la utopía digital*, Barcelona, Capitán Swing Libros.
Rotha, P. (1936), *Documentary Film*, London, Faber & Faber.

Ruiz Sanz, M. (2010), "La enseñanza del derecho a través de cine: implicaciones epistemológicas y metodológicas", en *Revista de Educación y Derecho* núm. 2, Barcelona, Bosch.
Sánchez Noriega, J.L. (2004), *Diccionario temático del cine*, Madrid, Cátedra.
Soler, Ll. (1999), *Así se crean documentales para cine y televisión*, Barcelona, CIMS 97.
Vértov, D. (2009), *Memorias de un cineasta bolchevique*, Barcelona, Capitán Swing Libros.

PELÍCULAS CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

Nanuk el esquimal (*Nanook of the North*, R.J. Flaherty, EE.UU., 1922); *El hombre de la cámara* (*Celovek´s Kinoapparatom*, Dziga Vértov, URSS, 1929); *Berlín, sinfonía de una gran ciudad* (*Berlin: Die Sinfonie der Grobstandt*, Walter Ruttmann, Alemania, 1929); *Las Hurdes, tierra sin pan* (Luis Buñuel, España, 1933); *El triunfo de la voluntad* (*Triumph des Willens*, Leni Riefensahl, Alemania, 1935); *Roma, ciudad abierta* (*Roma, città aperta*, Roberto Rossellini, Italia, 1945); *Bienvenido Mr. Marshall* (Luis G. Berlanga, España, 1953); *Noche y Niebla* (*Nuit et Brouillard*, Alain Resnais, Francia, 1956); *Plácido* (Luis G. Berlanga, España, 1961); *El verdugo* (Luis G. Berlanga, España, 1963); *If* (*If*, Lindsay Anderson, Gran Bretaña, 1968); *L´amour* (*L´amour*, Robert Bresson, Francia, 1969); *Queridísimos verdugos* (Basilio Martín Patino, España, 1973); *Antonio Gramsci* (*Antonio Gramsci: i giorni di carcere*, Pasqualino del Fra, Italia, 1976); *La guerra de las galaxia*s (*Star Wars*, George Lucas, EE.UU., 1977); *Flora Tristán* (*Die Reise nach Lyon*, Claudia von Alemann, Alemania, 1981); *Shoah "Catástrofe"* (*Shoah*, Claude Lanzmann, Francia, 1985); *Rosa Luxemburgo* (*Rosa Luxemburg*, Margarethe von Trotta, Alemania, 1986); *El oso* (*L´ours*, Jean-Jacques Annaud, Francia, 1988); *La espalda de mundo* (Javier Corcuera, España, 2000); *Bowling for Columbine* (*Bowling for Columbine*, Michael Moore, EE.UU., 2002); *Un día sin mexicanos* (*A Day Without a Mexican*, Sergio Arau, México, 2004); *Farenheit 9/11 (Farenheit 9/11*, Michael Moore, EE.UU., 2004); *Juicio a las Juntas: el Nüremberg argentino*, Miguel Rodríguez Arias, Argentina, 2004); *Grizzly Man* (*Grizzly Man*, Werner Herzog, EE.UU., 2005); *El camino a Guantánamo* (*The road of Guantanamo*, Gran Bretaña, Michael Winterbotton, 2006); *Una verdad incómoda* (*An Inconvenient Truth*, Davis Guggenheim, EE.UU., 2006); *Las alas de la vida* (Antoni P. Canet, España, 2006); *Goodbye, America* (*Goodbye, America*, Sergio Oskman, EE.UU.-España, 2006); *Sicko* (*Sicko*, Michael Moore, EE.UU., 2007); *La historia de Lena Baker* (*The Lena Baker History*, Ralf Wilcox, EE.UU., 2008); *Bruno* (*Brüno*, Larry Charles, EE.UU., 2009); *Cinema Verité* (*Cinema Verité*, S. Springer; R. Pulcini, EE.UU., 2011); *Hanna Arendt* (*Hanna Arendt*, Margarethe von Trotta, Alemania, 2013); *El arte de matar* (*The Act of Killing*, Joshua Oppenheimer, Dinamarca, 2013).

Fecha de recepción: 05/04/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN IBEROAMÉRICA. UNA APROXIMACIÓN*

Víctor Moreno Catena**
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Seguridad pública y sistema judicial. 2. Seguridad jurídica y sistema judicial. 3. Armonización e integración jurídica. 4. Seguridad jurídica y desarrollo económico. 5. La cooperación jurídica internacional como factor de seguridad jurídica. 6. A modo de conclusiones.

1. SEGURIDAD PÚBLICA Y SISTEMA JUDICIAL

La justicia como servicio público debe adaptarse, como cualquier otro, a las nuevas circunstancias sociales, económicas y políticas en que vivimos y debe superar ineludiblemente los estrechos límites del Estado nación en que seguimos concibiéndola, porque es un hecho evidente que la globalización se ha instalado definitivamente entre nosotros y sería imposible concebir la convivencia y el desarrollo de un país de manera aislada.

La justicia es un pilar esencial para obtener seguridad jurídica, que de acuerdo con lo que escribía hace ya unos años mi recordado amigo el Prof. Santos PASTOR[2], es un elemento fundamental del sistema jurídico y le exige que proporcione, garantice, facilite, promueva o suministre, según los casos, el conocimiento, la confianza y la previsibilidad a las personas

* Se recogen en estas páginas algunas experiencias y lecciones aprendidas en los más de seis años que me cupo el honor de desempeñar el puesto de Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). Como toda obra colectiva, el reto de dotar a esta organización internacional de una estructura suficiente y de los recursos económicos imprescindibles para situarse en el panorama iberoamericano, no es el fruto de un trabajo individual sino una obra colectiva. En esta tarea me ha acompañado un excelente equipo humano, sin cuyos aportes el resultado hubiera sido nulo o, sin duda, mucho más modesto. Como reconocimiento a esta labor determinante debo en justicia citar al menos (a sabiendas de que dejo juristas y colaboradores muy relevantes) a las dos Coordinadoras Generales con las que he tenido el honor de trabajar en periodos sucesivos: Elena Domínguez Peco y Marisa Ramos Rollón; de la profesora Marisa Ramos he tomado prestadas muchas de las ideas de este artículo.

** Director del Instituto Universitario Alonso Martínez de Justicia y Litigación de la Universidad Carlos III de Madrid.

y respecto de los bienes, estabilidad del marco institucional y previsibilidad o certeza en los resultados de las decisiones que adopten, de forma que los operadores puedan conocer lo que sucederá en cada momento[3].

Desde luego que la seguridad jurídica, y la intervención del sistema de justicia en las relaciones económicas y sociales, no es suficiente para satisfacer otra demanda de seguridad, quizás más importante, que sin duda corre en paralelo con ella; se trata de la seguridad pública.

La seguridad pública, o seguridad ciudadana, es una premisa esencial de la convivencia; si los ciudadanos carecen de seguridad, si consideran que su persona o su patrimonio pueden ser atacados impunemente, sin reacción por parte de los poderes públicos, el Estado habrá dejado de asumir su función primera: garantizar la seguridad de sus ciudadanos.

En este punto es especialmente relevante la mirada hacia el ámbito iberoamericano, como un espacio común de España y Portugal y los 19 países de ese continente, denso en relaciones económicas, políticas y culturales, espacio que vincula como ningún otro dos grandes regiones esenciales en la geopolítica actual, Europa y América Latina; la primera, estancada en la actualidad; la segunda, con grandes desigualdades pero con alta tasas de crecimiento y una gran proyección económica. Sin embargo, la situación de la seguridad pública es frágil en la comunidad iberoamericana.

No cabe duda de que para España mantener el impulso político que exige seguir construyendo Iberoamérica no ha de ser solo una vocación y un compromiso; es también su presente, que le puede permitir hacerse más grande en otros ámbitos, y además su futuro a corto y largo plazo. Por eso, los cambios que representan un abandono de la idea iberoamericana y de mucho de lo conseguido hasta ahora, las apuestas que se hacen cada vez más tibias o las decisiones erráticas en la región resultan lisa y llanamente inconcebibles. Pero en la región de América Latina, que se encuentra en pleno avance hacia el desarrollo, la despreocupación española está dejando unos enormes espacios para la colaboración y la cooperación que otros países están ocupando a toda velocidad.

La situación de la seguridad pública en América Latina, de la violencia y de la criminalidad, es enormemente preocupante, y representa el punto más débil para su desarrollo. Como expresa el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo "en la última década la región ha sufrido una epidemia de violencia, acompañada por el crecimiento y difusión de los delitos, así como por el aumento del temor entre los ciudadanos"[4].

Cada hora y cuarto de cada día del año asesinan a una persona en Honduras, un país de 112.000 km^2 y unos 8,5 millones de habitantes. Un país pequeño, pero con una tasa de homicidios de casi 92 muertos por cada 100.000 habitantes[5], que es la mayor del mundo[6].

En general, la región Latinoamericana es la zona del mundo con un mayor número de homicidios, aunque existen muchas diferencias entre países. Después de Honduras la tasa más alta es la de El Salvador (casi 70 homicidios por cada 100.000 habitantes), seguido por Venezuela con 45, Guatemala con 38 y Colombia con 31. En el lado opuesto, con solo 3,4 asesinatos por 100.000 habitantes se sitúa Argentina y Chile con 3,7. Para que se entiendan mejor estos datos, en Europa, con datos de 2011, Suiza tiene una tasa de homicidios de 0,6 por 100.000[7] y España y otros 6 países sólo de 0,8.

Según los cálculos manejados por el PNUD[8], "en 2009, el PIB per cápita que se dejó de percibir por homicidios en América Latina fue de 0.5%. Para este mismo año, el ingreso promedio anual en la región fue de US$8,897.00. Sin el exceso de muertes por homicidio, en promedio, los países en América Latina habrían logrado una ganancia de US$51 en el PIB per cápita. En países como El Salvador, Guatemala y Venezuela, este valor habría superado los US$70 en el PIB per cápita"; asimismo se recoge el dato de que, para el Banco Mundial, "en el caso de Centroamérica,

una reducción del 10% en los homicidios podría incrementar el PIB per cápita anual hasta en un 1.0% en El Salvador, un 0.7% en Guatemala y Honduras, y un 0.3% en Panamá y Nicaragua (Banco Mundial 2011)"[9].

La seguridad exige no sólo disminuir los riesgos sino también ofrecer esperanzas. Y uno de los más graves problemas con que se está enfrentando el modelo de justicia en estos tiempos es el de la falta de respuesta de parte de los sistemas nacionales ante problemas como el de una criminalidad crecientemente interconectada y profesionalizada. Ya no sirven los instrumentos del pasado basados en la idea de soberanía. Estamos en la era de la globalización y los fenómenos transnacionales.

El aumento de la violencia, que se sufre tanto en la esfera local como nacional, tiene, cada vez más, vínculos transnacionales con las actividades y redes económicas ilícitas y con las organizaciones delictivas que actúan traspasando las fronteras naturales. Este fenómeno no se restringe a Iberoamérica, sino que se extiende al conjunto del planeta. Estos hechos son a la vez causa y consecuencia de la globalización, un fenómeno que al reducir barreras para la actividad económica, hace más fácil la interconexión entre distintos grupos armados y redes ilícitas. Por tanto, los mismos factores que impulsan la globalización, son los que explican el auge económico y político de las redes mundiales del crimen organizado y otras actividades ilícitas.

Las políticas de liberalización económica y la transnacionalización de las actividades productivas y de las financieras han creado condiciones más favorables para la actuación de las redes delictivas organizadas internacionalmente, cuya actividad se ha incrementado y con ella su poder económico.

La delincuencia organizada transnacional se ha infiltrado en todas las esferas de la vida social, incluida la política. Los mismos factores que impulsan la globalización son los que explican el auge económico y político de las redes mundiales del crimen organizado y otras actividades ilícitas, que aprovechan los vacíos legales o institucionales, junto con la endémica debilidad de las instituciones del Estado de Derecho, especialmente en algunos países.

Estas redes económicas ilícitas surgen cuando existe oferta y demanda de un producto, cuya prohibición genera beneficios muy cuantiosos. Hay grupos que, pugnando por el control de la producción, el tráfico y la comercialización de estos productos, tratan de evadir el control del Estado, y si son lo suficientemente fuertes, llegan a debilitarlo para que no pueda imponer la ley. También se aprovechan de los vacíos legales o institucionales, complementando de esta forma los beneficios que les aportan las ventajas de la globalización con los derivados de la endémica debilidad de las instituciones del Estado de Derecho.

El volumen de fondos procedentes de actividades ilícitas es espectacular, sin que haya una forma de calcularlo que sea suficientemente fiable. La liberalización financiera y los numerosos instrumentos disponibles para ocultar y blanquear las ganancias procedentes de los negocios delictivos facilitan sin duda el desarrollo del crimen organizado, combinando espacios legales e ilegales en las distintas fases del proceso y dificultando así su control.

De todos modos, para la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Crimen (UNODC), en un Informe publicado en 2011, la delincuencia organizada transnacional es un gran negocio; en 2009 se estimó que generaba 870.000 millones por año, lo que equivale al 1,5% del PIB mundial y casi al 7% de las exportaciones mundiales de mercancías[10].

La delincuencia organizada, con su enorme potencial económico corrompe los poderes públicos, los medios de comunicación y el sector financiero. Irrumpe en los procesos electorales financiando partidos políticos y candidatos. Sufraga grupos armados y se convierte en el poder de hecho en amplias áreas geográficas, desplazando, sustituyendo o corrompiendo las instituciones estatales.

Esta grave situación se ve acentuada en Latinoamérica por algunos otros factores que confluyen en la región: su posición estratégica, la persistencia de la pobreza y la desigualdad, aunque algo se ha avanzado en el últimos años, el legado de algunos conflictos armados, sobre todo en forma de armas que circulan sin control, y la debilidad de las instituciones públicas, algunas muy permeables a la corrupción, como por ejemplo las policías.

Todo ello ha contribuido a que la región se haya convertido en un importante lugar de tránsito de drogas[11], de tráfico de personas[12], de tráfico ilegal de armas y de vehículos, de lavado de activos y de otros tipos de actividades ilícitas organizadas.

Naturalmente que la violencia y la delincuencia organizada, que se traduce esencialmente en todo el conjunto de delitos referidos, tienen unos costes económicos muy elevados, que se han evaluado en la pérdida de ganancias[13]. Junto con estos costes, la violencia genera también unos costes sociales incalculables, aunque se ha intentado evaluar en la pérdida de años para la región que se deriva de las muertes por homicidio que se producen en este territorio[14].

Como se señala en el Informe del PNUD 2013-2014, "en América Latina muchos ciudadanos han tenido que cambiar sus actividades cotidianas para evitar ser víctimas del delito, con lo que han visto restringidas sus libertades. La victimización y la sensación de riesgo modifican sus comportamientos, y muchas veces terminan adaptándose a entornos que les resultan hostiles y amenazantes. Esta reacción depende de múltiples variables —género, edad, condición socioeconómica, medios de protección disponibles, percepción de la efectividad estatal, entre otros—, cuya combinación puede generar respuestas diversas, que van desde el autoconfinamiento (restricción de la movilidad y la recreación) hasta la autoprotección (adquisición de armas o pago de servicios de vigilancia) (Vilalta 2013, 4-5)"[15].

Siguiendo la idea del economista norteamericano Paul ROMER, se ha estado debatiendo en Honduras la creación de "ciudades-modelo", las llamadas zonas de empleo y desarrollo económico (ZEDE) que tienen personalidad jurídica, están autorizadas a establecer su propia política y su propia normativa. Son una especie de territorio exento, con un alto grado de autonomía y con un sistema político, administrativo, económico y judicial propios, con reglas claras de mercado que permitan altos niveles de competitividad, y su creación tiene como propósito atraer inversión y generar empleo en zonas deshabitadas del país o en municipios que soliciten su conversión a ZEDE mediante referéndum (de ser necesario)[16].

Además de las consecuencias para el modo de vida de los ciudadanos, la inseguridad provoca efectos altamente perniciosos para el sistema democrático, pues como se señala en un Informe realizado por la OEA y el PNUD en 2011, "la evidencia indica que el apoyo a la democracia como sistema de gobierno en la región se ve seriamente afectado por la alta percepción de inseguridad y la valoración del desempeño del gobierno en el combate a la delincuencia"[17].

Ante estos fenómenos, algunas normas internacionales (entre ellas varias Convenciones de las Naciones Unidas) establecen propuestas de control de las actividades delictivas, incidiendo en su vertiente económica, pero son claramente insuficientes y poco efectivas. Paralelamente, los instrumentos nacionales, por lo general de carácter fragmentario, son incapaces de afrontar un problema que trasciende las fronteras del Estado nación. La magnitud del desafío hace necesario un cambio de enfoque, porque no podrá tener éxito cualquier política nacional de persecución criminal ante una violencia cuyos vínculos y ramificaciones se extienden más allá de un Estado.

Cuando los delitos tienen conexiones en varios países con legislaciones dispares, cuando hay que recabar las pruebas en distintos Esta-

dos con reglas procesales también diferentes, cuando los detenidos y condenados reciben un trato enteramente desigual en razón del lugar en que se encuentran, cuando los capitales que se mueven pretenden no dejar rastro, porque se colocan en paraísos fiscales o logran enredarse en intrincados circuitos financieros, la persecución criminal se convierte en algo evanescente y utópico, en todo caso ineficaz, y la impunidad se instala en una sociedad abatida y arrodillada ante la violencia. Más aún cuando a esta violencia se le hace frente desde instituciones débiles, constreñidas a actuar solo en clave interior de cada país.

La situación reclama desarrollar estrategias conjuntas para responder a delitos de enorme gravedad, como el tráfico de armas, el tráfico y trata de personas, el narcotráfico o el blanqueo de capitales, por citar los casos más evidentes. Hay que hacer realidad una respuesta transnacional frente al crimen organizado, o nuestro fracaso lo pagarán con creces las futuras generaciones.

Los problemas de la violencia y la inseguridad, y la desprotección y falta de garantías de muchos de los derechos internacionalmente reconocidos, constituyen en estos momentos una de las principales preocupaciones de los ciudadanos de la región, si no la principal. De acuerdo con los datos del último Latinobarómetro, sólo el 25% de la población de Latinoamérica consideraba tener garantizado su derecho a la protección contra el crimen, y esta inseguridad se extiende por toda la región, y representa el principal problema de América Latina.

La magnitud de estos desafíos hace más necesaria que nunca la cooperación y coordinación entre países, y la integración en un proyecto político común como única posibilidad de afrontar algunos de ellos. Se hace imprescindible una estrategia que combine acciones en el ámbito nacional y acciones en el ámbito regional, que refuerce y no debilite las políticas nacionales y, sobre todo, que mejore la calidad de la Justicia y la confianza de los ciudadanos en ella. Confianza, todavía hoy, muy escasa: solo 1 de cada 3 latinoamericanos espera algo de la Administración de Justicia.

2. SEGURIDAD JURÍDICA Y SISTEMA JUDICIAL

La seguridad jurídica, pieza clave del sistema jurídico, es la garantía de no se van a producir sorpresas indeseables en la implementación de las medidas que una persona tome o de los caminos que decida emprender, sean de naturaleza estrictamente personal o de tipo económico[18]. Por contra, la inseguridad, la inestabilidad, la imprecisión o la incertidumbre empobrece a los pueblos, porque impide o dificulta el desarrollo intelectual y económico, disminuye la inversión, inhibe la contratación y provoca un gran despilfarro de recursos que han de dedicarse a crear sustitutivos, como la provisión de seguridad privada, los mecanismos de cobro privados o la compra de cobertura de seguro para salir al paso del riesgo que genera la falta de seguridad.

La seguridad jurídica implica, sobre todo, confianza en las instituciones y en el orden jurídico, lo que se traduce en exigencias de actuación tanto del poder legislativo, como del ejecutivo como de los tribunales de justicia[19]. Significa por supuesto estabilidad del marco normativo, de modo que no se modifiquen las leyes caprichosamente; como es evidente, eso no es sinónimo de inmovilismo, ni representa una petrificación del sistema político, del ordenamiento jurídico o de la aplicación judicial del derecho, porque el derecho ha de acomodarse a las cambiantes circunstancias políticas, económicas y sociales, esto es, ha de evolucionar acompasando los nuevos tiempos; sin embargo, la seguridad jurídica es incompatible con las bruscas transformaciones, con las revoluciones que crean incertidumbre.

a) La seguridad jurídica supone confianza en las **normas vigentes** de modo que formen

un conjunto armónico. Esta perspectiva de la seguridad jurídica es un mandato al legislador para que cumpla sus deberes, de modo que perfeccione el ordenamiento sin que existan o disminuyan los ámbitos de incertidumbre normativa, de ambigüedad, o de indefinición. Para eso es preciso depurar la técnica legislativa, incrementar la formación de los legisladores o de sus asesores, logrando mejoras en el quehacer de los parlamentarios con el fin de disponer de un sistema jurídico coherente. Exige también la seguridad jurídica que los cambios legislativos respondan a exigencias claras y estructurales, evitando modificaciones coyunturales especialmente si responden a las demandas de grupos de interés.

b) La seguridad jurídica debe proporcionar también certeza acerca de la actuación de los poderes públicos. En este sentido, es preciso reclamar la transparencia, porque una mayor transparencia en relación con la lucha contra la corrupción genera un mayor grado de seguridad en los ciudadanos, y debe ir de la mano de una limitación de la discrecionalidad administrativa, que en muchos lugares es motivo de incertidumbre, cuando no de arbitrariedad.

c) Pero sobre todo la seguridad jurídica debe ofrecer certeza sobre la aplicación de la ley por parte de los jueces y la obtención de un remedio si la ley se incumple.

La seguridad desaparece cuando se producen sentencias dispares ante situaciones análogas, y se vulnera el principio de igualdad, y cuando la interpretación y aplicación de la ley depende de la persona que deba resolver, sin mecanismos de unificación que garanticen una visión uniforme para todos los ciudadanos en el entendimiento y en la respuesta judicial de un mismo problema. Es verdad que se ha producido un incremento de la demanda de justicia y que ha habido un cambio sustancial en los objetos litigiosos, en los requerimientos que se hacen al poder judicial, en lo que se espera de los jueces.

Pero también, y sobre todo, la seguridad jurídica se quiebra cuando hay impunidad frente a los incumplimientos de las obligaciones, cuando no hay respuesta si se quebrantan las normas o si no hay una intervención de las instancias judiciales como garantes de los derechos de los ciudadanos. Y aquí se afecta directamente a la seguridad ciudadana, es decir, a la garantía de una ordenada convivencia en la sociedad, que asegure al propio tiempo unos suficientes ámbitos de libertad individual[20].

En este doble aspecto, a partir de la crisis de la ley y de la pérdida de credibilidad de los gobernantes, la justicia parece que se ha convertido en el valor de refugio, a donde se acude para solventar los problemas porque han fallado todos los mecanismos, de modo que la judicialización de la vida social es un fenómeno patente.

3. ARMONIZACIÓN E INTEGRACIÓN JURÍDICA

A diferencia de lo que ha sucedido en el continente europeo, en el ámbito iberoamericano la realidad de la internacionalización de las relaciones jurídicas se ha abordado con escasa intensidad. Existen algunas iniciativas subregionales de integración, como el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), MERCOSUR y otras organizaciones menos estructuradas, que permiten a los países trabajar bajo el paraguas del principio de "confianza mutua".

En estos ámbitos se han producido algunos interesantes avances en materia de cooperación, plasmados en varios Tratados, y se han acometido iniciativas, como la Estrategia de Seguridad en Centroamérica, que marcan un punto de inflexión en el camino de la colaboración y la cooperación entre los países del istmo para trabajar de forma conjunta en la provisión de justicia y seguridad para todos los centroamericanos.

Y es aquí donde la armonización de la regulación penal nacional, revisada desde una

óptica regional conjunta, adquiere todo su sentido. Partiendo de la premisa de respetar y ser coherente con la legislación de cada país, la armonización pretende evitar que las diferencias normativas puedan ser aprovechadas por los delincuentes, o interfieran en la eficacia de las investigaciones, o en el éxito del proceso en los casos de crimen organizado.

Los seis países del istmo centroamericano se encuentran en medio de dos grandes Estados que libran sus propias batallas contra el narcotráfico: al norte, México, con su desaforada violencia (se habla de hasta 80.000 homicidios en el sexenio de Calderón por la violencia del narco); al sur, Colombia, el país de mayor tradición en la producción y tráfico de cocaína. En esta región, así como en varios países de América del Sur, los sicarios campan por sus respetos. Publican anuncios ofreciendo sus "servicios" y su tarjeta de presentación es llevar más de 20 años en el negocio. Uno de estos sicarios informaba a través de internet que había "dado *piso* a más de 200 personas" y que "tiene en su haber más de 700 trabajos bien realizados, con clientes siempre contentos". Las tarifas por asesinato oscilan entre los 500 (a veces, mucho menos) y los 20.000 dólares[21].

El fenómeno de las pandillas juveniles (las *maras*), que tienen su origen en las repatriaciones de muchos jóvenes centroamericanos desde Estados Unidos (Los Ángeles y Houston) a sus países pobres de origen, donde no tenían inserción social ni trabajo[22]. Las maras se han extendido como una balsa de aceite y se han instalado en Honduras y El Salvador, al punto que en este país parece que el Estado ha llegado a una suerte de pacto con estas bandas con la mediación de la Iglesia Católica.

Otras organizaciones criminales, como Los Zetas, que surgen de militares desertores de unidades de élite del ejército mexicano (además han reclutado a guatemaltecos) conforman uno de los carteles de la droga más conocidos, se dedican al tráfico de drogas, al homicidio, al tráfico de personas, a la extorsión, al secuestro y al robo de automóviles. Pero éstos no son la única organización criminal del narcotráfico en México.

Por eso, las respuestas transnacionales, comprendiendo una mayor cooperación policial y judicial, son imprescindibles y deben apoyarse las iniciativas de integración y, en un primer momento en mecanismo que permitan armonizar el marco normativo en que se desenvuelven los países, para evitar que las diferencias en la regulación de las instituciones, en la tipificación y sanción de las conductas, en los procedimientos de persecución y en las previsiones de la intervención de la Administración se conviertan en un incentivo.

Es preciso avanzar decididamente hacia la armonización de políticas públicas y, muy en particular, de las normas penales y procesales que se han de aplicar para perseguir la criminalidad organizada. Eso pasa por aproximar los instrumentos a disposición de la justicia penal que permiten las investigaciones encubiertas, la persecución en caliente, la puesta en marcha de equipos conjuntos de investigación, las entregas vigiladas, la protección de testigos y peritos en el extranjero, videoconferencia, decomiso de bienes, levantamiento del secreto bancario, financiero o comercial y obtención de pruebas que se encuentran fuera del país. Todo ello con la finalidad de combatir eficazmente una serie de delitos como los de asociación ilícita, blanqueo de capitales, tráfico de drogas y de precursores, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, cohecho o tráfico de influencias. Para lograr estos objetivos comunes, la cooperación jurídica, la cooperación en el campo del Derecho, resulta un elemento fundamental, sobre todo si esa cooperación se presta por organizaciones políticas especializadas que estén formadas por elementos gubernamentales y con una amplia implantación regional.

4. SEGURIDAD JURÍDICA Y DESARROLLO ECONÓMICO

Pero Iberoamérica, más allá de la justicia penal y del imprescindible reclamo de seguridad pública, es también una comunidad de naciones con intereses de desarrollo humano, de mejoras sociales, de incremento del bienestar de los ciudadanos, de crecimiento económico.

En 2012 América Latina ha experimentado, por tercer año consecutivo, un crecimiento de flujos de inversión extranjera directa, lo que resulta especialmente significativo en un contexto de crisis mundial y de contracción de las inversiones (de un 13% mundial), lo que ha colocado a la región en un 12% de la Inversión Extranjera Directa (IED).

Mientras que durante 2010 la llegada de IED a Latinoamérica aumentó un 40%, hasta superar los US$ 113.000 millones, en el resto del mundo el aumento no llegó al 1%; y la inversión de los latinoamericanos en otros países de América Latinoamérica se multiplicó por cuatro, hasta alcanzar los US$ 43.000 millones (de ellos, el 90% correspondió a México, Brasil, Chile y Colombia).

Es de hacer notar que la inversión de la UE y la de EEUU, que tradicionalmente eran los principales ha descendido notablemente. Así, mientras en el periodo 2006-2009 España se situaba en segundo lugar con el 10% de la inversión, seguida por Holanda y Reino Unido (con 5 y 4% respectivamente), en 2012 el segundo lugar después de EEUU lo ocupa Holanda con un 11%, mientras que Canadá se ha colocado en un 6% y España se ha quedado en un 5%, en un claro contexto de desinversiones de nuestro país en la región. Mención aparte merece China, que es el tercer socio comercial tras EEUU y la Unión Europea, aunque se espera que el año próximo supere a esta última.

Como último elemento de análisis es preciso destacar la propia participación latinoamericana en el comercio regional, que pasó del 1,6% en 2000 al 8% en 2009 y al 14% en 2012.

Si bien se expandieron los flujos inversores hacia América del Sur (12%), el Caribe (39%) y Centroamérica (7%), disminuyeron aquellos dirigidos hacia México (-38%), que se sitúa en el nivel más bajo desde 1999. El mayor crecimiento se produjo en Perú (49%) y en Chile (32%), así como en Argentina (27%) y Colombia (18%). Brasil sigue siendo el principal receptor de inversión, con un 38% del total, y Chile se ha colocado en segundo lugar[23].

De acuerdo con los datos de CEPAL[24], la Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe creció en 2011 por segundo año consecutivo, llegando hasta los 153.991 millones de US$, lo que supone un 12% más que el máximo histórico registrado en 2008; y en 2012 volvió a crecer en un 5,7%, alcanzándose un record histórico de 174.546 millones de US$. Este aumento se ha correspondido con una recuperación de los flujos a nivel mundial, tras las caídas registradas en 2008 y 2009 que afectaron tanto a los países desarrollados como a las economías en desarrollo. En el contexto de esta alza, América Latina y el Caribe se ha destacado por ser la región que más aumentó sus ingresos en los últimos años, al incrementar su participación en el total mundial desde el 6% en 2007 hasta el 10% en 2011 y el 12% en 2012.

Por su parte, en 2013 no se prevé un cambio radical en la tendencia de la IED en América Latina y el Caribe. El crecimiento económico se estima que será del 3,5%, sostendrá la reinversión y nuevas inversiones orientadas al mercado interior. La CEPAL estima que las corrientes de inversión extranjera directa variarán entre una caída del 3% y un alza del 7%[25].

La relación entre la seguridad jurídica y el tráfico económico es una realidad constatable que, entre otras instituciones, se ha puesto en valor por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Banco Mundial en proyectos como “Doing business”.

Una mayor seguridad jurídica redunda en un mayor nivel de inversión, y en sentido contrario, las esferas de impunidad, la falta

de certeza sobre los instrumentos jurídicos a disposición del empresario y problemas como la excesiva dilación o el elevado coste de los procedimientos desincentivan notablemente las inversiones, especialmente las extranjeras, lo que perjudica la economía y, en última instancia, el desarrollo social.

La toma de conciencia de esta realidad conduce necesariamente a concluir que las reformas normativas tendentes a la mejora del marco jurídico sustantivo y de los procedimientos civiles y mercantiles deben tomar en cuenta no sólo los aspectos técnico-jurídicos, sino aspectos sociales entre los que cobra una especial función los referidos a la promoción de la economía y el desarrollo de los pueblos.

Esta realidad toma mayor importancia en un contexto socio económico como el que atravesamos en el momento actual, en forma de crisis económica global.

Los países de la Comunidad Iberoamericana se hallan inmersos en el proceso de modificación de sus contextos procesales mercantiles, bien en la fase inmediatamente posterior a la aprobación de las nuevas normas, como El Salvador, bien avanzando en tal reforma, como es el caso de Chile, bien en el punto de partida para dar inicio a las reformas del ordenamiento jurídico, como el caso de Ecuador.

España no debería ser ajena a esta situación de crecimiento de América Latina, que se está colocando en el mapa por primera vez en su historia; su apuesta por esta región y por esta Comunidad de naciones ha sido siempre clara y sin reservas, entre otras cosas porque el presente y el futuro español no se construye de espaldas a esta comunidad de países que hemos ayudado a construir.

Sin embargo, languidece la presencia española en el otro lado del atlántico; se puede fácilmente constatar que las desinversiones españolas en América Latina vienen siendo una constante durante los últimos años; España, las empresas españolas, están saliendo de los mercados latinoamericanos y prueba de ello es la caída de la posición española entre los países que invierten en la región. A este dato hay que añadir una falta de voluntad política del Gobierno, más allá de retóricas declaraciones, para mantener el esfuerzo que España venía realizando en el campo de la cooperación al desarrollo, un abandono de la presencia española en campos donde estaba situada en una posición de privilegio y una cadena de errores incomprensibles en decisiones de política exterior.

Este cúmulo de circunstancias no sólo han rebajado la posición inversora de España en América Latina, es decir, su peso económico, sino que nuestro país está perdiendo a marchas forzadas la posición política que durante algunas décadas se había estado fraguando; España es hoy un país más de la Unión Europea y ya no es el interlocutor privilegiado ante los veintiocho; esa posición pueden ocuparla ahora otros Estados europeos que están apostando decididamente por la región, como Holanda, Alemania o Francia.

Es evidente que la misma globalización ha promovido sociedades interrelacionadas en términos económicos, comerciales y financieros. Las transacciones funcionan eficazmente permeando las fronteras nacionales, moviéndose con soltura en un mundo entrelazado por vínculos económicos de todo tipo. Es de sobra conocido que el funcionamiento de la economía está afectado por variables de tipo institucional. Entre ellas, las relacionadas con la justicia son, sin duda, especialmente relevantes.

Es verdad que el rendimiento económico, y especialmente la inversión, en los países de Latinoamérica se ve afectado por múltiples factores, entre los que destaca el riesgo derivado de posibles cambios en el contexto político. Porque, contrariamente a lo que con alguna frecuencia se cree, no hay una sola América Latina, sino muchas; así, no es comprable la situación política, económica o social de Chile con la de Brasil o la de Uruguay, tres países de Sudamérica que cuentan en este momento con gobiernos de izquierda, con la de Nicaragua, Ecuador, Venezuela o Cuba, también con

regímenes de izquierda; no puede compararse Panamá con Guatemala o con Honduras, países con gobiernos de derecha, con Colombia o con República Dominicana; ni México con Costa Rica, con Perú o con Argentina.

Pero, sobre todo, en las relaciones económicas, en las inversiones en países extranjeros, ha de tenerse en cuenta el impacto, tan recurrente, de la seguridad jurídica; es decir, de la capacidad de cada Estado de ofrecer certidumbre sobre lo que es derecho en cada momento, sobre lo que las normas establecen que se puede o no hacer, y sobre lo que previsiblemente estará permitido o prohibido en el futuro; en otras palabras, la seguridad jurídica presupone claridad, estabilidad y previsibilidad del entorno normativo, tres factores consustanciales a la decisión de inicio de una actividad productiva y a la inversión en innovación[26].

Estos argumentos apuntan claramente a la idea de que una mayor inseguridad jurídica reduce notablemente la rentabilidad percibida de cualquier inversión y, por tanto, constituye un elemento altamente desincentivador. Y si la inversión se realiza, la empresa se asegurará de cargar la correspondiente prima de riesgo en lo que produzca. Como señala Carmen VARGAS, habrá que estar al valor esperado, que sería el resultado de la rentabilidad esperada por la probabilidad de obtenerla, y "cualquier expectativa de inseguridad se traduce en la exigencia de una mayor rentabilidad, aplicando primas de riesgo elevadas (mayores precios, exigencia de mayores subvenciones, exigencia de mayores garantías y mayor tipo de interés para la concesión de préstamos)"[27].

La seguridad jurídica es incompatible con unos altos índices de criminalidad, porque entonces se ha de incurrir en cuantiosos gastos en autoprotección, prevención o disuasión; es incompatible con la corrupción, que generalmente se asocia en gran discrecionalidad en la aplicación de las normas; es incompatible con unos procedimientos de resolución de conflictos jurídicos ineficaces e ineficientes, debido entre otras cosas a una defectuosa aplicación de las normas; es incompatible con situaciones de inestabilidad política, y es incompatible además con un ordenamiento jurídico poco claro, mal diseñado, incongruente, inestable y fragmentario[28].

5. LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FACTOR DE SEGURIDAD JURÍDICA

En las relaciones sociales y económicas, en los flujos humanos y financieros dentro de América Latina y de los países ibéricos con esa región, los vínculos se han incrementado de forma exponencial. La facilidad en los transportes y las comunicaciones, y las nuevas tecnologías, han dado lugar a relaciones transnacionales cada vez más intensas. Aumentan los matrimonios entre ciudadanos de estos países, se viaja más y aunque los flujos hacia Europa se han revertido por la crisis económica en Europa, y muy especialmente en España, aparece una ciudadanía mucho más activa, más compleja, con identidades múltiples y más empoderada en sus derechos.

Claro es que este fenómeno incrementa también el número de conflictos y de procesos transnacionales. Por eso, la cooperación jurídica internacional es un elemento capital para que la respuesta del sistema de justicia sea eficaz, bien sean procesos penales o se trate del cumplimiento de obligaciones civiles. La cooperación jurídica pone en común experiencias, pero sobre todo pone en común medios y recursos que pueden compartir varios Estados.

Con fundamento en la confianza recíproca en los distintos sistemas jurídicos, la cooperación en este campo permite dar curso de manera eficiente a los procedimientos con elementos de extranjería allá donde se están sustanciando y, más allá de eso, permite actuar conjuntamente a las autoridades de varios Estados cuando la respuesta individual es insufi-

ciente para abordar un determinado fenómeno jurídico.

Es cierto que se han dado unos pasos muy tímidos en este campo; las convenciones multilaterales carecen de instrumentos coercitivos para exigir el cumplimiento de los preceptos de la convención, que es a lo que se han comprometido los países signatarios[29]. Sin duda falta mucho por hacer, aunque también se ha avanzado con decisión otorgando eficacia a las normas convencionales como derecho interno, de directa aplicación en los países, como sucede en las últimas Convenciones de las Naciones Unidas, la Convención de Palermo, contra delincuencia organizada trasnacional, de diciembre de 2000, o la Convención de Mérida, contra la corrupción, de octubre de 2003.

En la región iberoamericana se han puesto en pie mecanismos que hemos de reivindicar, y que en este momento crucial se debieran continuar apoyando. Uno de ellos, quizá el más eficaz hasta ahora, es IberRed, la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. IberRed se creó en Cartagena de Indias en 2004 y fue el fruto de la generosa puesta en común de las conexiones y los contactos que tenían los tres grandes actores públicos del sector justicia: los poderes judiciales, reunidos en la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI); los fiscales, integrados en la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), y los Ministerios de Justicia, que habían conformado la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB).

IberRed es el vehículo por donde se pueden canalizar las iniciativas de cooperación jurídica en esta región, pasando por encima de los mecanismos estrictos y formales previstos en los convenios de asistencia legal o de extradición. Funciona mediante puntos de contacto (en número de 10 por país) que designan cada una de las instituciones para atender las peticiones de cooperación que se presentan desde el extranjero; estos puntos de contacto, que son jueces, fiscales o funcionarios del Ministerio de Justicia (o equivalente, como la Procuraduría en México o en la República Dominicana) son los encargados de transmitir la solicitudes que se reciben por IberRed al órgano nacional que puede atenderlas. Como puede comprenderse, esta Red no pretende sustituir y eliminar los cauces tradicionales de las comisiones rogatorias, pero sí pretende preparar el camino, interviniendo a través de un medio de comunicación seguro (el iber@) en todo el procedimiento de cooperación, desde los contactos iniciales para solicitar información a las autoridades de otro Estado (normalmente sus homólogos, aunque puede dirigirse al punto de contacto que considere oportuno), hasta llegar a canalizar las solicitudes formales[30].

Como en tantas otras ocasiones, el problema de IberRed es el de los recursos económicos con los que puede contar para optimizar sus prestaciones. La supervivencia de IberRed estará en el aire si falta un presupuesto suficiente para el mantenimiento técnico solvente de la red, para la formación de los puntos de contacto en el manejo del iber@, para implementar proyectos tendentes a potenciar el uso de IberRed y de los mecanismos iberoamericanos de cooperación jurídica y, finalmente, para mantener una mínima infraestructura de gestión. Entiendo que no nos podemos permitir que esta Red fracase, y eso sucederá muy probablemente se deja languidecer con la idea de que luego resurgirá; si se abandona a su suerte, desaparecerá. Esa responsabilidad deberán asumirla los mismos tres organismos públicos que la crearon: la CJI, la AIAMP y la COMJIB, en el bien entendido que los principales usuarios de IberRed suelen ser los fiscales, encargados de la investigación de los delitos en la inmensa mayoría de los países iberoamericanos.

Además de esta cooperación en el funcionamiento del sistema de justicia, la COMJIB cumple un papel esencial en este campo. Esta organización gubernamental ha venido propiciando la aprobación de instrumentos internacionales de gran importancia: desde declaraciones de Ministros sobre distintas materias, hasta numerosas Recomendaciones de la Conferencia de Ministros, entre otras, la llamada

Declaración de San José; Recomendación de la COMJIB relativa al acceso a derechos de las personas privadas de libertad en Iberoamérica, aprobada en 2010. Pero además la COMJIB ha auspiciado la aprobación de convenios regionales: un Convenio Iberoamericano ya antiguo sobre intercambio de antecedentes penales, y en fecha más reciente, el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre sistemas de justicia de 2010, y un Acuerdo sobre simplificación de la extradición entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa, de 2010.

La versatilidad de la COMJIB le ha permitido intervenir como un actor relevante de la cooperación al desarrollo en materia de justicia en la región, porque goza de la gran ventaja de estar conformada por los responsables de las políticas públicas de justicia, de modo que el impacto de la actuación de cooperación está asegurado de antemano. En este sentido la COMJIB ha desarrollado algunos componentes del programa Eurosocial de la Unión Europea, encargándose de la gestión de este complejo programa, así como acciones y proyectos de cooperación sur-sur y triangular que han producido resultados muy señalados.

Pero sobre todo cabe destacar la intervención de la COMJIB en el componente de seguridad del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), en donde con la intervención y los aportes de las más altas magistraturas del sector justicia en Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, ha aprobado un conjunto de normas penales y de instrumentos procesales para combatir la delincuencia organizada trasnacional, en la seguridad de que los esfuerzos separados de los países son la mejor garantía para lograr espacios de impunidad. La labor realizada ha merecido la pena, aunque ahora, lograda la voluntad política, es preciso sumar el esfuerzo diplomático del organismo regional y de las instituciones que han auspiciado esta iniciativa.

En resumen, el desafío es grande: la región iberoamericana se enfrenta a retos colosales en lo que se refiere a desarrollo, conflictos, violencia, impactos económicos, cohesión social y desarrollo humano. Sin embargo, mediante una acción coordinada y respuestas conjuntas, desde políticas de integración y armonización legislativa con perspectivas regionales, se podrán consolidar instituciones eficaces capaces de proteger los derechos de los ciudadanos y, por tanto, de contribuir a generar mayor bienestar y una vida mejor.

6. A MODO DE CONCLUSIONES

Se podrían finalizar estas reflexiones con cinco conclusiones que derivan de las ideas expuestas:

1ª. Se debe incrementar la lucha contra la delincuencia organizada trasnacional. La criminalidad es hoy el principal riesgo de desestabilización política en la región; de ahí que su combate sea una prioridad política para los gobernantes de todos los países latinoamericanos.

2ª. Más allá del ámbito estrictamente penal, la armonización normativa, que tiene como base la cultura común iberoamericana, es el único camino posible para mejorar la justicia, y por ello se convierte en primordial la tarea de seguir perfeccionándola.

3ª. Los proyectos de cooperación en materia de justicia siguen siendo esenciales. La crisis económica no puede frenar ni la cooperación sur-sur, entre los países de Latinoamérica, ni la cooperación triangular, con transferencia desde los países más desarrollados.

4ª. La seguridad jurídica es uno de los factores más relevantes de los intercambios comerciales, como elemento que proporciona previsibilidad y seguridad, de modo que se deben emprender actuaciones que incrementen la certeza sobre el presente y el futuro jurídico de las inversiones.

5ª. Es necesario seguir apoyando e impulsando esquemas de cooperación en el ámbito de la justicia. Hay países latinoamericanos que por sí solos no están en capacidad de sostener la estructura necesaria para promover iniciativas regionales, aunque eso no requiere de importantes recursos económicos para desarrollar acciones de impacto. Se requiere un sostenido compromiso y voluntad política.

NOTAS

1. Este trabajo quiere ser un modesto homenaje a un gran profesor, que merece un enorme reconocimiento por su inmensa labor investigadora, señalando campos de estudio científico inexplorados en el mundo jurídico; y sobre todo una manifestación de gratitud a una bella persona que, al propio tiempo que bonhomía, ha derrochado grandes dosis de amistad. Nos dejó en los primeros días de 2010; fui uno de los muchos afortunados a quienes nos regaló su afecto y su amistad.

2. Como obra póstuma, Santos PASTOR dejó escrito su *Análisis económico de la Justicia y la reforma judicial*, 2009, que me cabe el honor de coordinar y que se halla en prensa.

3. *Seguridad ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina (Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014)*, PNUD, noviembre 2013, pág. V, donde sigue diciendo que "Entre el 2000 y el 2010 la tasa de homicidios de la región creció 11%, mientras que en la mayoría de las regiones del mundo descendió o se estabilizó. En una década han muerto más de un millón de personas en Latinoamérica y el Caribe por causa de la violencia criminal". Se dice que la mayoría de los países de la región tiene tasa de homicidios con los niveles de epidemia según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (pág. III). Se puede consultar este Informe en http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf

4. Datos de 2011. https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/homicide.html Fuente: Oficina de Naciones Unidas para la Droga y el Crimen: UNODC. El porcentaje en Honduras ha ido creciendo año a año desde 2004 (32,0) y 2155 personas asesinadas, a 2011 (91,6) y 7104 personas.

5. La distribución de los homicidios dentro de Honduras es desigual, y llegan a alcanzar tasas de 181.5 en La Ceiba y de 166.4 en San Pedro Sula, mientras en Yuscarán es del 30.2 y en Nacaome del 15.1, de acuerdo con el citado Informe del PNUD *Seguridad ciudadana con rostro humano*.

6. Liechtenstein y Mónaco han tenido 0 y Malta 0,7.

7. Informe del PNUD citado, pág. 105.

8. En el estudio acerca del impacto económico de la violencia criminal urbana en Brasil, Colombia, El Salvador, México y Perú, auspiciado por el BID, realizado por Juan Luis Londoño, Alejandro Gaviria y Rodrigo Guerrero (eds.), *Asalto al desarrollo: Violencia en América Latina*, 2000, citado por Mayra Buvinic, *Un balance de la violencia en América Latina: los costos y las acciones para la prevención*, en "Pensamiento iberoamericano", nº 2, pág. 45, se dice que "los cálculos finales de costos se expresaron como un porcentaje del producto interior bruto de 1997. Los costos variaron entre una bajo 5,1% en Perú y un alto 24,9% en El Salvador, con una media de 14,2% para los seis países".

9. *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes. Research report*, Viena, octubre 2011, que se puede consultar en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf

10. El tráfico de drogas sigue siendo la forma más lucrativa de negocio para los delincuentes, ya que tiene un valor anual estimado en 320.000 millones de dólares. En 2009 la UNODC calculó que el valor anual aproximado de los mercados mundiales de cocaína y opiáceos ascendía a 85.000 millones de dólares y 68.000 millones de dólares, respectivamente. Cfr. el Informe de la UNODC *Estimating illicit financial flows resulting…,* citado en nota anterior.

11. Si bien las cifras varían, según una estimación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizada en 2005, el número de víctimas de la trata en un momento dado era de alrededor de 2,4 millones y las ganancias anuales de unos 32.000 millones de dólares. Sin embargo, las estimaciones más recientes y precisas de la OIT sobre las

tendencias generales del trabajo forzoso nos inducirían a pensar que el alcance del problema es mucho mayor. Cfr. el Informe de la UNODC *Estimating illicit financial flows resulting…,* citado.

12. Según el citado *Informe Regional…* del PNUD, pág. 105, "sin el exceso de muertes por homicidio, en promedio, los países en América Latina habrían logrado una ganancia de US$51 en el PIB per capita. En países como El Salvador, Guatemala y Venezuela, este valor habría superado los US$70 en el PIB per capita".

13. Los datos referidos en el *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014,* cit., pág. 103, son espeluznantes; a partir de un estudio sobre 15 países de América Latina, el estudio concluye que el exceso de muertes por homicidios frente a la "tasa natural de homicidios" (entendida por tal la media mundial) le hizo perder a la región 331 millones de años de vida en 2009.

14. *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014,* pág. 95. En la pág. 97 se dice que "Un fenómeno que acompaña la privatización de los espacios es la aparición de barrios y conjuntos cerrados: la "arquitectura del miedo". Ésta es una forma de organizar la ciudad basada en el aseguramiento y la protección (Petrella y Vanderschueren 2003, 218). Las clases altas y medias crean espacios privados seguros que simulan el espacio público y de los cuales se excluye a los pobres. En Porto Alegre, Santiago, Quito, Lima, Guadalajara o Buenos Aires, por ejemplo, los condominios incluyen viviendas, zonas verdes y canchas deportivas, oficinas, almacenes e incluso hospitales, lo que conforma verdaderas ciudadelas privadas. Esta tendencia, por supuesto, agrava la desigualdad social y dificulta la construcción de una identidad colectiva (Segovia 2002)." En este mismo Informe se dice, p. 97, que "Ante la inseguridad, muchas empresas han optado por abandonar estratégicamente el negocio, es decir, que el propietario reduce o suspende la inversión para disminuir la visibilidad y el atractivo de su empresa —por ejemplo, dejan deteriorar la infraestructura para dar la impresión de que el negocio está en crisis—. A veces, las empresas se abstienen de ampliar sus operaciones, aunque tengan recursos y existan oportunidades de mercado. El estudio de uno de los grandes almacenes en Monterrey, México, muestra que el dueño de la empresa decidió suspender la venta de maquinaria y herramientas caras, y se dedicó a líneas menos costosas —y menos rentables— para evitar el escrutinio de bandas criminales y extorsionadores (Moncada 2013)".

15. Ver las características y normativa que las autoriza en http://zede.gob.hn

16. Citado en el *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014* del PNUD*,* cit., pág. 99.

17. Cfr. Santos PASTOR, *Análisis económico de la Justicia y la reforma judicial*, 2009, en prensa.

18. Se sostiene en el Informe del PNUD *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014…,* cit., pág. 99, que "las personas que son víctimas de la violencia y el delito en la región muestran menor apoyo a este régimen político y están más dispuestas a respaldar la mano dura, así como respuestas al margen de la ley".

19. Según el Informe del PNUD *Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014…,* cit., pág. 121, "la falta de legitimidad del sistema de justicia criminal genera incentivos para que los individuos no encaucen sus conflictos y denuncias a través del sistema legal, y busquen, en cambio, resolverlos a través de instituciones y prácticas informales. En algunos lugares, la desconfianza en el sistema de justicia y la impunidad del delito han llevado a la justificación de mecanismos privados y comunitarios de seguridad. Un caso extremo es el fenómeno del linchamiento —una práctica ilegal originada por la reacción desesperada de poblaciones poco protegidas por el Estado frente a la criminalidad y la violencia—. Esta práctica se ha documentado en países como México, Guatemala, Brasil, Ecuador y en las zonas altoandinas de Perú y Bolivia (Snodgrass 2006; Santamaría 2012)".

20. Según "El Periódico" de Guatemala de 11 mayo 2011, por matar a alguien, un sicario puede cobrar desde US$15 hasta decenas de miles. El sicariato en Guatemala, El Salvador, Honduras y México está reclutando a innumerables jóvenes, incluso menores de edad, que son seducidos por la facilidad de ganarse un dinero que les ofrezca respeto y temor… En 2009 se han producido cerca de 21 mil asesinatos en manos de sicarios en América Latina. Ajustes de cuentas, Narcotráfico, Inmigración o Drogas son las empresas donde los servicios especializados del terror ofrecen sus pistolas, nervios y vidas, ya que la edad media de un joven sicario de las zonas bajas no suele rebasar los 27 años."

21. Sobre pandillas juveniles, cfr. las referencias en Pierre Salama, *Informe sobre la violencia en América Latina*, en "Revista de Economía Institucional", vol. 10, nº 18, 1º trim. 2008, págs. 92 y ss.

22. Ver en "*La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, 2012*", CEPAL, publicado en Santiago de Chile, 2013, pág. 10, que puede consultarse en el siguiente enlace http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/49845/LaInversionExtranjeraD2012.pdf

23. Ver el Informe citado en nota anterior.

24. Ver Informe cit., pág. 17.

25. Si hace un repaso por los asuntos que han tenido entrada en el CIADI (el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones) del Banco Mundial en los últimos años, las demandas contra países de Latinoamérica son, con diferencia, las más numerosas. De los 186 pendientes, 76 son contra países de América Latina (de ellos, 27 contra Venezuela y 23 contra Argentina). Cfr. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending

26. *Un enfoque económico de la inseguridad jurídica*, non paper, 2010, que he podido consultar por gentileza de la autora.

27. Cfr. En este sentido, Carmen Vargas Pérez, *ídem*.

28. Las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, con sede en Ginebra, como órgano del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, carecen de efectos vinculantes y no tienen fuerza ejecutiva en el Estado contra quien se declara la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto.

29. Una vez homologada la seguridad de las comunicaciones realizadas a través de IberRed, es decir, utilizando el iber@, no debería haber inconveniente alguno para reconocer que a través de este vehículo se puede, con gran ventaja, sustituir la lenta y costosa vía diplomática en la transmisión de las comisiones rogatorias. Esta decisión podría adoptarse por medio de un Convenio iberoamericano.

Fecha de recepción: 30/03/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DE LA DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN: UNA REFLEXIÓN DESDE EL PENSAMIENTO DE VON WRIGHT

METHODOLOGICAL PRESSUMPTIONS OF OMISSION DOGMATICS: A REFLECTION FROM VON WRIGHT'S THINKING

Tomás S. Vives Antón

RESUMEN

El tema de este artículo es el examen de algunos problemas acerca de las omisiones (so solo "no acciones", si son algo o más bien nada, si son o no acciones, etc…) desde la filosofía de von Wright.

El análisis concluye que la proyección del concepto de omisión de von Wright sobre la vida social es un error peligroso.

PALABRAS CLAVE

Omisión, Abstención, Acción, Normatividad, Libre albedrío, Determinismo, Lenguaje común, Garantías constitucionales.

ABSTRACT

The matter of this article is the examination of some questions about omissions (if they are only "not actions", if they are something or better nothing, if they are or not actions etc.) from the Philosophy of von Wright.

The analysis concludes that the projection of von Wright´s concept of omission over social life is a dangerous mistake.

KEY WORDS

Omission, Forbearance, Action, Normativity, Free will, Determinism, Ordinary language, Constitutional rights.

PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DE LA DOGMÁTICA DE LA OMISIÓN: UNA REFLEXIÓN DESDE EL PENSAMIENTO DE VON WRIGHT*

Tomás S. Vives Antón
Profesor Emérito de Derecho Penal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. La concepción de la omisión en von Wright: A. La abstención (forbereance) B. La omisión (omission, unterlasung) C. Excurso: abstenciones, omisiones y normas. 3. Omisión y existencia: A. La interdicción de Radbruch B. ¿Es algo la omisión? C. Un aire de familia. 4. Intención: A. Intención y significado: una visión panorámica. B. La posición de von Wright. 5. Libertad y omisión: A. Omisión y poder obrar de otro modo B. ¿Determinismo? 6. Conclusiones provisionales. 7. Epílogo: omisión, lenguaje común y garantías constitucionales. NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Dado el título propuesto, abordaré exclusivamente algunos de los problemas que atañen al modo de concebir la omisión y son previos a su desarrollo por la dogmática penal, como por ejemplo, el de precisar si omitir es, sencillamente, no hacer o comporta algún requisito más y, en su caso, de qué naturaleza es ese requisito ("interno" o "externo", "naturalístico" o "normativo") y, en consecuencia, qué es la omisión (si es algo o, por el contrario, más bien no es nada), si las omisiones son o no acciones, etc, etc.

Dar respuesta a esas cuestiones parece, en principio, corresponder a la filosofía. Por eso he escogido para reflexionar sobre ellas analizar el pensamiento de von Wright, al que ya dediqué unas insuficientes consideraciones en mis *Fundamentos del sistema penal.* Creo que esas consideraciones merecen ser ampliadas por su

* Ponencia presentada a las jornadas sobre los delitos de omisión celebradas en el departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Valencia, los días 7 y 8 de noviembre de 2013.

relevancia intrínseca; pero, me pesan también otros motivos históricos. En efecto, Manuel Atienza, en un trabajo publicado en el Anuario de Filosofía del Derecho (*Para una teoría general de la acción penal)*, objetó a la exposición que de la omisión se hacía en la Parte General que publiqué con el profesor Cobo del Rosal algo que, de ser correcto, la anularía casi por completo.

Decía así:

> "Con ello quiero decir que *no solamente el concepto de omisión, sino también el de acción en sentido estricto —en cuanto conceptos jurídico-penales— tienen carácter normativo*. La idea que mientras la omisión presupone la existencia de normas, cabe hablar de acción en un plano puramente naturalístico, con independencia de toda norma, me parece francamente extraña. COBO-VIVES argumentan la anterior afirmación de la siguiente manera: en la omisón, la norma aparece como factor constituyente del comportamiento, que solamente puede ser concebido como tal omitir, si se parte de la existencia de una norma en virtud de la cual puede esperarse determinada acción positiva El hacer, sin embargo, existe o puede existir con independencia de toda norma. Robinson en su isla, no obstante la posible carencia de todo sistema normativo, podría realizar, sin duda, acciones: comer, pasear, etc. Pues toda una serie de actos puede describirse recurriendo exclusivamente a referencias ónticas. (p. 328) Y lo que no entiendo del argumento es por qué, a partir de lo anterior, no puede afirmarse también el buen Robinson omitió muchas veces pasear (por ejemplo, en el tiempo que dormía, dado que Defoe no indica en ningún momento de su obra que Robinson padeciera sonambulismo) y siempre (por lo menos mientras estuvo en su isla) hacer el amor. Evidentemente, si se supone que la vida solitaria de Robinson no estaba sometida a ninguna norma, entonces sus omisiones no significaban la realización de algún comportamiento obligatorio, prohibido, permitido o facultativo (es decir, no tenían carácter normativo ni, *a fortiori*, jurídico), pero lo mismo cabría decir de sus acciones".

Por aquel entonces, el pensamiento del profesor de Alicante acerca de la acción y de la omisión descansaba, explícitamente, en el de von Wright; y, sobre esa base, sostenía que el hipotético Robinson podía omitir casi cualquier cosa que no hiciese: comer, pasear, bañarse, etc. Pese a la seguridad con la que Atienza formulaba su objeción y el prestigio del autor en que se apoyaba, ni siquiera intenté rebatirla en posteriores ediciones de la Parte General, quizás porque, dado que von Wright se proponía, con sus observaciones sobre la acción, proporcionar una base a su elaboración de la lógica deóntica, pensé que la idea que por aquel entonces profesaba Atienza (la idea de que, a partir del análisis de von Wright podrían resolverse los problemas de la acción y de la omisión en Derecho Penal), era muy poco probable.

Pero, si no contesté entonces, fue también por una serie de consideraciones de las que enumero a continuación las más importantes:

En primer lugar, porque su razonamiento parte de una premisa implícita e impertinente, a saber, que la doctrina penal busca formular conceptos jurídico-penales de acción u omisión, dado lo cual es un truísmo decir que tales conceptos habrían de ser normativos; pero lo que la doctrina penal inquiere es si existe un concepto general, prejurídico, de acción, que podría no tener tal carácter. Y, en segundo lugar, porque mis ideas acerca de la acción y de la omisión evolucionaron y pensé que ya no tenía importancia alguna la respuesta.

Sin embargo, pienso ahora que, habiendo sido von Wright uno de los albaceas de la obra de Wittgenstein (junto a Rush Rhees y M. Anscombe), muy probablemente habría aportado observaciones interesantes para mi concepción actual de la acción y de la omisión: basta recordar aquí uno de los epígrafes de su obra *Explicación y comprensión* (Alianza, Madrid, 1979, pág.11) según el cual "*la conducta intencional es un comportamiento significativo*". Con ese enunciado da un paso, todavía incompleto por las razones que ulteriormente se verán, hacia la que he denominado "concepción significativa de la acción" con la que he pretendido incorporar a los presupuestos conceptuales de la dogmática penal el pensamiento de Wittgenstein al respecto. De modo

que ahora veo claramente que el análisis crítico del pensamiento de von Wright ha de ser útil, necesariamente, para clarificar las estructuras conceptuales de la acción y de la omisión que es lo que aquí se pretende. Intentaré analizar la obra de von Wright tomando a Wittgenstein como referencia, pues sería un error entender que, dada su condición de albacea y su indiscutible conocimiento de Wittgenstein, von Wright es un oráculo respecto al pensamiento de su maestro que, sin duda, influyó en él; pero al que no supo o, quizás mejor, no quiso seguir totalmente. Si mi crítica está en lo cierto, mostrará que se equivocó al no hacerlo, pues Wittgenstein inaugura un nuevo paradigma (el que he denominado *pragmático - lingüístico*) que no puede convivir con fragmentos del anterior (la filosofía del sujeto) en el que, al menos parcialmente, parece anclado von Wright.

Pero, además del pensamiento de Wittgenstein, mi análisis tiene otro referente obligado, por más que no lo traiga a colación sino muy selectivamente: la dogmática penal. Habré de referirme de modo puntual a alguno de sus autores y problemas; mas quiero dejar sentado desde ahora que en el análisis dogmático de la omisión se parte de un presupuesto casi universalmente aceptado, a saber: que la omisión comporta un momento *normativo.*

Ciertamente, un autor de la importancia de Armin Kaufmann, de modo independiente o influido por von Wright, centra el concepto de omisión sobre la idea de ''posibilidad de acción", de manera que el concepto de omisión es, según él, prejurídico o, más aún, *prenormativo*. En efecto, más adelante (pág. 318) afirma qué ''la omisión es un fenómeno *pre*jurídico, que no nace del ordenamiento jurídico ni de otras expectativas".

Con esta y alguna otra excepción, la dogmática penal admite que la omisión tiene una esencia normativa. Para ponerlo de manifiesto me voy a limitar a citar los tres ejemplos de omisiones que propone Graf zu Dohna: la omisión de la madre de alimentar al hijo, el caso del guardabarreras que omite poner la señal de vías ocupadas induciendo a error al maquinista, y el de Teseo, que omite caminar las velas negras del barco con el que regresaba a Atenas tras dar muerte al Minotauro, como había convenido con su padre, dando lugar a que este se suicide En los tres casos se pone de manifiesto la presencia de un momento normativo: el deber legal de la madre de alimentar a su hijo, el nacido del oficio de guardabarreras y el que tiene su origen en el compromiso contraído por Teseo. En esos momentos normativos radica, según la inmensa mayoría de la dogmática, la esencia de la omisión.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA OMISIÓN EN VON WRIGHT

Las primeras referencias de la obra de von Wright que aquí van a considerarse se contienen en *Norma y Acción: Una investigación lógica*. La obra original se publicó en 1963. En esa obra no se habla de omisión sino de abstención (forbereance), pero su análisis de la abstención condiciona el que posteriormente hace de la omisión, por lo que es útil dejar una sucinta constancia de él.

A. LA ABSTENCIÓN

En la página 62 de la citada obra comienza von Wright caracterizando las abstenciones como correlatos de las acciones positivas y, al preguntarse "¿qué es abstenerse de (hacer) algo?" responde así:

> "Abstenerse no es lo mismo que no-hacer *simpliciter.* Que uno se abstenga de producir mediante acción el cambio descrito por - pTp o el estado de cosas descrito por p, no puede describirse por -d(-pTp). Si, por ejemplo, una determinada ventana está cerrada en una determinada ocasión, uno no la cierra en esa ocasión —pero tampoco se abstiene de cerrarla—. Además, las cosas que están más allá de la capacidad humana (es decir, cambiar el tiempo) uno no las hace —pero tampoco se abstiene de hacerlas—."

A partir de tales observaciones, propone la siguiente definición de abstención: "un agente en una ocasión dada de abstiene de hacer una determinada cosa si y sólo si *puede hacer* esa cosa, pero, de hecho *no la hace*". Dada esa definición, precisa von Wright que es el miembro más débil de una serie de nociones progresivamente más fuertes de abstención. Así, a renglón seguido, enumera algunas de esas nociones:

> "En nuestra definición, abstenerse de hacer algo que uno puede hacer no presupone tener consciencia de la oportunidad. En un sentido más fuerte de 'abstenerse', un agente se abstiene sólo de la acción que *sabe* que puede ejecutar en la ocasión en cuestión. en un sentido todavía más fuerte, un agente se abstiene sólo de la acción que sabe que puede ejecutar, pero decide (escoge, prefiere) dejar sin hacer en la ocasión en cuestión. Si, por añadidura, siente una inclinación o tentación de hacer la acción que escoge no hacer, entonces está absteniéndose en un sentido todavía más fuerte."

Dicho esto, tras una serie de análisis irrelevantes para la presente indagación, concluye que intentar hacer algo que está dentro de la capacidad del agente conseguir y no lograrlo se considera una abstención. "De acuerdo con esta *estipulación*", añade, "hacer y abstenerse son dos modos de acción *conjuntamente exhaustivos*. Si un agente puede hacer una cosa determinada, entonces en toda ocasión dada en que haya oportunidad de hacer dicha cosa o la hará o se abstendrá de hacerla".

Esa concepción no parece muy sólida, ni en sí misma ni como antecedente de la estructura conceptual de la omisión.

No resulta sólida en sí misma porque parece difícil encajar la estipulación de que quien intentó v.g. matar sin conseguirlo se abstuvo de matar. Ciertamente, en una conversación o en el foro, no podríamos expresarnos así. Tan aparentemente extraña estipulación obedece, al interés lógico de presentar la abstención como la negación de la acción positiva; pero, ese interés lógico, al deformar el uso común del lenguaje y contradecir el sentido común, no puede generalizarse pues, al hacerlo, da lugar a un concepto sencillamente erróneo.

Por otra parte, como antecedente de la estructura de la omisión, resulta profundamente incorrecto, porque abstención y omisión son a menudo incompatibles. Así, del alcohólico en proceso de curación decimos que se abstiene de beber vino y licores; pero, de ningún modo, podemos decir que omite beberlos, porque la omisión comporta un sentido de reproche que no puede atribuirse a un comportamiento correcto.

A lo que hay que añadir que concebir la omisión sobre la pauta de la abstención, sobre todo si es a partir de su definición más débil, provoca una insoportable inflación de omisiones.

Nuestras acciones tendrían un acompañamiento invisible de enjambres de omisiones de actos que ni siquiera sería posible enumerar, lo que materialmente no se justificaría ni siquiera desde la perspectiva, puramente formal, de facilitar un cálculo lógico; sin embargo al formalizar el momento normativo, podría resultar conveniente definir la acción y la omisión sin hacer referencia alguna a un momento con el que se integrará al formular las correspondientes proposiciones. De todos modos, es preciso pasar a los trabajos en los que von Wright habla de la omisión por su propio nombre, para ver hasta qué punto ha salvado los inconvenientes que derivan de haber tomado la abstención como punto de partida.

B. LA OMISIÓN

Hasta donde se me alcanza, la primera ocasión en que von Wright trata la omisión llamándola por su propio nombre alemán (*Unterlassung*) fue en un artículo de 1974 titulado *Handlungslogik*, editado, junto con otros por Hans Poser en el libro *Handlung, Norm und Intention*.

Lo que dice en esa obra de la omisión no resulta demasiado esclarecedor. Resumiendo,

sus afirmaciones, traducidas libremente, son las siguientes: "la acción, que algo afectadamente puede expresarse como *no leer*, puede, en una situación dada ser entendida como omisión. Esto es posible si las omisiones han de ser entendidas como acciones. En realidad, la omisión constituye un modo de comportamiento cuyas consecuencias son reprochables a quien lo lleva a cabo. *Por eso, yo* ***prefiero tratarla*** *como una especie de acciones* (pág. 107).

A lo que, casi inmediatamente, añade: "lo que el hombre hace es una acción que pudo haber omitido; y lo que ha omitido podía haberlo hecho. De este modo, acción y omisión son conceptos intercambiables". Y, más adelante, efectúa algunas precisiones sobre la omisión: "también una omisión puede ser intencional o no, del mismo modo que una acción positiva. En inglés una omisión intencional o no se caracteriza como abstención o como negligencia". "La omisión no querida ha de ser contemplada también como acción".

Interesa destacar aquí la constante referencia a la abstención que constituye el trasfondo de la concepción de la omisión de von Wright, pues tanto la intencional como la que no lo es caben en su concepto "débil" de abstención.

Dejando para más adelante el problema de si la omisión es o no una acción, cabe observar aquí que ese tomar su modo de concebir la abstención como referencia en la definición de la omisión es aún más patente en su conferencia de 1981 *Action theory as a basis for Deontic Logic*.

Así, en el capítulo 3 define la omisión, en el sentido más amplio, como "el *no hacer* una acción por un agente cuando hay una oportunidad (sinpliciter) para llevarla a cabo".

Este concepto es aún más amplio que el de abstención, pues para nada atiende a la capacidad del agente para llevar a cabo la acción de que se trate; de modo que, a juicio de von Wright quien tiene la oportunidad de realizar una acción y no lo hace *omite* aunque esté incapacitado para ejecutarla e, incluso, en el caso de que lo intente pero no lo consiga. Creo que esa concepción de la omisión no necesita crítica pues destruye de modo irreversible la gramática profunda de "omisión", es decir, el significado que tiene en los contextos originarios de habla, ajenos al perturbador interés lógico que guía a von Wright.

Basta señalar que ese modo de concebir la omisión no deja lugar en ella para ningún momento normativo. Sin embargo, junto al final del apartado 2, afirma lo siguiente:

> "En la mayoría de ocasiones en que la gente pudo haber conocido, pero no conoció, o pudo haber estado presente, pero no estuvo en el lugar oportuno probablemente diríamos que no tuvo la oportunidad de realizar la acción de que se trate y, en consecuencia, que propiamente no omitió realizarla. Pero no diríamos eso en todo caso. Si el agente, por alguna obligación moral, legal o de otra índole debiera haber conocido la oportunidad o debiera haber estado en el lugar adecuado, nosotros contaríamos, probablemente, su no haber ejecutado la acción como una omisión —y se lo reprocharíamos en consecuencia".

He aquí, justo antes de definir la omisión en los términos que acaban de exponerse, un ejemplo de omisión que sólo cabe entender en términos normativos. Pero Von Wright "omite" analizar la normatividad de la omisión lo que convierte su modo de concebirla en materialmente *inadecuado*, pues admite la existencia de omisiones que *no pueden* definirse sin referencias normativas.

La mayoría de la dogmática penal, según se ha dicho, entiende la omisión de algo sólo como un "no hacer" lo que, desde algún sistema normativo, debería ser hecho (y claro es que la relevancia penal de la omisión acaecerá sólo si la infracción del deber actuar aparece como presupuesto de una norma penal).

En consecuencia, parece que al menos en este punto, la dogmática penal hubiera podido orientar a von Wright y no a la inversa. Y también parece, en principio, que a falta de todo sistema normativo, Robinson en la soledad de su isla no hubiera podido, salvo que se hubiera autoimpuesto deberes, omitir nada.

[Robinson no es un ejemplo perfecto porque traía, de la sociedad civilizada de procedencia, pautas normativas a seguir para que las acciones ejecutadas merecieran la calificación que les imprime su nombre o tuvieran éxito. El olvido de alguna de esas pautas podría ser llamado, en sentido débil, omisión; y, en consecuencia, en este sentido lato, podría decirse que Robinson omite; pero la omisión en sentido fuerte, que comporta el incumplimiento de deberes auténticos (que son deberes para con los demás) no podría llevarla a cabo un individuo que vive en absoluto aislamiento antes de la llegada de Viernes, pues hasta las mismas ideas de obligaciones y deberes surgen, precisamente, de la vida en sociedad, como puso de manifiesto Toulmin.

C. EXCURSO: ABSTENCIONES, OMISIONES Y NORMAS

Von Wright no ignora la importancia de las reglas en el universo de la acción y la omisión. En efecto, analiza la que llama "presión normativa" sobre el actuar humano y efectúa una incursión en el ámbito de las reglas, distinguiendo entre las que gobiernan la conducta valorándola positiva o negativamente y las que definen distintas prácticas e instituciones sociales. Pero, pese a otorgarles ese papel rector e, incluso, definitorio, no las toma en consideración al analizar conceptualmente las acciones, abstenciones y omisiones; y eso, pese a que, como hemos dicho, su primera obra importante sobre este tema se llama "*Norma y Acción*". Pero, esos olvidos siempre acaban pagándose.

Para mostrarlo, recurriré al ejemplo de Danto, que desarrolla un interesante argumento contra el determinismo, a partir de una concepción de la abstención muy semejante a la de von Wright que prescinde de cualquier formulación relativa a la normatividad.

Como von Wright, sólo admite que un *no hacer* pueda calificarse de abstención si el que no hace algo hubiera podido, efectivamente, hacerlo. Danto analiza qué tipo de poder es necesario para calificar la conducta como una "acción de abstenerse"; y concluye que no basta el poder abstracto y genérico de hacer la cosa; sino que para que pueda hablarse de una abstención es preciso el poder efectivo y concreto de llevarla a cabo en la ocasión de que se trate.

Pues bien, la argumentación de Danto contra el determinismo dice así: si hay abstenciones, entonces un sujeto en una ocasión determinada puede hacer o no hacer algo efectivamente y, en consecuencia, su comportamiento no está predeterminado que aquí no nos incumbe analizar.

Sin embargo, por sí solo el argumento resultaría sofístico, pues la conclusión está incluida en las premisas: si la abstención se define como el poder concreto de hacer algo y no hacerlo es claro que, de existir, sería incompatible con el determinismo. Danto se percata perfectamente del problema y, tras haber puesto de manifiesto, sin proponérselo, el núcleo normativo de la abstención, que radica en su referencia conceptual a la libertad, se ve obligado a argumentar acerca de la existencia de abstenciones, para justificar su afirmación acerca de la falsedad del determinismo y, consecuentemente, de la verdad del libre albedrío. Lo hace así:

> "Desde luego, puede no haber abstenciones. No habría entonces virtudes, ni nadie tendría temperancia. Lo cual parece erróneo si examinamos los hechos. No insisto aquí, sin embargo, en que nos abstenemos. Solamente he querido mostrar que el libre albedrío y el determinismo son incompatibles y, de paso, sugerir la forma en que la moralidad —o, al menos, la teoría de las virtudes— presupone la verdad de la teoría del libre albedrío y la falsedad del determinismo, tal como los he caracterizado".

Como el argumento de Danto puede aplicarse, no solo a las abstenciones, sino también a las omisiones, no es sólo lo que concierne a las virtudes, sino toda la moralidad la que, con su innegable existencia, pondría de manifiesto en la práctica la falsedad del determinismo. Pero eso no equivale a su negación teórica. En este punto, la posición de Danto parece ha-

llarse muy próxima a la de Kant, para quien la demostración teórica de la libertad es "un peso que oprime a la teoría" del que se libra afirmando que las mismas leyes morales que serían válidas para un ser verdaderamente libre lo son también para otro que, sea o no libre, no puede obrar más que bajo la idea de su propia libertad.

Mas no es el problema del determinismo el que interesa destacar especialmente ahora, sino el carácter radical de la normatividad, que aparece ya en el origen del actuar humano, que no puede realizarse sino bajo la idea de libertad, es decir, como algo sometido a sus propias reglas y no determinado por causas externas. Eso se pone en evidencia de manera inmediata en las omisiones: quien cree omitir no puede pensar que está determinado, pues entonces no omitiría.

El engarce entre la libertad, la normatividad y la acción humana fue ya muy claramente expuesta por Kant. En efecto, en el capítulo tercero de *la Fundamentación,* comienza con la siguiente afirmación:

> "Por voluntad se entiende una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales, y libertad sería la propiedad de esta causalidad por la cual puede ser eficiente independientemente de causas ajenas que la determinen".

A lo que añade poco después:

> "Ahora bien, la proposición *la voluntad es, en todas sus acciones, una ley para sí misma* caracteriza únicamente el principio de actuar sólo según aquella máxima que puede presentarse como una ley universal. Justamente ésta es la fórmula del imperativo categórico y el principio de la moralidad. En consecuencia, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son la misma cosa"(págs 129 y 130).

Creo que bastan esas citas para mostrar que, en Kant, la normatividad es inherente a la acción; pero no deseo discutir más profundamente ese problema Y no deseo discutirlo porque, para poner de manifiesto la inconsistencia del planteamiento de von Wright que acaba de analizarse, me basta señalar que es incongruente con sus ideas posteriores. Veamos lo que afirma en 1985:

> "Los animales son libres cuando no se les constriñe o imposibilita (físicamente) hacer lo que de otra manera harían. Pero ¿son sus comportamientos libres en el sentido en que lo son las acciones humanas? ¿En qué sentido son las acciones humanas libres? La acción libre es una acción por razones, como he dicho. (Y la acción, esencialmente, es conducta por razones; el adjetivo "libre" en "acciones libres" es redundante excepto cuando significa ausencia de "razones compulsivas")"

Parece claro que von Wright, en sus últimos escritos, entiende el actuar humano como un actuar por razones, es decir, como un actuar normativamente dirigido por ellas. Así, sitúa la normatividad en la esencia misma de la acción humana, de la que no cabe excluir la omisión, cuyo carácter normativo se hace ya evidente en el lenguaje ordinario. En consecuencia, las estipulaciones previas de von Wright sobre la omisión ignoran lo esencial que, según su pensamiento posterior, la define. ¡Mal puede servir de base a la lógica deóntica un concepto de omisión que olvida las notas que lo caracterizan en el uso normal!

3. OMISIÓN Y EXISTENCIA

A. LA INTERDICCIÓN DE RADBRUCH

Como es sabido, en su obra *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem,* afirmó Radbruch que en la omisión no hay (puede no haber) "ni voluntad ni acontecimiento externo ni nexo causal" Se opone, pues, a la acción en la que hay todo eso y no es, por consiguiente, nada.

Ese *ser nada* de la omisión ha planteado varios problemas, a saber: no puede fundirse con la acción en un supraconcepto y no puede causar. Pero puesto que, en mis *Fundamentos del Sistema penal*, me he ocupado ya de ellos, querría plantear aquí uno más radical: si no

es nada ¿cómo puede significar?; o, dicho de otro modo, si no es nada ¿cómo puede ser una omisión?

Parece necesario examinar más de cerca el no ser nada de la omisión. Ferrater Mora ha diferenciado. En efecto, tras enumerar diversos modos de negatividad, dice lo siguiente:

> "Estas diversas formas de la Nada, en cuanto "algo que no hay", corresponden a lo que tradicionalmente se ha llamado "la Nada privativa". Pero, además, es posible —bien que menos frecuente —"toparse" con la llamada "Nada negativa", que es simplemente lo que se llama "la Nada" o la Nada *simpliciter* —en contraste con la Nada *secundum quid*—. El problema filosófico de la Nada se plantea especialmente con respecto a la última. Se trata entonces no del pensamiento (y acaso de la experiencia) de una determinada ausencia o privación, sino de la ausencia y privación totales".

Parece evidente que, tratándose de omisiones, hay que descartar la nada absoluta, por mucho que algunos filósofos hayan intentado pensarla. Para justificar ese rechazo basta remitir al análisis que Carnap hace de algunas proposiciones de Heidegger.

Trataremos, pues, de la nada privativa de la omisión que, aunque carezca en algunos casos de todo cuanto dice Radbruch, no puede carecer de todo sustrato pues, de lo contrario, no podría significar nada. En efecto, aunque, en el caso de las omisiones por culpa inconsciente no parezcan darse ninguno de los componentes materiales de la acción, no deja de haber un sustrato material, pues el sustrato no radica solo en el comportamiento sino en la situación subyacente: la "espera" normativa en que se inscribe la omisión lo presupone. Esa espera no surge de la nada; sino que, como dice Wittgenstein, "está incrustada en una situación de la que surge" y esa situación constituye el sustrato material de la omisión correspondiente.

Conviene recordar al efecto la idea de "juego del lenguaje" en que se origina el sentido de las palabras y de las acciones. Esa idea abarca, no sólo el comportamiento, sino el conjunto de palabras y acciones entre las que surge, es decir, un contexto que forma parte tanto del significado de la acción como de la omisión. Ciertamente, von Wright no se sirve de la idea de "juego del lenguaje"; pero, aunque sea de modo indirecto, alude al contexto al perfilar el sustrato, como se verá inmediatamente.

B. SUSTRATO Y SENTIDO

En *Explicación y comprensión*, la relación entre sustrato y sentido de la acción, en la que se comprende la omisión, cursa, *en un primer momento*, como relación entre aspecto interno y externo, que se consideran separadamente.

El aspecto externo puede dividirse en dos partes o fases: la *inmediata* y la *remota:*

> "El aspecto externo inmediato es una actividad muscular —e.g., girar la muñeca o levantar el brazo—. El aspecto externo remoto es algún acontecimiento del que esta actividad muscular resulta causalmente responsable—e.g., el giro de una manija o el abrir una ventana o, mejor aún, el hecho de que una manija en particular gire o una ventana en particular se abra —. El aspecto remoto no tiene que representar necesariamente un cambio de situación; también puede consistir en el hecho de que tal cambio no tenga lugar, como por ejemplo evito que se vuelque un vaso sujetándolo con la mano. Es aspecto remoto también puede ser omitido, por ejemplo, cuando me limito simplemente a levantar el brazo. Por último, el aspecto inmediato tampoco consiste necesariamente en un movimiento. También puede consistir en una tensión muscular, como es típicamente el caso de una acción "preventiva" en cuanto que distinta a una acción "productiva" (o "destructiva"). (pág.111).

Esta descripción del aspecto externo, aunque, al mencionar un aspecto "remoto", alude indirectamente a la situación en que la acción o la omisión se realizan, no señala con claridad su pertenencia a la acción, que es inherente a la realización de muchas acciones y, como acaba de decirse, absolutamente esencial en el caso de la omisión, que no sería, en efecto, nada; esto es, que carecería de sustrato, a no ser por la situación de espera que conlleva; aunque es preciso reconocer que von Wright afirma que

el comportamiento intencional tiene significado sólo en el contexto de un relato acerca del agente.

Más dudas suscita el que llama aspecto interno. Dice así al respecto:

> "La distinción que he introducido entre un aspecto interno y un aspecto externo de la acción puede, debería, tomarse en un sentido relativamente ingenuo. No prejuzga la difícil cuestión de la naturaleza del aspecto "interno". No pretende, por ejemplo, que éste sea un acto mental o un proceso o estado de la mente o una "vivencia". Procuraremos sortear estos problemas en la medida de lo posible". (op cit pag 116)

Pero, como el propio von Wright advierte, es prácticamente imposible escudarse tras la metáfora de que el aspecto interno es "algo que está detrás de las manifestaciones externas de la acción" sin efectuar consideración alguna acerca de su naturaleza; y, ciertamente, el autor no deja de hacer abundantes declaraciones acerca de esa naturaleza de la que pretende no hablar. Efectivamente, poco antes, ha admitido que hay actos puramente internos a los que llama mentales (op cit pag 111); y, más adelante, califica el aspecto interno como "intención". Más aún: cuando niega la eficacia causal (en sentido "humeano") de las acciones, lo hace en los siguientes términos: " el actuar no causa acontecimientos en el mundo. Pensar que sí resultaría *animismo"*. En el uso común de causar (que es una palabra claramente polisémica) decimos que las acciones causan. Von Wright puede negarlo acogiéndose a un sentido muy estricto de "causar" que exige la independencia lógica entre la causa y el efecto, cosa que no se da entre la acción y su resultado. (En este caso Kant hablaba de una "causalidad ideal" en la que, en virtud del nexo lógico existente entre ellos, el efecto es causa de la causa).

En ese sentido tan estricto, desde luego no podría decirse que la acción "causa", pues solo causaría el sustrato; pero, afirmar que lo contrario sería "animismo" comporta otorgar al "aspecto interno" algún género de realidad mental.

Ulteriormente, parece haber modificado su opinión al respecto. Al preguntarse si la actividad muscular y la acción son la misma realidad, esto es, dos conceptualizaciones de lo que ha llamado el sustrato, responde así:

> "En algún sentido de 'realidad' son lo mismo. Llamaré a esto su realidad robusta. La acción no es nada por encima o por debajo de su aspecto físico, si por 'por encima y por debajo' se entiende alguna cosa, o algún evento, en el mundo físico que uno podría identificar como eso que, cuando es 'añadido' a la actividad muscular, 'constituye' la acción (completa). No hay tal cosa. Y de manera similar para las inervaciones y sus 'equivalentes' en términos de acción.
> ¿No deberíamos decir, pues, que la acción es idéntica a su aspecto físico (actividad muscular) y el emprender el agente la acción es idéntico a las inervaciones, o sea, a la causa neuronal de la actividad muscular? La respuesta es no, por la razón ya señalada, es decir, que ninguna descripción del sustrato sería suficiente para identificar la acción."(*Sobre la libertad humana*, cit pág 111)

Por lo tanto, aquí ni se habla ya de aspecto interno, ni se precisa qué es lo que convierte al sustrato en acción; pero, se afirma que 'sea lo que sea' no tiene una realidad "robusta" o, dicho de otro modo, no es un objeto distinto del sustrato, es decir, no es un objeto en absoluto, y, en ese sentido "robusto" carece de existencia.

C. UN AIRE DE FAMILIA

Llegados a este punto podemos ya explicar porqué, pese a que parecen no tener nada en común, podemos calificar de acciones tanto a las positivas, en las que hacemos algo, como a las negativas, en las que omitimos hacerlo.

Unas y otras son normativas, aunque las acciones son lo que son porque se ajustan a las reglas definitorias y las omisiones comportan la infracción de alguna regla obligatoria; y unas y otras tienen una realidad ''robusta", que en las primeras es el comportamiento y en las segundas la situación en que se defrauda la espera; pero, en cualquier caso, esa realidad robusta transmite un sentido en unas y en otras, que carece de ella, es decir, que no *existe*. Además

con unas y otras pueden los hombres perseguir sus fines. De modo que, aunque no hay nada que tengan en común, sí las une ''aire de familia" según la conocida expresión de Wittgenstein a la que von Wright no se remite, pese que sería oportuno hacerlo. [Kaufmann pretende solventar el problema atribuyendo a la capacidad de acción la función de elemento común; pero, la capacidad de realizar acciones u omisiones no es un elemento común a unas y a otras: no la tienen ellas, sino el ser humano que las pone en práctica].

Algo semejante sucede en el ámbito de la causalidad. En la omisión, según Graf zu Dohna, cabe hablar de una ''cuasi causalidad" si el resultado no se hubiera producido de haberse llevado a cabo la acción esperada. Y, aunque la omisión no puede ser, en sentido estricto, causa material de ningún evento, sí puede producirlo, al menos en algunos casos mediante la no realización de una conducta conforme a deber, de manera que cabe predicar aquí también un ''aire de familia" con las acciones positivas.

4. INTENCIÓN

A. INTENCIÓN Y SIGNIFICADO: UNA VISIÓN PANORÁMICA

La intención, identificada a menudo con la voluntad final, tiene una larga historia. Así v. g. R. Münch, en su obra *Theorie dels Handelns* (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988) la hace remontarse desde Parsons hasta Durkheim y Weber. (Este autor presenta la que llama "teoría voluntarista" de la acción como una superación dialéctica del positivismo y del idealismo, tesis que, desde luego, se deja correr a su cargo).

En el entorno intelectual de von Wright, Charles Taylor, en quien dice haberse inspirado, sitúa el significado de la acción en el propósito: por él, —por la finalidad que persiga— se explica la conducta humana (y la de los animales). y toda una corriente de la semántica, capitaneada por H.P.Grice, hace de la intención subjetiva la clave del significado

En términos semejantes se expresaba Welzel para quien "solamente un concepto de acción, en el cual el 'contenido' de voluntad que anticipa las consecuencias es factor rector del acontecer exterior, puede hacer comprensible la acción como proceso animado de sentido

B. LA POSICIÓN DE VON WRIGHT

Esa coincidencia aparente ha llevado a algún autor a inscribir a von Wright entre los que profesan una concepción paralela a la de Welzel.

Ciertamente, no cabe negar que entre uno y otro autor existe una cierta analogía dadas las relaciones que establecen entre intención y acción. Pero, el pensamiento de von Wright es más complejo —y también más impreciso— que el de Welzel.

En Welzel la intención ha sido interpretada en sentido subjetivo, como voluntad final, aunque no creo que siempre el autor haya sido fiel a esa idea. Así, v. g., pienso que lo muestra su tratamiento de la tentativa inidónea, cuestión en la que no voy a insistir.

[Se ha pretendido establecer una relación entre esa hipervaloración de la voluntad sobre la causalidad, que se expresa de modo tópico en la fórmula con que Welzel define la acción ("supradeterminación final del acontecer causal") y el irracionalismo propio de la cultura nacional socialista; pero, como se ha visto, la sobrevaloración de la voluntad sobrepasa el marco de la cultura alemana y, probablemente, obedece a razones internas de un momento cultural mundial, que se manifiestan con particular claridad en el *Tractatus* de Wittgenstein: si la percepción cultural es que todo lo que puede decirse se halla en las proposiciones de las ciencias naturales e intentar expresar lo que importa realmente en la vida humana conduce al sinsentido parece incluso razonable que un cúmulo de autores intente escapar de esa trampa.]

En cualquier caso, se le ha reprochado que las acciones imprudentes no caben en ese concepto de acción; reproche al que Welzel no pudo dar ninguna respuesta satisfactoria. Las que ofrece von Wright al mismo reproche tampoco acaban de satisfacer. En un primer momento sólo admite como acciones sin aspecto interno, es decir, no intencionales las acciones reflejas, que se dice consisten en la reacción de un organismo a un estímulo, con lo que las acciones imprudentes habrían de calificarse como intencionales (*Explicación y comprensión*, pág. 172). Sin embargo, ulteriormente, adopta la puntualización de Stoutland de que "el concepto de acción intencional es más básico que el concepto de acción". Ninguna de esas dos respuestas es aceptable. Para comprenderlo así, basta leer el libro tercero de *la Ética nicomáquea* de Aristóteles, a quien debemos buena parte de nuestro lenguaje moral.

De todos modos, como se acaba de decir, interpretar a von Wright como voluntarista en la época de *Explicación y comprensión* es posible; sin embargo, no resulta adecuado asimilarle totalmente a Welzel. En efecto, junto a la proclama de neutralidad ontológica acerca del aspecto interno, puede aducirse cuanto afirma en la pág. 115, respecto a que tanto la acción como la abstención precisan una explicación; lo que parece apuntar en el sentido de entender la intención en los términos en que la define M. Ansconbe y el mismo von Wright asume expresamente después.

M. Ansconbe había afirmado que lo que distingue a las acciones intencionales de las que no lo son es que aquellas son "las acciones a las que resulta aplicable alguno de los sentidos de la pregunta ¿por qué?" precisando inmediatamente que "el sentido al que nos referimos es el que presenta en su respuesta, de ser positiva, una razón para actuar" (pag 51) aclarando más adelante que se trata de una subclase de las cosas que el que actúa conoce sin necesidad de observación alguna.

Como ha señalado Hvalvik, S. von Wright, pretende finalmente que la explicación de la acción radica en el esquema de inferencia práctica y que la conexión entre los motivos y la acción es de un tipo de necesidad lógica.

Pues bien, en una obra posterior a *Explicación y comprensión,* von Wright otorga a las razones la carga de ofrecer el sentido de la acción y, rompiendo con su anterior adscripción a lo interno, afirma que "puede decirse con toda justicia que la intencionalidad reside en la conducta" y que "entender una conducta como intencional es encajarla en *un relato histórico* (*story*) acerca del agente. Con eso da un paso de la mayor importancia en el sentido de acercarse a la *concepción de Wittgenstein.* Pues, como ha destacado J.P. Cometti, la crítica wittgensteniana de la introspección toma como punto de partida la idea de que al atribuirse un sujeto la capacidad de auto-observarse se otorga a la primera persona capacidades que solo corresponden a la tercera. En consecuencia, la dicotomía interior/ exterior se disuelve: ni la intención es un proceso mental, ni pertenece a ningún ámbito interno sino que reside en la acción misma. Ni, por lo tanto, el sujeto tiene un acceso privilegiado a sus propias intenciones pues, como se forman a partir de las instituciones, costumbres y practicas externas, otro puede conocerlas mejor que él.

Vale la pena transcribir dos de las reflexiones de Wittgenstein respecto a la intención:

> 205. 'Esto es por cierto lo curioso de la invención, del proceso mental: que para ella no es necesaria la existencia de la costumbre, de la técnica. Que, por ejemplo, es imaginable que, en un mundo en el que ordinariamente no se jugase nunca, dos personas jugasen una partida de ajedrez, e incluso sólo el comienzo de una partida de ajedrez y fuesen entonces interrumpidas'

> 337. ¿Pero no he tenido la intención de la forma total de la oración, por ejemplo, ya a su comienzo?¡Así que ya estaba en mi mente antes de pronunciarla! - Si estaba en mi mente, entonces, en general, no estaría con una construcción distinta. Pero nos hacemos aquí de nuevo una figura desorientadora de 'tener la intención'; es decir, del uso de esta expresión. La intención está encajada en la situación, las costumbres e instituciones humanas. S no existiera la técnica del

juego de ajedrez, yo no podría tener la intención de jugar una partida de ajedrez. En la medida en que de antemano tengo la intención de la forma de la oración, esto está posibilitado por el hecho de que puedo hablar alemán.

Como se aprecia por la simple lectura de esas frases, el voluntarismo queda definitivamente relegado.

5. LIBERTAD Y OMISIÓN

A. OMISIÓN Y PODER OBRAR DE OTRO MODO

En el apartado 5 de su escrito *Sobre la libertad humana*, parte von Wright de la siguiente idea:

> "Se ha pensado a menudo que el indicio de que una acción fue realizada libremente es que podría haber sido omitida; y, recíprocamente, que una omisión fue libre si el agente podría haber realizado la acción omitida. Siempre que puedo decir en verdad que 'podría haber actuado de otra manera', lo que de hecho hice lo hice libremente. "

Según von Wright no tenemos razones para dudar de la verdad de esas afirmaciones; pero sí grandes dificultades para entender con precisión lo que significan. Tras una serie de reflexiones de las que se prescinde, concluye su razonamiento del siguiente modo:

> "Para resumir: la frase 'podría haber actuado de otra manera', esto es, 'podría haber omitido que fue hecho o hecho lo que fue omitido', no tiene uno sino varios significados (relacionados). En el sentido más débil la frase es verdad de algo que puede ser llamado verdaderamente una acción (u omisión) y significa simplemente que la realización y omisión de acciones son contingencias lógicas. En un sentido más fuerte, la frase es verdad de la realización u omisión de cualquier acción (normal) que el agente es capaz (ha aprendido, sabe cómo) realizar u omitir. entonces significa que hay ocasiones en las que la omite. En un sentido todavía más fuerte, la frase es verdad cuando un agente por alguna razón realiza (omite) una acción individual de un tipo que es (genéricamente) capaz de realizar, pero también de omitir. Entonces la acción (omisión) nace de la autodeterminación del agente. De buen número de tales acciones, sin embargo, la frase 'no podría haber actuado de otro modo' es también verdad: significa que la razón que llevó a la acción fue, como señalamos, compulsiva. entonces la libertad del agente fue restringida. En casos marginales la restricción es tan severa que juzgaos imposible que el agente pudiese actuar de otra manera. Esto pasa cuando, por lo general sobre la base de experiencia de ocasiones análogas, negamos que el agente tuviese la capacidad para omitir aquello que hizo en esta ocasión individual. Finalmente, en casos en que la acción tiene lugar aparentemente sin ninguna razón buscamos a veces causas (físicas) y vacilamos en llamar a la conducta (con todos sus atributos) 'acción'."

Von Wright no se hace eco del argumento de Danto, relativo a la omisión, ni es consecuente con su propio planteamiento, según el cual sólo omitimos lo que podemos hacer. Acaba sus razonamientos con unas conclusiones que parecen admitir la acción libre y son de sentido común; pero no afronta el problema filosófico del libre albedrio y el determinismo, aunque dedica muchas páginas a este último. Preciso es, pues, analizarlas para comprender la posición de von Wright.

B. DETERMINISMO

a) En la época de *Explicación y comprensión,* von Wright afirmaba que "puedo confesar mi deseo de defender un punto de vista a tenor del cual las acciones humanas no pueden tener causas" (pág 14). Sigue a esa declaración la idea de que acciones y causas son susceptibles de entenderse de modo muy diferente; pero, en última instancia, cabe hablar de partidarios de la causalidad y partidarios de la acción. Los últimos acentuarán la dependencia conceptual de la causalidad respecto de la acción; mientras que los primeros no aceptarán que la acción sea fundamental para la causación, formándose así dos tradiciones de pensamiento y situándose el autor claramente entre los partidarios de la acción.

[Quizás pudiera objetarse a von Wright que plantea la relación entre causalidad y acción como una dicotomía, abriendo un abismo excesivo entre ellas; pero aquí cabe insistir en otra objeción; la que resulta de la incompatibilidad entre la concepción genérica de acción que se desprende de esa dicotomía, y el formalismo mecánico con el que define la omisión.]

Hacia el final de la obra, al afrontar el problema del determinismo, concluye distinguiendo, de modo correlativo a como empezó, dos clases de determinismo. Dice así:

> "Es útil distinguir dos tipos de determinismo que pueden ser, y han sido, mantenidos y defendidos por investigadores que trabajan en estos campos. Uno dice relación al punto de la *predecibilidad*, el otro al de la *inteligibilidad* de los procesos históricos y sociales. Tal vez quepa llamarlos predeterminación y postdeterminación respectivamente. La inteligibilidad de la historia es un determinismo *ex post facto*." (pag 187)

A partir de esas premisas, parece que hubiera de llegarse a alguna conclusión, más allá del mero enunciado; y la primera que extrae von Wright es la de que "si para cada acción se dispusiera de una explicación teleológica, una especie de determinismo universal gobernaría la historia y la vida social". A lo que añade que " a nadie se le oculta que no cabe explicar teleológicamente todo caso de conducta individual". Con ello parece rechazar el determinismo; pero, se trata de una pura apariencia. En efecto, inmediatamente agrega la siguiente reflexión que camina en sentido contrario:

> "Cabría considerar al determinismo representado por la comprensión intencional y por la explicación teleológica una forma de racionalismo. La idea de que toda acción es explicable teleológicamente supondría un racionalismo extremo. Buen número de los que adoptan una posición calificada de determinista en el debate clásico sobre el libre albedrío abogan, de hecho, por esta especie de comprensión racionalista de la acción (libre). Algunos de ellos han sostenido que un punto de vista determinista, lejos de socavar la idea de responsabilidad (moral), resulta por el contrario ineludible a fin de dar cuenta cabal de ella. Creo que, en el fondo, esto es verdad."

Parece que, de este modo, opte von Wright por el determinismo; pero, afirma despues que "cualquier pretensión de que la acción humana venga siempre determinada en forma teleológica racionalista resultaría, así mismo, falsa" (págs 191-192).

b) En obras posteriores la reflexión se afina. En *El determinismo*…. se empieza definiéndolo (pag 183) del siguiente modo: "entenderé por determinismo las ideas con arreglo a las cuales lo que es (de una manera u otra) *ha tenido que ser"*. Sin embargo, expone von Wright dos modos de concebir ese "haber tenido que ser", el de las ciencias de la naturaleza y el de las ciencias sociales y humanas; y denuncia como ilegítima la trasposición de concepciones e ideales de las ciencias naturales a las humanas. Resumiendo sus afirmaciones en pocas palabras: en las ciencias de la naturaleza lo que sucede está determinado por causas; en las ciencias humanas, por razones. Pero, dice que aun, pudiendo estar determinada por razones, la elección de un curso de acción concreto no lo está *necesariamente* (pag 186), pues " la relación que media entre lo que podemos llamar determinantes internos de una acción y la propia acción no es… ni una relación de implicación ni una relación causal" (pag 191). De modo que cuando hablamos de estas correlaciones nos resistimos a hablar de leyes (pag 195).

Ulteriormente, en *Sobre la libertad humana*, concluye afirmando lo siguiente:

> "El determinismo se defiende bien, se puede decir, en la medida en que 'funciona', en que podemos predecir exitosamente el futuro sobre la base de la experiencia pasada y las leyes de la naturaleza hipotéticamente asumidas. Nuestro éxito en este aspecto ha sido considerable. La búsqueda de causas y explicaciones deterministas ha resultado ser inmensamente valiosa. Por lo tanto, ha sido útil abrigar la idea del determinismo como una máxima heurística para guiar la investigación. en muchas áreas de la ciencia es posible que la idea continúe jugando su papel clásico.
> En otras áreas puede haberse modificado ('relajado') o desechado como inútil."

Pero, esa conclusión va inmediatamente precedida de un párrafo enigmático:

> "Espero haber tenido éxito en mostrar que tales pros y contras del determinismo son completamente irrelevantes para el problema filosófico de la acción libre. Incluso el más rígido determinismo en el mundo físico, que podemos concebir como una posibilidad lógicamente consistente, no demostraría que los seres humanos no son agentes libres o que el 'libre albedrío' es solamente una ilusión epistémica'.

Es difícil aceptar esa idea de von Wright, pues hemos visto que el sustrato de toda acción tenía una realidad "robusta"; es decir, que pertenecía al mundo físico: si este estuviera absolutamente determinado, no se ve fácilmente qué libre albedrío pudiera haber.

c) Creo que le hubiera resultado útil a von Wright dejar de lado el problema filosófico del determinismo que, al constituir una afirmación sobre la totalidad del acontecer cismundano no podría formularse con sentido sino por alguien que estuviera fuera de ese acontecer y analizar sólo si en la práctica presuponemos que las acciones son libres. Wittgenstein se remitía al respecto a la imagen del tribunal, que a un penalista le devuelve la pregunta sobre la libertad de acción o, dicho de otro modo, sobre si el acto que se enjuicia es o no libre.

6. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Primera. Von Wright elabora un concepto de omisión recortado por sus finalidades lógicas, que es inútil para la jurisprudencia y hace descansar su sistema de lógica deóntica sobre una base que si no le lleva a descarrilar totalmente es solo porque la normatividad "omitida" reaparece en forma simbólica.

[Cabe afirmar, de paso, que von Wright opta por el camino del formalismo lógico que su maestro abandonó postulando una lógica de contenidos. Recuérdese que en sus *Últimos escritos sobre Filosofía de la Psicología*), Wittgenstein afirmó que la lógica aristotélica "trata sólo de un sector muy pequeño de la lógica de nuestro lenguaje". Él lo continuó con sus aportaciones a la "gramática filosófica" y otros, como S. Toulmin, intentaron seguir ese camino. No resulta extraño que von Wright tratase de recorrer otro, para exponer ideas propias; pero no estoy nada convencido de que esa aventura haya sido fructífera.]

Segunda. En la evolución del pensamiento de von Wright acerca de la omisión y de la acción y de los tópicos relacionados con ellas cabe observar un progresivo regreso a las ideas de Wittgenstein; pero, al haber prescindido de apoyarse en sus formulaciones, logra, quizás, una mayor inteligibilidad, con el coste de una profundidad filosófica inferior, así como menor agudeza.

Tercera. Ni las ideas de von Wright, ni las de Wittgenstein resuelven por sí solas los problemas de la acción en derecho penal, pues ni uno ni otro las aplicaron a ese objeto. Otra cosa es negar que la reflexión sobre ellas pueda ser útil al penalista. Personalmente, creo que, para estar a la altura del pensamiento actual, resultan poco menos que indispensables.

7. EPÍLOGO: OMISIÓN, LENGUAJE COMÚN Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Como he intentado poner de manifiesto, según el concepto de omisión de von Wright, que adoptó en 1987, M. Atienza, fue elaborado para construir su sistema formalizado de lógica deóntica, y no se adecua al sentido que la expresión tiene en su juego de lenguaje originario, pues, v. gr. de quien no tiene con quien *no podemos decir que omite hacer el amor como afirma Atienza (pese a que desconoce, porque nada dice Defoe al respecto, la orientación sexual del "buen Robinson").*

En la medida en que von Wright utiliza un concepto de omisión acuñado en "las heladas laderas de la lógica simbólica" más allá de sus límites; es decir, aplicando a la descripción de la vida social, lleva a cabo una minúscula y, en principio, poco dañina "colonización del mundo de la vida" por un pensamiento cientifista, en el sentido denunciado por Habermas.

Poco dañina, desde luego en sí misma considerada pero, a partir de ella pueden producirse consecuencias realmente nefastas, si se dan algunos pasos más. Me detendré un momento en el primero de tales pasos, todavía inocuo por sí mismo: el paso de la afirmación de la *simetría* de acciones y omisiones con resultado, que da Atienza.

> "Es frecuente pensar que existe una cierta asimetría entre las acciones y omisiones que suele explicarse de la siguiente manera: mientras que realizar una acción positiva (de cierta clase)…. implica la producción de un resultado, omitir realizar una acción….no implica necesariamente que se produzca cierto resultado en el mundo ya que otro agente pudo haberlo evitado….Cabría decir en consecuencia que las omisiones no tienen resultados, esto es, que la relación entre el contenido y el resultado no puede verse como una relación de causalidad sino que, simplemente, en las omisiones se imputan ciertos resultados al que omitió una determinada acción (y, por razones parecidas, podría decirse también que solamente las acciones positivas….tienen consecuencias)".

Esa era la opinión inicial de Atienza hasta que Garzón Valdés le sacó de su presunto error y, a partir de entonces, mantiene otra postura, a saber:

> "lo anterior se basa en un error que consiste en no haber advertido lo siguiente: en el caso de las acciones de resultado —paralelamente a lo que se acaba de decir en relación con las omisiones— el resultado se produce porque otro agente no lo evitó, es decir, porque agente no interrumpió el proceso causal. En consecuencia la asimetría de que suele hablarse entre las acciones y las omisiones no sería, en todo caso, de orden lógico, sino normativo: el legislador penal, por razones de tipo ideológico (y quizá también de tipo práctico), estima en general, como más merecedoras de sanción, las acciones positivas que las omisiones; o dicho de otra manera, pone mayor énfasis en el establecimiento de deberes negativos que en la imposición de deberes positivos."

Las observaciones de Atienza descansan en una concepción de la lógica excesivamente formal y, en alguna medida, contradictoria, porque asume términos tan cargados de contenido como "situación" o "estado de cosas" u "oportunidad" o "resultado" o "consecuencias". De modo que, a partir de una idea de lógica con algo más de sustancia material, hubiera podido afirmar una asimetría *gramatical* entre acción positiva y omisión que impediría que sus descripciones fueran intercambiables; algo que ya observó Jackobs al afirmar que al describir al autor de una acción positiva en términos de la concepción negativa de la acción "se muestra de modo poco correcto….que el actor de un delito de comisión responde *ya* como productor de lo que causa….(puesto que) aparece solo como un vacío en la descripción de la acción, lo que, evidentemente, no es."

Pero el daño reside en un segundo paso, que el propio Jackobs da ulteriormente al equiparar acción y omisión fundiéndolas primero bajo la idea de *evitabilidad* de una diferencia de resultado y después, bajo la de *imputación*. No voy a desarrollar aquí una idea que he expuesto repetidamente en mis *Fundamentos del sistema penal*, ni a exponer en detalle las nefastas consecuencias de orden constitucional a las que conduce esa equiparación en el ámbito de la comisión por omisión, tarea que en estas jornadas correspondió a la doctora Susana Huerta que la llevó a cabo muy exhaustiva y fundadamente. Me limitaré a ejemplificarlas con un solo caso: el contemplado en la STS 444/2007 de 16 de mayo *(Tol 1092892).*

Resumiendo sucintamente los hechos, un hombre tiene una mujer encerrada en su casa, maltratándola cruelmente. La mujer estaba embarazada y su brutal compañero tenía la obsesión de que el hijo no era suyo. Un día, tras una serie de malos tratos, la encierra en el baño y la mujer, atemorizada con razón, intenta huir

y al saltar por la ventana del baño no alcanza a sustentarse sobre el tejado, cae y mueren tanto ella como el feto que llevaba en su vientre.

A partir de esos hechos, se condena a su compañero, entre otros, como autor de un delito de homicidio en concurso ideal con aborto; y medial con detención ilegal, sobre la base de que las muertes le son imputables objetivamente. Según afirma la sentencia "partiendo de que X. (el acusado) había creado la ocasión de riesgo con el deber de garante que ello conllevaba e incurriendo en la comisión "por omisión" de los ataques a la vida humana independiente y dependiente" dado que "la imputación objetiva ha de ser afirmada, con arreglo a la doctrina jurisprudencial".

No voy a discutir, ya que no es mi propósito, la justicia del caso; pero sí debo destacar que la Sala se contenta con afirmar la *imputación objetiva* sin verificar la *tipicidad* de la conducta o, dicho en términos de Derecho anglosajón (y también del Derecho penal internacional) el *actus reus*, es decir lo que el Código penal exige al requerir "equivalencia en el sentido del texto de la ley". Pues en el lenguaje común, que es el que el legislador emplea, no podríamos decir, sino en sentido metafórico, que el acusado la mató; porque si dijéramos tal cosa se nos podría replicar que aunque él fue en varios sentidos responsable de la muerte, penalmente hablando fue ella la que se mató.

Entenderlo de otro modo podría constituir lo que Beling llamó "un comportamiento desleal, un engaño del pueblo", inadmisible por mucho que quizás una mayoría de ese pueblo de súbditos pudiera sentirse feliz al resultar engañado.

En resumen: la sentencia condenatoria no aborda el problema de si podemos decir, efectivamente que el sujeto mató en el sentido del tipo de homicidio, para lo que afirmar la imputación objetiva es insuficiente, porque la diferencia entre acción y omisión no es puramente superficial; sino por el contrario, muy profunda y descansa en la apreciación, no ya "ideológica" sino estrictamente jurídica, de que los deberes positivos representan, en principio, una injerencia mucho mayor en el ámbito de las libertades que los negativos. Equipararlos puede, en consecuencia, comportar un daño muy grave al sistema de libertades que la Constitución consagra.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ad I

Fundamentos del sistema penal, 2a edición, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

Atienza, M., "Para una teoría General de la acción Penal", en *ADPCP,* 1987, 1 págs. 5-14, nota (6)

Cobo del Rosal, M., y Vives Antón T. S, Derecho Penal parte general, Universidad de Valencia, 1984

Kaufmann A, Dogmática de los delitos de omisión, Marcial Pons, Madrid 2006 páginas 47 y siguientes, 58 y 68)

Graf zu Dohna, L*a estructura de la teoría del delito,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958 pág. 30-31.

Ad II

Von Wright G H, *Norma y Acción: Una investigación lógica* Tecnos, Madrid, 1970.

Hans Poser, ed. *Handlung, Norm und Intention* (Walter de Gruyter, Berlín 1974).

Von Wright G H, Action theory as a basis for Deontic Logic (Universidad Libre de Trento, 1981. Cito por una fotocopia del ejemplar mecanografiado).

(Toulmin, S., "El puesto de la razón en la ética", *Revista de occidente*, Madrid, 1964, págs 153 y siguientes)]

A.C.Danto *Qué es filosofía,* Alianza, Madrid, 1976, págs 175 y siguientes. Danto ha tratado mucho más profundamente el problema del determinismo en una obra posterior (*Analytical philosophy of action*, Cambridge University Press, 1973, págs 183 y siguientes)

Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Luis Martínez de Velasco, Espasa, Madrid, 1990, pág 132, nota 1).

Sobre el problema de la normatividad puede consultarse la obra de Christine M.Korsgaard y otros *The sources of normativity* (Cambridge University Press, 1996), revistiendo especial interés la crítica de Th. Nagel a las tesis de Korsgaard (pág 108) y la respuesta de esta (pág 247, n 45
Von Wright, G. H, *Sobre la libertad humana*, Paidós, Barcelona, 2002- la publicación original en inglés es de 1985).

Ad III
Radbruch, G, obra *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem.* (pág 132 y siguientes de la repr de Darmstadt de 1967).
Ferrater Mora, J. *El ser y el sentido*, Revista de Occidente, Madrid, 1967.
Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, nº 581.
Carnap, R., "La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje" en *El positivismo lógico,* A.J. Ayer (comp.), fondo de cultura económica, México, 1965, páginas 77 y siguientes.
Von Wright, G H, *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1979, pág. 111).

Ad IV
Münch, R., en su obra *Theorie dels Handelns* (Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988)
Charles Taylor, *The explanation of the behaviour*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1980, pags 27 y siguientes y 268 y siguientes.
vid. v.g. H.P. Grice, *Significado*, UNAM, México, 1977
Welzel, H, " *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pags 63
González Lagier, D. *Acción y Norma en G.H von Wright*, en C.E.C., Madrid, 1995, pag 179.
Forman, P *Cultura en Weimar, causalidad y teoría cuántica*, Alianza, Madrid, 1984
Von Wright, *El determinismo y el estudio del* hombre *en VVAA, Ensayos sobre explicación y comprensión, Alianza, Madrid, 1980, pág. 171.*
Aristoteles, *Ética nicomaquea* (Gredos, Madrid*, 1985,* págs. 180 y siguientes)
Ansconbe, M, *Intención*, Paidós, Barcelona, 1991.
Hvalvik, S., *Georg Henrik von Wright: Explanation of the human action,* Telemark College, Porsgrunn, 2001, pág. 9.
Von Wright, *Sobre la libertad humana* (cit pags 70 y siguientes)
J.P. Cometti *(Ludwig Wittgenstein et la philosophie de la psychologie, PUF, 2004)*
Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, números 205, 217, 237, 304, 337, etc, etc.

Ad V
Von Wright G, H, en *Determinismo y el estudio del hombre*…cit. pags 191,192.
Ansconbe, M, *Intención*, Paidós, Barcelona, 1991.

Ad VI
Wittgestein, L, *''Últimos escritos sobre filosofía de la psicología'* Tecnos, Madrid, 1987, nº 525.

Ad VII
Jackobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1981, pág.121.
Vives Antón,. T.S., *Fundamentos del sistema penal*, cit. págs. 157 y ss.; y Capítulo XII.
Ambos K., 100 años de la teoría del delito de Beling, *Revista electrónica de Derecho penal y criminología,* 9 mayo de 2007. Este autor, como pone de manifiesto el subtítulo del trabajo (¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?) entiende la exigencia de *actus reus* como la de un proceso material, olvidando que el propio Beling evolucionó desde sus exigencias de descriptividad hacia otras relativas al significado, de modo que, a la altura de nuestro tiempo, no puede entenderse el actus reus como "corpus", es decir, como sustrato natural de la acción, sino como sentido de la misma (vid. v.gr. US versus Still, 850F2D607 (9th. CIR 1988).

Fecha de recepción: 01/04/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

TEMAS DE HOY

El modelo español de reclamación de honorarios por el abogado
Aleksandar Petrovich
Análisis sobre determinados aspectos del derecho a la asistencia letrada al detenido
Elena López Berberana, José Francisco Ruiz Martínez, Eduardo Catalán Blázquez y Salvador Guerrero Palomares

EL MODELO ESPAÑOL DE RECLAMACIÓN DE HONORARIOS POR EL ABOGADO
THE SPANISH MODEL FOR ATTORNEY FEES

Aleksandar Petrovich

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es identificar los problemas en el procedimiento para la reclamación y analizar la jurisprudencia en cada supuesto. Para ello, se analizan dos extremos: (1) caracterizar o desmembrar los supuestos a reclamar y (2) evaluar las situaciones que suceden en la práctica, dentro de los procedimientos de reclamación en los Juzgados.

La investigación examina la casuística en los procedimientos de reclamación, deduciendo que el modelo aún presenta ciertas ineficacias. Primero, el Secretario Judicial, a quien el legislador español decidió asignar en exclusividad la tarea de llevar a cabo el procedimiento de reclamación, no asume correctamente esa tarea, por lo que el procedimiento se dilata en exceso. Segundo, se observa poca certeza o seguridad en las valoraciones de las actuaciones del trabajo del Letrado, así como en lo relativo al cálculo de cada partida. El criterio de los Secretarios Judiciales, apoyado en Consultas a los Colegios de Abogados, a veces, según se desprende de la jurisprudencia, es de naturaleza subjetiva, lo que perjudica el cálculo de la minuta o factura. Y tercero, una vez aclaradas las cuentas, en muchos casos, el Letrado no puede cobrar la minuta en su totalidad o incluso en parte.

PALABRAS CLAVES

Reclamación de honorarios del Abogado, Factura de Abogado, Minuta del Letrado, Hoja de Encargo, Presupuesto Previo, Provisión de fondos, Contrato, Acuerdo, Derecho a la impugnación de factura Abogado, Criterios de Honorarios profesionales, Partidas indebidas, Cantidades excesivas, Cuentas claras de los honorarios, Ejecución de dinero adeudado, Mandamiento de pago.

ABSTRACT

The objective of this investigation is to identify the problems arising within the procedure itself as well as analyzing jurisprudence in each case. With this in mind, two extremes are analyzed: (1) characterization or dismemberment of the alleged damages to the actual claim proceedings and (2) evaluation of situations occurring in the actual practice, within the proceedings at court.

This investigation examines the casuistry in claim proceedings, under the deduction that this model still is subject to inefficiencies. First, the Judicial Clerk, assigned by the Spanish legislator as having the exclusive task of carrying out the procedure, does not assume the task correctly, reason why the proceedings take excessive time. Second, there is little certainty and assuredness in the valuation of the representation by the attorney, as well as the calculation of fees for each one of the items. The criteria of the Judicial Clerk is sometimes subjective, as supported by consultations with the Bar Association, and as sometimes we also can deduct from jurisprudence; in consequence the results are in prejudice of calculations of items in the invoice. And thirdly, once the accounts have been clarified, in many cases, the attorney may not be able to be paid the total or a partiality of the fees.

KEYWORDS

Claim Attorney's Fees, Attorney Invoice, Legal Service Contract, Legal Service Estimate, Retainer, Retaining fee, Contract, Agreement, Right to reject the Attorney's Invoice, Professional Fees Criteria, Items fees incorrect, Excessive fees, Real fees for the Attorney's representation, Execution order money owed, Payment order.

EL MODELO ESPAÑOL DE RECLAMACIÓN DE HONORARIOS POR EL ABOGADO

Aleksandar Petrovich*

Adjunct Law Professor College of the Law
Florida International University (Miami)

Sumario: 1. Introducción. 2. Regulación de la reclamación. A. Presentación de la reclamación. B. Requerimiento y apremio al cliente deudor. 3. La impugnación de la minuta del letrado. A. Contenido del escrito de impugnación. B. La impugnación por indebidos a) Inaplicación analógica del inc. 4 del art. 246 LEC, en la impugnación por indebidos. C. La impugnación por excesivos. 4. La etapa final de la reclamación de honorarios: el auto despachando ejecución contra el cliente deudor. A. El auto despachando ejecución. B. Embargo ejecutivo, cobro y pago de la deuda. a) El mandamiento de pago.

1. INTRODUCCIÓN

La satisfacción de los créditos derivados de la actuación profesional de un Abogado y de un Procurador de los Tribunales en un litigio, en juzgados y tribunales, tienen un procedimiento especial, sumario y ejecutivo, —señalado por los funcionarios judiciales como "procedimiento privilegiado"— y que el legislador español ha denominado "Reclamación de Honorarios".

La razón que justifica la existencia del procedimiento especial de Reclamación de Honorarios, que originariamente contemplaban los Arts. 8 y 13 de la LEC 1881[1], conocida como "Jura de Cuentas"[2] —precedentes inmediatos de los actuales Artículos 34 y 35 de la LEC 2.000— no sólo está en las consideraciones subjetivas sobre la identidad del acreedor, que puede acudir a este procedimiento especial para obtener la tutela de su crédito, sino en la naturaleza de los créditos devengados a favor de los profesionales que han intervenido en la sustentación de un litigio. Y, especialmente, en el hecho de que en el mismo proceso haya constancia y evidencias de la actuación profesional de la que deriva el crédito, lo que permite abreviar el procedimiento para el reintegro de las cantidades adeudadas dentro del mismo proceso en el que se han devengado y, ante el mismo Tribunal que ha resuelto aquel litigio. Es decir, se trata de un procedimiento especial, que ha de entenderse como una prerrogativa, que permite a los Abogados y Procuradores de los Tribunales, resarcirse de forma rápida, sencilla, sumaria y expeditiva, de los gastos an-

* © Abogado. *Adjunct Law Professor,* Florida International University College of Law, Miami, United States of America. Ha realizado el Doctorado en Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Es Investigador *ad tempus* del "Instituto Universitario de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica" de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España.

ticipados, trabajos o servicios[3] realizados por el profesional, derivados del ejercicio de representación, defensa de los intereses y derechos del cliente.

El cauce procesal especial, a favor de Abogados y Procuradores de los Tribunales, fue fundamentado y avalado por la doctrina constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110/1993, de 25 de Marzo[4] dice:

> "Esta peculiaridad en sus funciones de cooperación con la Administración de Justicia, cuando se concretan en un procedimiento determinado en actuaciones necesarias para su desarrollo, son las que merecen como contrapartida por parte del legislador el establecimiento de un procedimiento especial en virtud del cual y de forma rápida y sencilla puedan resarcirse de los gastos anticipados y de los trabajos realizados dentro del proceso" Fº.Jº.4º.

La limitación en este procedimiento especial, específico y abreviado, es que sólo pueden reclamarse "*actuaciones judiciales*"; como se desprende del Artículo 35 LEC 2000, referido a "*honorarios que hubieran devengado en el asunto*" (Sic.); es decir, las cuentas devengadas dentro del litigio del cliente. Las "*actuaciones no judiciales*", fuera de sede judicial, tales como desplazamientos, asistencia a reuniones, asambleas informativas, gastos del estacionamiento o *parking*, gasolina del vehículo del letrado, consultas en el despacho, estudio de los antecedentes y documentación del asunto, conversaciones y reuniones con otros letrados, entre otras actuaciones no judiciales, que no pueden reclamarse mediante el procedimiento especial de Reclamación de Honorarios, se reclaman —dependiendo de la cuantía— bien promoviendo directamente Juicio Verbal o Juicio Ordinario, o bien acudiendo a la vía del Procedimiento Monitorio, regulado por el Artículo 812 y ss. de la LEC 2000[5].

Especificado el procedimiento, tenemos como objetivo principal vertebrar los detalles del procedimiento de Reclamación de Honorarios e identificar los problemas que están surgiendo en este procedimiento especial; especialmente, los tipos de resolución que se deben dictar y las gestiones que deben realizar en exclusividad de competencia los Secretarios Judiciales. Asimismo, propondremos soluciones a las trabas procesales para que el Secretario Judicial, procese la Reclamación de Honorarios, hasta lograr que ejecute el Auto o Titulo Judicial Ejecutivo con éxito, y el Abogado minutante logre el crédito impago del cliente deudor.

2. REGULACIÓN DE LA RECLAMACIÓN

La Reclamación de Honorarios está regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil[6] o LEC 2000, en su Artículo 34 para los Procuradores de los Tribunales y en el Artículo 35 para los Abogados.

> Artículo 34. Cuenta del procurador.
> 1. Cuando un procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto, podrá presentar ante el Secretario judicial del lugar en que éste radicare cuenta detallada y justificada, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame. Igual derecho que los procuradores tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquéllos les dejaren.
> 2. Presentada la cuenta, el Secretario judicial requerirá al poderdante para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación.
> Si, dentro de dicho plazo, se opusiere el poderdante, el Secretario judicial examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dictará, en el plazo de diez días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.
> El decreto a que se refiere el párrafo anterior no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.
> 3. Si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecu-

ción por la cantidad a que ascienda la cuenta, más las costas.

Artículo 35. Honorarios de los abogados.
1. Los abogados podrán reclamar frente a la parte a la que defiendan el pago de los honorarios que hubieren devengado en el asunto, presentando minuta detallada y manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos.
2[7]. Presentada esta reclamación, el Secretario Judicial requerirá al deudor para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación.
Si, dentro del citado plazo, los honorarios se impugnaren por indebidos, se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo anterior.
Si se impugnaran los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante, y se dictará decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.
Dicho decreto no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.
3. Si el deudor de los honorarios no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta, más las costas.

Ambos Artículos 34 y 35, pueden aplicarse en la Reclamación de Honorarios, ante cualquier órgano y proceso judicial.

En su Exposición de Motivos la nueva Ley 1/2000 dice estar llamada a ser ley procesal supletoria y común, aplicable también en órdenes jurisdiccionales distintos del Civil (Apartado III) y cuyo Artículo 4°, bajo la rúbrica "Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil", establece que:

> "En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

A. PRESENTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN

Una vez concluido el procedimiento judicial, con la sentencia o resolución que cierre en firme el proceso, el Abogado remitirá la Minuta[8] al cliente, uno o varios[9], debidamente detallada o desglosada[10], conteniendo o no pruebas de los actos judiciales en los que ha participado legítimamente[11], las fechas y el coste de cada acto. Al sub-total, incluirá el I.V.A.[12] en la factura[13] y si fuera el caso, la retención del I.R.P.F. u otros impuestos.

Hay que matizar que de acuerdo a lo que señala literalmente el Artículo 35, cabe hacer minutas parciales con honorarios devengados en fases concretas del asunto y reclamar judicialmente si no se pagan; aunque, en la práctica, los Secretarios judiciales entienden que debe finalizar el procedimiento.

Por tanto, si el cliente no abona la Minuta[14] en tiempo y forma, el abogado tiene el derecho de Reclamar los Honorarios y su Ejecución forzosa, antes del transcurso de tres años a partir de la terminación o finalización del proceso[15], —que estuvo a cargo del Letrado— ante el Secretario Judicial[16] de cualquier órgano judicial, en el que se ventiló el proceso[17], interponiendo una "demanda" contra quien fue parte procesal y beneficiario directo de los servicios profesionales, haya o no contratado directamente al Letrado demandante, con la manifestación formal de que "*esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos*", anexando la Minuta detallada[18], la copia de la Hoja de Encargo o Presupuesto previo, debidamente firmada por las partes, constancia de entrega de provisión de fondos [fondos que ya son del abogado, a cuenta de su minuta][19], de entrega de adelantos de honorarios o de entrega de suplidos, o de un pacto de cuota litis[20], y, de igual forma, —aunque no constituya un requisito de procedibilidad— puede anexar el requerimiento de pago extrajudicial [burofax] realizado al cliente[21].

Dada la naturaleza especial y privilegiada del procedimiento que nos ocupa, se hace ne-

cesario examinar, en el momento de admitir[22] a trámite por Decreto la demanda de Reclamación de Honorarios, además de la competencia[23] del Juzgado o Tribunal "en el que radiquen las actuaciones", la concurrencia de dos requisitos especiales:

1°) La *MANIFESTACIÓN FORMAL* que las cantidades son debidas y adeudadas, requisito formal que hace referencia a la eficacia Ejecutiva del Título.

2°) La *PRESCRIPCIÓN*, debiendo formularse la reclamación antes de que hayan transcurrido tres años conforme a la prescripción trienal que al efecto establece el Art. 1.967 CC, entendiéndose jurisprudencialmente, que dicha prescripción[24] se inicia cuando se dejaron de prestar los servicios y computándose a tal efecto, el indicado plazo, desde la fecha de la última notificación o actuación que conste en los autos.

El Auto de 23 de Septiembre de 1998 del Tribunal Supremo, lo expresa así:

> "Dicho plazo empieza a computarse desde la fecha de la *última diligencia* que aparezca en los autos de que la cuenta proceda" (Sic).

Más recientemente, el Auto de 7 de octubre de 2004, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, desestimó por prescripción la Reclamación de Honorarios solicitada por el Letrado don Juan José Castro Vigil, argumentando que:

> "Según los Autos de 23 de septiembre y 26 de noviembre de 1998, que expresamente invoca la antes mencionada resolución de 19 de junio de 2003, esta Sala ha de examinar, antes de despachar la ejecución que se interese, que se han cumplido los requisitos subjetivos, objetivos y temporales previos y necesarios. Encontrándose entre los últimos la necesidad obvia de que una pretensión de la naturaleza de la que se examina sea 'deducida en tiempo', como expresaba el Art. 12.2 LEC, a propósito de los honorarios de los Abogados que se reclaman en vía privilegiada (actual Art. 35 LEC)". (Sic.)

Y matiza,

> "que se debe acotar el plazo, a efectos de prescripción, al de tres años que establece el Artículo 1967.1 del Código Civil. Determina dicho precepto que, por el transcurso de tres años prescribe la acción de pagar a los Jueces, abogados, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran" (Sic). Por esa razón, que declaraba "no haber lugar a la pretensión de reclamación de honorarios formulada por el ahora demandante, sin perjuicio de su derecho a acudir al juicio declarativo ordinario" (Sic).

Contra dicho Auto el Letrado reclamante interpuso Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional de España, alegando

> "vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, Art. 24 CE, al haberse apreciado de oficio por el Tribunal Supremo la prescripción de su acción, y principalmente se duele de que por dicho Tribunal no se hayan tenido en cuenta los documentos por él aportados y que de manera evidente ponían de manifiesto la interrupción de la prescripción apreciada" (Sic).

El Ministerio Fiscal, sostuvo en sus alegaciones,

> "que el Tribunal Supremo no ha declarado la prescripción de la deuda de los honorarios, sino que ha declarado la caducidad de la acción para reclamar honorarios mediante el procedimiento de apremio establecido en el Art. 35 LEC" (Sic).

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, mediante Auto 318/2006, de 25 de Septiembre[25], resuelve sobre el requisito temporal para efectuar la Reclamación de Honorarios, argumentando concretamente lo siguiente:

> Fundamento Jurídico 3: "El Tribunal Supremo en el Auto impugnado aprecia la prescripción de la acción de la jura de cuentas, y, en contra de lo argumentado por el recurrente, aplica, implícitamente, una consolidada doctrina de la Sala Tercera de dicho Tribunal, según la cual, *sólo se interrumpe la prescripción para la jura de cuentas ejerciendo requerimiento ante el Tribunal ante el que radicare el negocio*, (Autos del TS de 13 de enero de 2006, 27 de marzo de 2001, 18 de febrero de 2000, 23 de septiembre de 1998).

Fundamento Jurídico 4: "La interpretación realizada en este caso sobre la interrupción de la prescripción, no puede calificarse de irrazonable, arbitraria o incursa en error manifiesto, siendo además un criterio consolidado en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo".

Finalmente, según la doctrina jurisprudencial, para instar la Reclamación de Honorarios no es preceptiva de la intervención de Abogado y no es preceptiva la participación de Procurador de los Tribunales.

Es decir, si no es preceptiva la intervención de Abogado, la tramitación de la Reclamación de Honorarios y su Ejecución Forzosa, los escritos y recursos, el Abogado reclamante lo hará sin necesidad de contratar otro Abogado[26], y sin la postulación de un Procurador de Tribunales. La parte contraria, el cliente deudor, tampoco tendrá que asistirse de Letrado y de Procurador de Tribunales.

La excepción a esta regla se genera sólo cuando la Reclamación de Honorarios es impugnada por el cliente deudor y surgen incidentes procesales en Segunda Instancia o va en Casación al Tribunal Supremo.

En ese nuevo escenario, el Abogado reclamante, podrá continuar auto-defendiéndose y firmar sus escritos como Abogado ejerciente, o bien, aún sin ser preceptivo, podrá contratar asistencia técnico-jurídica de otro Letrado ejerciente, tal vez que está especializado en la Reclamación de Honorarios de los colegas. De igual forma, tanto en Segunda Instancia como en el Tribunal Supremo, recalco, no es necesaria la participación de Procurador de Tribunales, para ninguna de las partes.

B. REQUERIMIENTO Y APREMIO AL CLIENTE DEUDOR

El Inciso 2 de Art. 35 LEC dice:

Presentada esta reclamación, el Secretario Judicial requerirá al deudor para que pague dicha suma, con las costas, (…) bajo apercibimiento de apremio (…)

Dispone que el Secretario Judicial requiera al cliente deudor, en tiempo y legal forma[27], mediante Diligencia de Ordenación[28], para que pague dicha suma, en el plazo de 10 días, con las costas[29] e I.V.A, o que impugne la cuenta; esto es: que la rechace —en parte o en su totalidad—, en el plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de apremio, si no pagare ni formulare impugnación.

Ante este requerimiento judicial, surgen tres posibilidades:

(1) Si el cliente deudor pagase en el acto del requerimiento del Juzgado o antes del despacho de ejecución y abona la Minuta o Factura, más todas las costas causadas, (salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes) la Reclamación de Honorarios concluye. El Secretario Judicial recibe la consignación del dinero abonado a la cuenta bancaria del Juzgado, pone la suma de dinero correspondiente a disposición del Letrado y éste presenta escrito para que le entreguen el Mandamiento de Pago, a efectos de cobrar el dinero en el Banco. Con la entrega del justificante del pago realizado, el Secretario Judicial, mediante Decreto definitivo[30], pone fin al procedimiento y, por tanto, archiva el incidente.

(2) Si el cliente deudor no responde al requerimiento del Secretario Judicial y no abona ni impugna la Minuta, en el plazo de 10 días, dispone el Artículo 35 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que, si la persona requerida de pago no paga, se despacha la ejecución por la cantidad a que ascienda la Minuta más las costas e intereses.

Este precepto, que a primera vista parece imponer al Secretario Judicial la exigencia de despachar ejecución, incluso, ante el silencio o pasividad de la parte solicitante, debe ponerse en correlación con el Artículo 549 de la LEC, que exige de modo imperativo la petición de parte para despachar ejecución; la que a su vez se debe documentar en forma de demanda con el cumplimiento de los requisitos definidos en el propio artículo. El incidente por el

que sustancia la Reclamación de Honorarios de abogado no debe entenderse ajeno a tales requisitos.

El Letrado reclamante, por tanto, debe presentar al Secretario Judicial, un Escrito solicitando Auto de despacho de Ejecución, para que se pague la Minuta más las costas, con solicitud de averiguación patrimonial del deudor ejecutado, por el Servicio de Averiguación Patrimonial (SAP) y solicitud de embargo de los bienes del deudor (Arts. 580, 584, 589, 590 y ss. LEC); los mismos que se deben designar para que el Secretario Judicial embargue y remita los oficios.

(3) Si el cliente deudor Impugna la Minuta, el Letrado reclamante recibirá notificación con el Escrito de Impugnación del cliente deudor y podrá presentar Escrito de Oposición a la Impugnación de su minuta.

Así se inicia un proceso privilegiado de dos etapas: declarativa y ejecutiva. Proceso que es de competencia exclusiva del Secretario/a Judicial del Juzgado.

Veamos a continuación las modalidades de impugnación a la Minuta del Letrado.

3. LA IMPUGNACIÓN DE LA MINUTA DEL LETRADO

A. CONTENIDO DEL ESCRITO DE IMPUGNACIÓN

El cliente deberá impugnar[31] la Minuta o factura del Letrado, indicando las cuentas o partidas concretas que rechaza, discrepa o no está de acuerdo con las cantidades. Si del examen del contenido del Escrito de Impugnación, se observa que se ha interpuesto sin hacer mención e identificación de forma individual de las partidas, derechos o gastos, que presuntamente son indebidos u excesivos en la minuta presentada, el Secretario Judicial, no debe admitir a trámite el Escrito de Impugnación. Mediante Diligencia de Ordenación, dictará la inadmisión del Escrito.

El Artículo 245, Inc. 4 de la LEC., de aplicación supletoria a los Artículos 34 y 35 de la LEC, taxativamente lo prescribe:

> 4. En el escrito de impugnación habrán de mencionarse las cuentas o minutas y las partidas concretas a que se refiera la discrepancia y las razones de ésta. De no efectuarse dicha mención, no se admitirá la impugnación a trámite[32].

En el supuesto que el Escrito cumpla con los requisitos de admisibilidad, entonces por Diligencia de Ordenación, el Secretario Judicial dictará:

> "*se tiene por evacuado en tiempo y forma el traslado conferido y por formulada oposición a la Reclamación de Honorarios*".

B. LA IMPUGNACIÓN POR INDEBIDOS

El párrafo 1º, del inciso 2, del Artículo 35 de la LEC, dice:

> "Si, dentro del citado plazo, los honorarios se impugnaren por indebidos, *se estará a lo dispuesto en* los párrafos segundo y tercero del apartado segundo del artículo anterior".

El artículo anterior, Artículo 34 de la LEC, inciso 2, párrafos 2º y 3º, dicen:

> Párrafo 2º: "Si, dentro de dicho plazo, se opusiere el poderdante, *el Tribunal examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dictará*, en el plazo de diez días, Decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación".
>
> Párrafo 3º: "El Decreto a que se refiere el párrafo anterior no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior".

Este Artículo 34 LEC, ordena taxativamente al Secretario Judicial, realizar *dos trámites procesales:*

Primero, el Secretario Judicial procederá a "examinar las cuentas" de la Minuta de Honorarios, las actuaciones procesales y la documentación aportada por el Letrado minutante.

Segundo, el Secretario Judicial dictará Decreto definitivo[33], motivado, fijando la cantidad real a abonar.

Respecto al *primer trámite* que se debe procesar exige una actividad cognoscitiva del Secretario Judicial, de manera que en el "examen de la cuenta" del Letrado reclamante, *le faculta para rechazar partidas indebidas*, por las siguientes razones:

(1º) cantidades derivadas de actuaciones que efectivamente no se realizaron o practicaron[34], (2º) cantidades que se generaron de actos realizados fuera del proceso, (3º) cantidades de actos no autorizados por el poder, (4º) cantidades reclamadas que fueron ya satisfechas y existe prueba, y (5º) por haberse negado la deuda o que, la misma, se haya extinguido; entre otras.

Según la Sentencia TC núm. 110/1993, el momento procesal para que el Secretario Judicial proceda de oficio al "*examen de la cuenta*", es subsiguiente al del Escrito de Impugnación por Indebidos.

Respecto al *segundo trámite* que se debe procesar prevé una actuación resolutoria por parte del Secretario Judicial, que deberá resolver mediante Decreto definitivo, con la Minuta o "cuenta depurada", las justificaciones y documentos, así como el escrito de impugnación del cliente deudor, sin otra sustentación; con lo cual finaliza la fase declarativa[35].

El Decreto del Secretario Judicial, estimando la impugnación por indebida, determinará la cantidad que se deba satisfacer al Letrado minutante, a la vista de las actuaciones, sin costas procesales; y requerirá al cliente deudor, bajo apercibimiento de apremio, si el pago no se efectuase dentro de los 5 días siguientes a la notificación.

El Decreto definitivo, no es susceptible de Recurso de Reposición. No se admite medio de impugnación (Art. 451 de la LEC) por tratarse de un Decreto definitivo. Sin embargo, a mi juicio, de existir algún vicio procesal o la motivación carece de claridad[36], y a fin de evitar indefensión, sí procede interponer Recurso de Revisión sobre el fondo del asunto, para que se dicte un Auto que luego podrá generar un Recurso de Apelación, de acuerdo con lo que dispone el Artículo 455 de la LEC.

a) Inaplicación analógica del inc. 4 del art. 246 LEC, en la impugnación por indebidos

En algunas oportunidades el Secretario Judicial convoca a ambas partes, Letrado reclamante y cliente deudor, a Vista Oral, sometiendo a las partes al Artículo 246, Inc. 4 de la LEC.

Pues bien, el párrafo 1º del inciso 2, del Artículo 35 de la LEC y el párrafo 2º y 3º inciso 2, del Artículo 34 de la LEC, *en lo que se refiere a la impugnación por indebidos*, no dispone taxativamente la aplicación analógica del Artículo 246, inciso 4 de la LEC.

De la revisión de los antecedentes legislativos de ambos Artículos 34 y 35 de la LEC, concretamente de los BOCG y Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y del Senado, períodos de Diciembre 1998 a Enero de 2000, no encontramos una sola referencia, debate, propuesta o enmienda del legislador, que indique que el trámite de la *impugnación de honorarios por indebidos*, del Letrado minutante, se procese aplicando por analogía el Artículo 246 inciso 4 de la LEC, de Tasación de Costas, es decir, "que se cite a las partes a Vista oral para oírlas".

A nuestro juicio, si el Secretario Judicial, convoca a ambas partes Letrado minutante y cliente, a Vista oral, sometiendo a las partes al Artículo 246, Inc. 4 de la LEC, y, siguiendo el cauce procesal del Juicio Verbal, se estaría conculcando del Artículo 24 de la CE., por *error in procedendo*, al desnaturalizar el proceso de Reclamación de Honorarios, para las impug-

naciones de honorarios por indebidos, regulado por Artículo 34 de la LEC.

C. LA IMPUGNACIÓN POR EXCESIVOS

Si bien los honorarios pueden pactarse libremente entre Abogado y cliente, sin embargo, el Abogado debe tener el cuidado de que sus tarifas no se sitúen en un baremo tan escaso como para incurrir en "competencia desleal" con las tarifas de honorarios de otros colegas, ni en una escala tan elevada o exagerada —atendiendo más a un "*caché*" que a la sabiduría jurídica y experiencia profesional—, como para que signifiquen un abuso de confianza en la relación con su cliente. Si la tarifa es notoriamente desproporcionada, podría ser considerada excesiva y, por tanto, impugnable.

El párrafo 2º, del inciso 2, del Artículo 35 de la LEC, ha previsto esta hipótesis y la regula de la siguiente forma:

> "Si se *impugnaran los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes*, salvo que el Abogado acredite la existencia de presupuesto previo escrito aceptado por el impugnante, y se dictará Decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación".

La interpretación de este párrafo se subdivide en dos supuestos:

[A] Impugnación por Excesivos, con la existencia de un Presupuesto previo escrito y de Hoja de Encargo[37], aceptado por el cliente impugnante. En este supuesto, el Secretario Judicial, dictará un Decreto definitivo[38], en el que establecerá la cantidad debida y, desestimando la impugnación por excesivos, requerirá al deudor el pago del principal más costas procesales, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, bajo apercibimiento de apremio.

[B] Impugnación por Excesivos, sin la existencia de un Presupuesto previo y Hoja de Encargo. De conformidad con lo previsto en el Artículo 35, inc. 2, párrafo 2º de la LEC, dispone la aplicación analógica del Artículo 246 inc. 1 de la LEC[39], relativo a la Tasación de Costas, el mismo que manda realizar *dos actos necesarios procesales*:

Primero, que el Secretario Judicial, provea Diligencia de Ordenación[40], *acordando oír al Letrado minutante por cinco días*[41], preguntando si acepta reducir o no los honorarios minutados presuntamente excesivos.

– Si el Letrado minutante acepta la reducción de la Minuta de Honorarios, el Secretario Judicial dictará un Decreto definitivo, señalando la nueva cantidad[42], y requiriendo al deudor impugnante el pago dentro de los cinco días siguientes a la notificación, bajo apremio.

– Si el Letrado minutante no acepta la reducción de la Minuta de honorarios, no existiendo Presupuesto previo y Hoja de Encargo, el Secretario Judicial acuerda, mediante Diligencia de Ordenación, remitir o pasar Testimonios de las actuaciones o parte de ella, —concretamente la Minuta de Honorarios, sus anexos y el Escrito de Impugnación—, al Ilustre Colegio de Abogados, para que emita Dictamen. Si el Secretario Judicial no pasa los Testimonios al Colegio de Abogados, está cometiendo una infracción procesal, y genera un vicio procesal de nulidad.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia núm. 62/2009, de 9 de Marzo[43], así lo determina:

> "*La omisión de remitir al Colegio de Abogados el testimonio de las actuaciones, constituye un vicio de nulidad*". (Sic).

En otras palabras, fija la doctrina que debe seguir el Secretario Judicial, al determinar que si estando previsto no se recaba y valora el dictamen del Colegio, su ausencia produce indefensión y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo expresa la referida sentencia constitucional en el Fº. Jº. 4º:

> "*Desde esta perspectiva, la ausencia del informe se traduce en la frustración de la expectativa*

razonable de la parte de contar con este instrumento cualificado en la formación de juicio por el órgano judicial. Todo lo cual conduce a considerar que la infracción procesal denunciada tuvo trascendencia constitucional en términos de defensa".

Luego afirma que genera la vulneración del derecho fundamental protegido en el Artículo 24.1 de la CE:

"*Constituye la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (Art. 24.1 CE) en la vertiente de proscripción de la indefensión, si el Juzgado siguió el procedimiento de impugnación de honorarios al margen de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La alegada indefensión, se concreta en la ausencia del preceptivo informe del Colegio de Abogados*". (Sic.)

Respecto al concepto y sentido del Informe del Colegio de Abogados, el Tribunal Constitucional afirma que:

"(…) *es un Documento que constituye la parte esencial de la tramitación del procedimiento*". (Sic.) F. Jdco. 4, párrafo tercero.

La postura del Ministerio Fiscal, sobre el Informe del Colegio de Abogados, es la siguiente:

"éste interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (Art. 24.1 CE); pues, la ausencia en el procedimiento del Informe del Colegio de Abogados, preceptivo de conformidad con el Art. 246.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, constituye una violación del derecho fundamental a no padecer indefensión". (Sic.) F. Jdco. 2, párrafo segundo.

En rigor, a mi juicio, podemos afirmar que, si bien el Informe del Colegio de Abogados es una pieza fundamental en el supuesto de cobro de cantidades excesivas, sin embargo, su contenido no es vinculante. Es un documento privado del gremio profesional de abogados, obligatorio en el incidente de impugnación de honorarios por excesivos en la Reclamación de Honorarios; procesalmente valido[44], claro está, y esencial para el examen de las cantidades minutadas, cuyo contenido es una referencia a tener en cuenta o no, por los Secretarios Judiciales o los Tribunales[45]-[46]; pues todo depende del cálculo de lo que vale en dinero el acto judicial realizado por el Abogado y su conocimiento legal expresado en cada escrito, que es el *quid* del asunto.

Segundo, devueltas las actuaciones, con el correspondiente Dictamen de la Comisión de Honorarios del Colegio de Abogados[47], en el que se fijan cantidades de acuerdo a los "baremos orientadores" "recomendaciones" o "criterios orientadores"[48]-[49] el Secretario Judicial, aprobará, modificándolo o no, el monto de la Minuta del Letrado, y mediante Decreto estimará total o parcialmente, y fijará la cantidad correcta, o desestimará la impugnación por excesivos. Si estima total o parcialmente la impugnación por excesivas, las costas procesales las asume el Letrado reclamante. Si desestima íntegramente la impugnación por excesivas, las costas procesales se imponen al deudor impugnante. El Decreto definitivo será firme, sin ulterior recurso.

En el supuesto que haya otra impugnación a la cuenta por indebidas, este Decreto definitivo, resolviendo la Impugnación por Excesivos, quedará en suspenso, hasta que se decida si las partidas son o no debidas; las mismas que son tramitadas bajo lo dispuesto por el Art. 34 LEC.

4. LA ETAPA FINAL DE LA RECLAMACIÓN DE HONORARIOS: EL AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN CONTRA EL CLIENTE DEUDOR

Resueltas las impugnaciones, bien por indebidas o excesivas, con las cuentas claras por cobrar al cliente deudor, o si el cliente no presentó en plazo impugnación u formulare oposición a la Minuta, el Letrado reclamante deberá presentar escrito solicitando se despache ejecución por la cantidad a que ascienda

la Minuta, más las costas procesales; y una vez que se inicia la ejecución, los sucesivos trámites pueden ordenarse de oficio.

En esta fase ejecutiva, no sólo hay actos procesales que se realizan sin audiencia del ejecutado, sino que está cerrada la discusión sobre el derecho material. El ejecutado no podrá discutir si el ejecutante tiene o no derecho, porque sobre eso se decidió en la etapa anterior, ya precluida, en la que se respetaron todas las garantías (Art. 24 CE), de modo que el deudor queda vinculado por el título.

A. EL AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN

El Artículo 35 de la LEC, ordena expresamente los actos que debe realizar el/la Secretario/a Judicial, a saber:

> Art. 35 Inc. 3. Si el deudor de los honorarios no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda *la minuta*, más las costas.

En el caso de los Procuradores de los Tribunales, el Artículo 34 de la LEC contiene un inciso análogo:

> Art. 34 Inc. 3. Si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda *la cuenta*, más las costas[50].

En consecuencia, el Secretario Judicial, tendrá como obligación realizar el primer acto procesal: dictar una Diligencia de Constancia (Art. 283 LOPJ), proveyendo que ha recibido escrito del Letrado reclamante, solicitando se despache Ejecución; y por esa razón, el Secretario Judicial pasará los autos al Juez de Instancia o al Tribunal, quien despachará Auto[51] de Ejecución expidiendo la Orden General de Ejecución[52] (Arts. 549 y 551 LEC).

El Auto, en concreto, *grosso modo* dirá:

> "Se despacha la orden de ejecución (Auto de fecha DD/MM/AAAA, Ejecución de Títulos Judiciales 1234/2011) por el Juzgado ……., por las cantidades expresadas en la demanda, más las costas, declarándose embargados bienes de la demandada y efectuándose la averiguación de bienes".

Pues bien, una vez el Juez provee el Despacho de Ejecución, que es en rigor un acto de autoridad dirigido a vencer la resistencia al cumplimiento, paralelamente —el mismo día o al siguiente hábil— retoma el proceso el Secretario Judicial, como lo ordena el Inciso 3 del Artículo 551 LEC:

Dictado el Auto por el Juez o Magistrado, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el Auto despachando ejecución, dictará Decreto en el que se contendrán:

1.º Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes.

2.º Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de esta ley.

3.º El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor; en los casos en que la ley establezca este requerimiento.

Esta duplicidad de actos procesales entre Juez y Secretario Judicial obedece a la interpretación que hace el legislador del Artículo 117.3 de la Constitución Española, cuando establece

> "*que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*".

Sin lugar a dudas, la potestad jurisdiccional se plasma en la Orden General de Ejecución y se desarrolla con el reparto de funciones entre el Juez y el Secretario Judicial. Pues el legislador ha querido dejar claro, que el monopolio para poder obligar coactivamente al deudor, a cumplir lo que se acuerda en la ejecución, corresponde de forma exclusiva al Poder Judicial.

Con el Auto que despacha ejecución[53], ya Título Judicial, el Secretario Judicial, retomando la exclusividad de competencia, dictará Decreto definitivo[54], ahora ejecutivo, concretando y desarrollando el Auto, y ordenará[55] ejecución contra los bienes del cliente deudor —ahora el ejecutado—, por la cantidad fijada en euros, de principal, más intereses legales y costas procesales. Asimismo, ordenará la localización y averiguación patrimonial de los bienes del deudor ejecutado, por el Servicio de Averiguación Patrimonial (SAP); y lo hará, en ambos casos, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/1996, de 20 de Mayo[56] "garantizando al actor su derecho al aseguramiento de la ejecución"(Sic.), es decir, tomando las medidas que eviten frustrar el buen fin de la ejecución (Arts. 551, 553 y 554.2 LEC), bajo responsabilidad[57].

Efectivamente, el Secretario Judicial tiene la obligación de dirigirse de Oficio (Art. 589 LEC), a entidades financieras, organismos y registros públicos. Y a instancia de parte (Art. 590 LEC), puede dirigirse a las personas físicas o jurídicas que indique el Letrado ejecutante, para que faciliten la relación de los bienes del ejecutado, estableciendo al propio tiempo el deber de colaboración de estas personas o entidades, que se refuerza con la amenaza de multas coercitivas periódicas (Art. 591 LEC).

La STC 79/1996 lo interpreta así:

> "medidas entre las que se incluyen, por supuesto, las de requerir de todo tipo de Registros públicos, organismos públicos y entidades financieras que faciliten la relación de bienes o derechos del deudor de que tengan constancia, según dispone el párrafo tercero del art. 1.455 de la L.E.C. (Sic.)". Fdo. Jdco, 2, *in fine.*

Pero además matiza, que omitir o denegar las medidas de aseguramiento de la ejecución, constituye conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Letrado reclamante.

Así lo argumenta:

> "resulta evidente que en el presente caso el órgano judicial de instancia al denegar las solicitudes que ante la infructuosidad de la diligencia de embargo y la situación de insolvencia declarada por el propio ejecutado, se limitaban a instar del órgano judicial el libramiento de diversos oficios que habrían de dirigirse a la correspondiente Delegación de Hacienda y a determinadas entidades financieras, con el fin de que la primera remitiera la declaración de la renta presentada por el deudor ejecutado y las segundas informaran sobre el estado de las cuentas corrientes o depósitos que dicho deudor pudiera tener abiertas en las mismas, ha enervado la ejecución de su propio requerimiento de apremio y, por consiguiente, ha vulnerado el art. 24.1 de la C.E. De este modo, al negar al actor su derecho a que fueran adoptadas dichas legítimas medidas de aseguramiento de la ejecución, impidiendo totalmente, en consecuencia, la prosecución del procedimiento de apremio, la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona incurrió en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (Sic.)". Fdo. Jdco. 4.

La Ley procesal española exige, de igual forma, que el ejecutado haga manifestación de sus bienes patrimoniales en cantidad suficiente para hacer frente a la prestación debida, conminándole con los apremios oportunos, incluida la desobediencia grave si no presenta la relación de sus bienes, incluye los que no sean suyos o excluye bienes propios, así como estableciendo la imposición de multas coercitivas periódicas si no responde debidamente al requerimiento (Art. 589 LEC).

No cabe duda que las medidas deben ejecutarse inexcusablemente por el Secretario Judicial. Pues en muchos casos, los deudores tratan de poner fuera del alcance del acreedor el dinero de sus cuentas bancarias, bienes muebles e inmuebles, y los Secretarios Judiciales, a veces, no actúan con eficacia y rapidez por la carga procesal del juzgado o por otros motivos no jurídicos[58], y menos aún lo hace el funcionario del Cuerpo de Gestión Procesal a cargo del expediente, conculcándose al Letrado ejecutante no sólo su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24 C.E.), sino también, se frustra el cobro de los honorarios devengados.

Luego de proveído el Decreto ejecutivo, el resto de resoluciones que puedan ser acordadas por el Secretario Judicial, en orden al buen fin de la ejecución, serán las generales que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, en el reformado Artículo 206.2; dictándose Diligencia de Ordenación, cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca o Decreto definitivo cuando se ponga término al procedimiento en que el Secretario Judicial tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto.

Sin embargo, hay que decir al respecto, que son abundantes las ocasiones en las que el Secretario Judicial, por simple olvido o por desconfianza, o en otras, por indolencia a la función asignada, dejan de lado la exclusividad de competencia para dictar resoluciones en el procedimiento de la Reclamación de Honorarios y, trasladando la responsabilidad, le atribuyen al Juez-Magistrado funciones que no requieren ejercicio jurisdiccional, para que este dicte resoluciones, que en muchos casos no sólo no corresponden a lo que la Ley establece, sino que vician el procedimiento y recargan las tareas de los Jueces y Magistrados.

Ante situaciones ilegales, contra las resoluciones judiciales o procesales que dicten Jueces o Secretarios Judiciales, que no tengan posibilidad de Recurso y pongan fin al procedimiento, podrán los interesados interponer Recurso de Amparo de conformidad con el Artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; como instrumento que garantiza y tutela los derechos fundamentales, vulnerados por actos y omisiones procedentes de los órganos judiciales, entre los que hay que incluir el Auto de un Juez de Instancia o el Decreto definitivo del Secretario Judicial.

B. EMBARGO EJECUTIVO, COBRO Y PAGO DE LA DEUDA

En las Reclamaciones de Honorarios, interesa al Letrado ejecutante cobrar el dinero adeudado en el menor tiempo posible y sin traba de ninguna naturaleza.

El Auto despachando ejecución y el Decreto ejecutivo, son los dos instrumentos procesales que abren la única vía legal, el embargo judicial, para lograr el éxito en el cobro del dinero adeudado por los servicios prestados.

Pues bien, en esta nueva fase de apremio, la LEC dispone en el Artículo 588.2, 1º que:

> "podrán embargarse los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojaren las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine por el Secretario Judicial una cantidad como límite máximo".

Y el Artículo 592 LEC, sobre el orden de bienes a embargar, señala que en caso de inexistencia de pactos entre el acreedor y el deudor, sobre los bienes a embargar, el Secretario Judicial responsable de la ejecución, ordenará el embargo de bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.

El inciso 2 del referido Artículo 592 LEC, regula el orden de preferencia[59] a seguir en la práctica del embargo de bienes. Siendo el dinero o cuentas corrientes el primero en el orden, usualmente el Secretario Judicial remite uno o varios Oficios o Mandamiento en indagación de depósitos, que tuviera el ejecutado en el sistema bancario y financiero. Sin embargo, estas entidades únicamente le informan de las cuentas corrientes o cartillas; es decir, lo que se llaman depósitos a la vista, pero casi nunca de las cuentas de depósitos de valores, participaciones en fondos de inversión, etc. que son más fáciles de ejecutar. Por tanto, es importante que el Letrado ejecutante, lo solicite.

Localizadas las cuentas bancarias[60] del ejecutado, el Secretario Judicial procederá al embargo y expedirá la orden de transferencia desde la cuenta bancaria que es titular el ejecutado a la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, de la cantidad suficiente para cubrir el principal de la deuda y las costas procesales. La

entidad financiera tiene la obligación de recibir la orden judicial de embargo, procediendo a la retención y puesta a disposición del Juzgado del saldo de la cuenta cuya titularidad o co-titularidad[61] ostenta el deudor y, más concretamente, de las cantidades que sean objeto del embargo. Y ello, fundamentalmente, por el mandato contenido en el Artículo 591 de la LEC, en relación al Artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la obligación de la entidad de crédito de colaborar con la autoridad judicial correspondiente. En consecuencia, si el deudor nada hace para el levantamiento del embargo dentro de los términos previstos al efecto, la entidad financiera no tiene otra alternativa que acudir de inmediato a la consignación de la cantidad retenida[62] en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del órgano judicial, abierta en la entidad bancaria que colabora con la Administración de Justicia, actualmente Banesto.

La retención sólo debe realizarse sobre el saldo que el deudor tenga anotado en la cuenta bancaria en la fecha de recepción de la orden de embargo. Si el saldo fuese inferior a la cantidad máxima fijada por el Secretario Judicial, la entidad bancaria deberá retener todo el saldo disponible, sin que se encuentre legitimado para ampliar la retención en el supuesto de que el mismo se incrementase por el ingreso de cualquier otro depósito en un momento posterior, salvo que reciba una nueva orden de embargo. En vista de ello, parece claro que el embargo no puede llegar a causar un descubierto en la cuenta corriente cuyo saldo se ordena embargar.

En lo que respecta al embargo de dinero en cuenta proveniente de nominas, esto es embargo de sueldos, salarios o pensiones [8vo. en el orden dispuesto por el Artículo 592 Inc. 2 LEC], el Banco de España señala que:

> "Cuando en la cuenta afectada por el embargo se efectúe habitualmente el abono de sueldos, salarios o pensiones, deberán respetarse las limitaciones establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mediante su aplicación sobre el importe que deba considerarse sueldo, salario o pensión del deudor. A estos efectos se considerará sueldo, salario o pensión el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior".

El mismo criterio sigue la doctrina jurisprudencial menor, entre otras, las siguientes sentencias: STSJ de Canarias de 28 de Junio de 2005, STSJ de Cataluña, de fecha 4 de Julio de 2005 y STSJ de Aragón de fecha 14 de Noviembre y 12 de Diciembre de 2005; todas de la Salas Contencioso-Administrativo.

Respecto al sueldo y salario embargable, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala en el Artículo 607 LEC que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) es porción intocable en la cuenta del ejecutado. Por tanto, toda cantidad que exceda el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) será embargable conforme a una Escala que establece diversos porcentajes por rango. Por ejemplo, el SMI mensual del año 2013 es de 645.30 euros. Véase la escala fijada por el Real Decreto 1717/2012, de 28 de Diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para el 2013.

En cuanto al embargo de pensiones, si el ejecutado tiene un plan de pensiones con algún banco o institución financiera, la pensión será inembargable. Así lo confirma la Sentencia del Tribunal Constitucional[63] nº. 88, de 20 de Abril, que ha desarrollado una doctrina sobre la inembargabilidad de los derechos consolidados de los planes de pensiones, a propósito de la Cuestión de Inconstitucionalidad 3005/2001, planteada por el Juzgado de lo Social Nº 33 de Madrid, respecto al párrafo 3 del artículo 8.8 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de planes y fondos de pensiones (LPFP), redactado por las Leyes 30/1995 y 66/1997; por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117.3 CE, a saber: Principios de tutela judicial efectiva y exclusividad de la potestad judicial.

El mandamiento de pago

Una vez el Secretario Judicial tiene verificado la transferencia del dinero embargado en la cuenta del Juzgado de Instancia o del Tribunal,

procederá a notificar al Letrado ejecutante. El Letrado presentará escrito solicitando al Secretario Judicial el Mandamiento de Pago. Con el Mandamiento de Pago, el Abogado reclamante podrá cobrar el dinero embargado.

En efecto, el Art. 12.1[64], del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores[65], establece que el mandamiento lo expide el Secretario Judicial del Juzgado, bien directamente al ejecutante o si lo hubiera, a su apoderado.

De conformidad con el Artículo 459.2 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, los Secretarios Judiciales "responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales" (Sic). Y responderán del debido depósito en las instituciones que se determinen de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, siguiendo las instrucciones que al efecto se dicten. En base a ello, el Artículo 3.3 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, ordena que sea el Secretario Judicial[66] la única persona autorizada para disponer de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales[67]; exonerando de esta obligación a los Jueces y Magistrados, la cual se imponía en la anterior regulación.

Por tanto, el Letrado reclamante debe comparecer a la sede judicial, a los efectos de recibir el Mandamiento de Pago de mano del Secretario Judicial y luego acudir al Banco para cobrar el dinero, dando por concluida la Reclamación de Honorarios.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

- STC 110/1993, de 25 de marzo de 1993.
  Cuestiones de Inconstitucional 419/89 y 1922/89. Pleno.
  Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.
- STC 79/1996, de 20 de mayo de 1996.
  Recurso 3268/1993. Sala Segunda.
  Ponente: Don Tomás S Vives Antón.
- AUTO TC 318/2006, de 25 de septiembre de 2006.
  Recurso 6893/2004. Sección Cuarta.
- STC 88/2009, de 20 de abril de 2009.
  Cuestión inconstitucionalidad 3005/2001. Sala Segunda.
  Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo.
- STC 62/2009, de 9 de marzo de 2009.
  Recurso 3485/2006. Sala Primera.
  Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

NOTAS

1. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881. Dice el Art.8: "Cuando un Procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por sus derechos y por los gastos que le hubiere suplido para el pleito, presentará ante el Juzgado o Tribunal en que radicare el negocio cuenta detallada y justificada; y jurando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame mandará la Sala o el Juez que se requiera al poderdante para que las pague con las costas dentro de un plazo, que no excederá de diez días, bajo apercibimiento de apremio".

2. Los antecedentes del término o significante "Jura de Cuentas" se originan en la Ley de 22 de Junio de 1894.

3. Al respecto, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (EGA), en el Art. 44, Inc. 1, manifiesta que: *El abogado tiene derecho a una compensación económica adecuada por los servicios prestados, así como al reintegro de los gastos que se le hayan causado. La cuantía de los honorarios será libremente convenida entre el cliente y el abogado, con respeto a las normas deontológicas y sobre competencia desleal. A falta de pacto expreso en contrario,* para la fijación de los honorarios se podrán tener en cuenta, como referencia, los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito actúe*, aplicados conforme a las reglas, usos y costumbres del mismo,*

normas que, en todo caso, tendrán carácter supletorio de lo convenido y que se aplicarán en los casos de condena en costas a la parte contraria.
Cabe matizar que en caso de disconformidad, los baremos de honorarios de los Colegios de Abogados de España, solían servir de referencia del precio mínimo que se debía cobrar por la defensa letrada en cada actuación judicial. Sin embargo, tras la modificación de la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, más conocida como Ley Ómnibus, marcó un antes y un después al impedir que las instituciones colegiales dieran indicación alguna sobre precios de los servicios profesionales, por ser una práctica contraria a la competencia. La Ley 25/2009 marcó un antes y un después al impedir que las instituciones colegiales dieran indicación alguna sobre precios de los servicios profesionales, por ser una práctica contraria a la competencia. En otras palabras, un abogado no puede tener en cuenta como referencia los baremos orientadores del Colegio porque están prohibidos.
No obstante la modificación el Colegio de Abogados de Madrid, publica y pone a disposición de sus colegiados un libro con los baremos orientadores; dichos baremos sí sirven como referencia en caso de que la disputa entre abogado y cliente llegue a los juzgados y así lo solicite el Juez, si bien, en el procedimiento de impugnación, el dictamen del colegio de abogados no es vinculante.
Según establece la propia Ley Ómnibus, los colegios sólo pueden establecer criterios orientativos para la tasación de costas y jura de cuentas de los abogados, así como para calcular las costas en asistencia jurídica gratuita.
La Justicia española se ha pronunciado al respecto, señalando que "*los criterios colegiales orientadores constituyen pautas que sirven de fundamento en la siempre difícil función de fijar los honorarios profesionales de los abogados, sin perjuicio de la libertad de cada uno para pactar la cuantía de los honorarios con su cliente*" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de diciembre de 2011).

4. STC 110/1993, de 25 de marzo. Cuestiones de Inconstitucionalidad 419/89 y 1922/89. Pleno. Ponente Fernando García-Mon y González-Regueral.

5. Por Ley 36/2011, de 10 de Octubre de 2011, se ha establecido que no hay limitación de cuantía en materia de proceso Monitorio. Véase: BOE nº 245, de 11 de Octubre de 2011, pág. 106645.
http://www.boe.es/boe/dias/2011/10/11/pdfs/BOE-A-2011-15936.pdf

6. Cfr. Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 7, de 8 de enero del 2000, págs. 575-728; Corrección de errores BOE nº 90, de 14-04-2000, pág. 15278 y BOE nº 180, de 28-07-2001, pág. 27746.

7. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, modificó el Inciso 2, desjudicializando el proceso de Reclamación de Honorarios para encargar la gestión, en exclusividad, al Secretario Judicial. Cfr. http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/pdfs/BOE-A-2009-17493.pdf.

8. La Minuta, es el documento elaborado por el Letrado, que debe indicar los datos profesionales y fiscales, en cuyo contenido se informa al cliente los servicios prestados, individualizando las actuaciones judiciales y señalando el importe de los mismos.

9. Nada impide que se pueda facturar y reclamar por separado, siempre que la situación procesal del demandado exigiese la práctica de actuaciones individualizadas respecto de sus litisconsortes. No obstante, conviene que esta posibilidad de pago mancomunado esté expresamente prevista en una Hoja de Encargo o documento análogo. Igualmente, sería admisible la reclamación individualizada si el profesional acredita que cada Cuenta o Minuta que reclama, es el resultado de prorratear a cada cliente el total de la factura, debiendo de evitarse cobros desglosados artificialmente para aquellas actuaciones únicas o conjuntas de difícil singularización.

10. Véase la Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1997 y de 3 de febrero de 1998, en la que prospera el recurso de casación por presentación de una minuta global sin desglosar o individualizar las partidas.

11. Uno de los problemas que surgen en las Reclamaciones de Honorarios, es la falta de pruebas que acrediten legitimación activa del Abogado. En ese supuesto, de apreciarse la falta de legitimación de las partes, el Secretario Judicial, dictará un Decreto definitivo, sin perjuicio de dar cuenta al Juez de Instancia, el mismo que de acuerdo al Artículo 454 bis 1 LEC, cabrá recurrirlo mediante el Recurso de Revisión ante el Juez o Tribunal, que lo resolverá por Auto, y sobre el que cabe Recurso de Apelación según el 454 bis 4 de la LEC.
Observamos en la casuística no civil, que el problema se genera en casos en los cuales habiendo un abogado que desempeña la dirección técnica, los escritos se presentan encabezados y firmados por el cliente, lo que determina que la identidad del abogado permanezca desconocida hasta el juicio, o que no se llegue a saber siquiera de no celebrarse la vista oral.

Véase por ejemplo la siguiente jurisprudencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, Rollo Apelación 168/09. Auto 153/09, de 2 de junio: Fº.Jº.1º "Por todo ello como se argumenta en las resoluciones recurridas, no existe constancia formal en la causa de la intervención del letrado recurrente, por lo que no está justificado que su pretensión se beneficie del procedimiento especial y sumario para el cobro de sus honorarios. Ello, sin embargo, no quiere decir que se dude de sus manifestaciones y de que tenga derecho a hacer efectivas sus minutas, pero ello, sin duda, deberá plantearse a través del correspondiente procedimiento declarativo en reclamación de cantidad por los servicios prestados" (Sic).
Para evitar este *impasse*, de falta de legitimación o no acreditación de legitimación, lo correcto es que el Letrado, desde un inicio, indique sus datos profesionales y firma, en todos los escritos que presenta ante cualquier órgano judicial.
Asimismo, cuando participa más de un Letrado o se produzca cambio de Letrado, se procede, por ejemplo, de acuerdo a lo dispuesto por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en los nuevos Criterios de 4 Julio de 2013, Criterio 85 d): "Con carácter general se podrá entender que en lo relativo a las responsabilidades civiles el 50% corresponde a la fase de instrucción y, el otro 50% a la del juicio oral".
La anterior redacción de los criterios de 24 de Julio de 2001, era más claro, decía Criterio 121 d): "Cuando se produzca cambio del Letrado director de una de las partes durante el proceso, corresponderá el 50% de los honorarios al que intervino en la fase de Instrucción y el otro 50% al que lo hizo en la del juicio oral. Si interviniese más de un Letrado en cada una de dichas fases se distribuirán los honorarios correspondientes a la misma en proporción al trabajo desarrollado por cada uno".
En el supuesto del Letrado titular del bufete, el derecho de éste a devengar los honorarios es legítimo, aunque las actuaciones las haya realizado otro letrado, sin perjuicio de la facultad que tiene éste de reclamar frente al titular del despacho en virtud de la relación interna entre ellos. El Estatuto General de la Abogacía Española (EGA), lo contempla en el Art. 27.2.: "*El Abogado titular de un despacho profesional individual responderá profesionalmente frente a su cliente de las gestiones o actuaciones que efectúen sus pasantes o colaboradores, sin perjuicio de la facultad de repetir frente a los mismos si procediera. No obstante los pasantes y colaboradores quedan sometidos a las obligaciones deontológicas y asumirán su propia responsabilidad disciplinaria. Los honorarios a cargo del cliente se devengarán a favor del titular del despacho, aún en el caso de que las actuaciones fueren realizadas por otros Letrados por delegación o sustitución del mismo; y a su vez, dicho titular del despacho responderá personalmente de los honorarios debidos a los Letrados a los que encargue o delegue actuaciones aún en el caso de que el cliente dejase de abonárselos, salvo pacto escrito en contrario*".

12. Véase la doctrina de la Sala 1ra., en la Sentencia Tribunal Supremo 1140, de 17 de diciembre de 1999 y la Sentencia Tribunal Supremo de 14 de enero de 2005. Dice la STS 1140, Ponente: Alfonso Villagómez Rodil: "El pago del referido impuesto correspondiente a honorarios de Letrado, responde a servicios profesionales prestados por el mismo, quien resulta ser el sujeto pasivo, por lo que tiene derecho a repercutir el impuesto sobre su cliente, pero al ser éste vencedor procesal y acreedor de las costas, la obligación de su pago corre de cuenta de quien resulta condenado, tanto si se hubiera satisfecho al Abogado, quien en este caso tendría que devolver su importe, como si el cliente lo hubiera hecho, en cuyo caso el Letrado minutante, con el pago de las costas que efectúe el obligado por sentencia, se reintegrará del importe que hubiera satisfecho a la Hacienda Pública (STS de 9 de mayo de 1995, que cita las de 24 de marzo de 1987 y 23 de marzo de 1994, así como la de 13 de noviembre de 1996, que cita las de 20 de mayo y 19 de diciembre de 1991, 23 de marzo de 1993 y 20 de marzo de 1996", doctrina igualmente aplicable al impuesto sobre los derechos del Procurador…." (Sic.).

13. Véase el Artículo 6 del Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

14. En el supuesto que el cliente cambie de Letrado, el nuevo Letrado o Letrado sustituto, al solicitar la Venia, como lo mandata el Artículo 16, Inc. 2, de los Estatutos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, debe cumplir con "el deber de colaborar diligentemente en la gestión del pago de los honorarios profesionales que correspondan al Abogado sustituido por su previa intervención profesional" (Sic).

15. Véase por ejemplo el Auto de 30 de junio de 2009, Sección 23ª. de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el Recurso de Apelación del Abogado, quien consideraba que habiéndose dictado el Auto de transformación del procedimiento, era suficiente para poder devengar los honorarios por la partida de referencia, lo que no fue compartido ni por el Juzgado, ni por la Audiencia Provincial. El acreedor tendrá que esperar la Resolución que ponga fin al proceso, si quiere reclamar a través de este cauce. Una vez firme la referida resolución será el Secretario del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa, el competente tramitar la reclamación sobre esta partida.

16. Puede presentarse ante el Secretario de Sala del Tribunal Supremo, el Secretario de Sala de Tribunal Superior o de Audiencia Nacional, el Secretario de Juzgados de Instancia, y ante el Secretario de un Juzgado de Paz.

17. Véase el Auto 959/08 de la Secc. 23ª. A.P. de Madrid, de fecha 29 de Octubre de 2008. "…el recurso no puede prosperar. El procurador ha presentado la jura de cuentas el 17-7-08 ante el Juzgado que en su momento instruyó la causa; consta que este Juzgado de Instrucción remitió la causa para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal con fecha 22-6-05; de manera que ya no es el órgano judicial que conoce del procedimiento, en los términos a que se refiere el art. 242 de la LECrim, donde se establece que la reclamación se efectuará 'ante el Juzgado o Tribunal que conociere de la causa'. Evidentemente, en el presente caso, este órgano no es el Juzgado de Instrucción, lo que significa que carece de competencia para tramitar y resolver sobre la jura de cuentas; todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al apelante de presentar su reclamación ante el Juzgado competente" (Sic).

18. En el supuesto de que el Abogado no haga entrega de Minuta o Factura detallada, el Secretario Judicial, deberá requerirla por Diligencia de Ordenación, bajo apercibimiento de archivo, si no lo verifica dentro del plazo que se le conceda al efecto. Si el Letrado no aporta en plazo la Minuta detallada, el Secretario Judicial o Tribunal declarará no subsanados los defectos de la cuenta o minuta, dictará un Decreto definitivo, el mismo que puede ser recurrido mediante Recurso de Revisión ante el Juez o Tribunal que se resolverá por Auto, sobre el que cabe Recurso de Apelación, según el Artículo 454 bis 4 de la LEC.
En el supuesto de la Cuenta de los Procuradores, está regulado por el Arancel de Derechos de los Procuradores de los Tribunales, en su Artículo 86 ya establece la necesidad de detallar la cuenta de derechos que se formulen. Véase el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre. Asimismo, sobre las cuentas de los clientes véase el Art. 38-2.b, del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (EGPTE).

19. Sobre el "Tratamiento de fondos ajenos", los del cliente, no del abogado, de los que no puede disponer sin autorización, incluso para cobrarse su minuta, es regulado por el Artículo 20 del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) [*]:
1.- Cuando el Abogado éste en posesión de dinero o valores de clientes o de terceros, estará obligado a tenerlos depositados en una o varias cuentas específicas abiertas en un banco o entidad de crédito, con disposición inmediata. Estos depósitos no podrán ser concertados ni confundidos con ningún otro depósito del abogado, del bufete, del cliente o de terceros.
2.- Salvo disposición legal, mandato judicial o consentimiento expreso del cliente o del tercero por cuenta de quien se haga, queda prohibido cualquier pago efectuado con dichos fondos. Esta prohibición comprende incluso la detracción por el Abogado de sus propios honorarios, salvo autorización para hacerlo recogida en la hoja de encargo o escrito posterior del cliente y, naturalmente, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan solicitarse y obtenerse de los Tribunales de Justicia.
[*] Aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española. Adaptado al Nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 junio, Aprobado en Pleno de 27-09-2002, y Modificado en Pleno de 10-12-2002. Su redacción es muy similar a la del Artículo 3.8 del Código Deontológico de la Abogacía de la Unión Europea (C.C.B.E).

20. Por cuota litis se entiende la forma de minutar los honorarios profesionales en función de los resultados obtenidos en el pleito. El Abogado ganaría un porcentaje convenido del valor de los resultados, en caso de ser éstos positivos.
La jurisprudencia a tratado el tema en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003, Sección 6 de lo Contencioso-Administrativo, Ponente Ramón Trillo, véase especialmente el Voto Particular del Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate. El *leading case* o la decisión judicial líder, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008. El Pleno de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo ha señalado que "los abogados pueden pactar libremente con sus clientes el cobro de honorarios a porcentaje en función del resultado del pleito, es decir, un pacto de cuota litis".
Un estudio riguroso sobre el pacto de cuota litis, ha sido publicado por el profesor Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, de la Universidad de Santiago de Compostela, intitulado: *El pacto de "quota litis" en la deontología de los abogados*, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 25, 2008-2009, págs. 79-110.

21. Sobre el requisito de la acreditación de la morosidad y la reclamación previa extrajudicial, en el supuesto de los Procuradores, puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 3ª. nº Rec. 944/2004, de fecha 3 de mayo de 2005. Fº. Jº. 1º.: "El art. 34 configura la jura de cuentas como un derecho privilegiado de naturaleza personalísima que permite al Procurador exigir de su mandatario (Sic) el importe de sus derechos. Este artículo, exige

entre los requisitos necesarios para que prospere el procedimiento de jura de cuentas, el que se acompañe a la petición de jura de cuentas el justificante de haber requerido previamente y de manera extrajudicial al mandatario" (Sic).

22. El Secretario Judicial, tiene la exclusiva potestad para admitir o rechazar las demandas, Así lo mandata el Artículo 404.1 LEC: "El Secretario Judicial, examinada la demanda, dictará Decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días". En las Reclamaciones de Honorarios, el plazo de contestación es de 10 días (Art. 35 LEC).
Será un Decreto no definitivo, cuya fundamentación jurídica salvaguarda en mayor grado la tutela judicial efectiva de las partes. Al mismo, cabrá interponer Recurso de Reposición. Bajo ningún concepto, cabe admitir la Reclamación de Honorarios por Providencia, ni por Diligencia de Ordenación, porque constituiría un vicio de nulidad procesal.

23. En el supuesto de incompetencia funcional del órgano donde se presenta la Reclamación de Honorarios, el Secretario Judicial dictará un Decreto definitivo, el mismo que puede ser recurrido mediante Recurso de Revisión ante el Juez o Tribunal que se resolverá por Auto, sobre el que cabe Recurso de Apelación, según el Artículo 454 bis 4 de la LEC.
Para la casuística véase el Auto 959/08 de la Secc. 23ª. A.P. de Madrid, de fecha 29 de octubre de 2008. "…el recurso no puede prosperar. El procurador ha presentado la jura de cuentas el 17-7-08 ante el Juzgado que en su momento instruyó la causa; consta que este Juzgado de Instrucción remitió la causa para enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal con fecha 22-6-05; de manera que ya no es el órgano judicial que conoce del procedimiento, en los términos a que se refiere el art. 242 de la LECrim, donde se establece que la reclamación se efectuará "ante el Juzgado o Tribunal que conociere de la causa". Evidentemente, en el presente caso, este órgano no es el Juzgado de Instrucción, lo que significa que carece de competencia para tramitar y resolver sobre la jura de cuentas; todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al apelante de presentar su reclamación ante el Juzgado competente".
También véase: Auto de fecha 7 de marzo de 2005, del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil.

24. Véase también del Tribunal Supremo la Sentencia de 15 de noviembre de 1996 y el Auto de 10 de febrero de 2000.

25. Auto TC 318/2006, de 25 de Septiembre de 2006. Recurso 6893/2004. Sección Cuarta.

26. Véanse: SAP León 28-3-05; SAP Málaga 17-02-04; SAP Valencia 13-01-03.

27. Se notificará a las partes, de acuerdo al Artículo 150.1 LEC, bajo la dirección y responsabilidad del Secretario/a Judicial (Art. 152.1) en tiempo (Art. 151) y legal forma (Art. 152).

28. Contra la Diligencia de Ordenación cabrá Recurso de Reposición, que se resuelve por Decreto (Art. 451.1, 453.2, 454 bis 1 LEC).

29. Unas costas cuyo importe estimado se añadirá a la cuantía de la reclamación, más los previsibles intereses, todo ello con los límites que se establecen en el artículo 575.1 de la LEC.

30. Contra el Decreto definitivo cabrá Recurso de Revisión.

31. Algunos clientes suelen contratar nuevo abogado para impugnar la Minuta. Si la impugnación es sin razón o el nuevo Abogado lo hace habitualmente con las minutas de los compañeros, debe ser denunciado al Colegio de Abogados respectivo, a fin de que sea expedientado por infracción. Así lo regula el Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE) en su Artículo 18.- Impugnación de honorarios: "Constituye infracción deontológica la conducta del Abogado que reiteradamente intente percibir honorarios que hayan sido objeto de impugnaciones procedentes o de quejas justificadas por razón de su importe excesivo. También será infracción deontológica la conducta del Abogado que impugne sin razón y con carácter habitual las minutas de sus compañeros o induzca o asesore a los clientes a que lo hagan".

32. En la práctica, los Secretarios Judiciales admiten impugnaciones sin que se cumpla con lo mandatado por el Art. 245 Inc. 4 de la LEC. La negrilla es mía.

33. Contra el Decreto definitivo cabrá Recurso de Revisión, que se resolverá por Auto y podrá recurrirse por Recurso de Apelación (Art. 454 bis 1 y 4).

34. Véase la STS de 13 de diciembre de 1993 y la STS de 12 de julio de 1994.

35. En el proceso por indebidas, no hay dictamen del Colegio de Abogados. En este caso lo que existe es un traslado a la otra parte por 3 días para alegaciones y resolución por el Secretario por Decreto (Art. 246.4 LEC), susceptible de Recurso de Revisión ante el Juez.

36. Solicitud de Aclaración de Resolución judicial del Decreto del Secretario Judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 214.1 y 2, y Art. 215.4 de la LEC, en relación con el Art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

37. Respecto al Presupuesto Previo orientativo, no cerrado, que contiene el computo anticipado del coste del servicio (honorarios) y de los gastos (suplidos), y, la Hoja de Encargo, que es el Contrato de Servicios formalizado en un documento privado, que contiene el acuerdo, las obligaciones entre las partes y el Presupuesto previo orientativo, dispone el Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE), Aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de Junio, y Aprobado en el Pleno de 27 de Septiembre de 2002, específicamente, en su Artículo 13.9 b), "*la obligación del abogado de poner en conocimiento del cliente, incluso por escrito, cuando éste lo solicite, el importe aproximado, en cuanto sea posible, de los honorarios o de las bases para su determinación*" (Sic).
De igual forma, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, aprobada el 16 de abril de 2002 por el Pleno del Congreso de los Diputados de España, reconoce en su Artículo 37 que: "*el ciudadano tiene derecho a conocer previamente el coste aproximado de la intervención del profesional, de la forma de pago*" (Sic.); y a que se le extienda un "presupuesto previo" que contenga de manera general el coste de las principales actuaciones en el asunto y la forma de pago, con independencia del resultado del proceso.

38. Contra el Decreto definitivo cabrá Recurso de Revisión.

39. El procedimiento de impugnación, de acuerdo con el Art. 246 LEC y la reforma producida por la Ley 13/2009, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, mantiene la intervención de los Colegios Profesionales de Abogados y Peritos.

40. Si el Secretario Judicial omite realizar esta Diligencia, generará un vicio procesal de nulidad.

41. Se le da traslado al Letrado para que manifieste. Algunos Secretarios Judiciales citan a las partes a Vista Oral.

42. En cuanto a la intervención del Secretario Judicial en la reducción de la minuta de honorarios del Letrado, destacaremos la S.A.P Oviedo de 10 de diciembre de 2009, según la cual "*el Sr. Secretario no puede entrar a decidir la cuantía de los honorarios del letrado, salvo el límite prevenido en el Art. 394 LEC*". (Sic.)

43. STC 62/2009, de 9 de marzo de 2009. Recurso 3485/2006. Sala Primera. Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

44. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, vulgarmente conocida como "Ley Ómnibus", en vigor desde el 27-12-2009, que modifica la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, establece en el Art. 14 que "*Los Colegios profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta*" (Sic). Es decir, prohíbe los baremos orientadores del Colegio en cuyo ámbito se actúe.
El precepto recoge la doctrina que exigía la normativa comunitaria sobre defensa de la competencia y consolida la libertad de pacto de honorarios entre el Abogado y el cliente.
Sin embargo, establece una excepción fundamental, la Disposición Adicional Cuarta: "*Los colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita*". (Sic).

45. Por ejemplo, véase el Auto del Tribunal Supremo 7 de junio de 2010 (Sala 3ª). Se trata de una impugnación por indebidos y por excesivos. La Sección Española de Amnistía Internacional, impugnó la Minuta de Honorarios del Abogado del Estado. Se desestima la impugnación por indebidos, porque la minuta se corresponde indudablemente con una actuación procesal. Respecto a la impugnación por excesivos, se incluye el Dictamen del Colegio de Abogados de Madrid; informando la Comisión del ICAM, "que la Minuta del Abogado del Estado es conforme con los Criterios Orientadores del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid". Por su lado, el Secretario de Sala informa que "dicha cuantía es adecuada al esfuerzo profesional realizado por el Abogado del Estado". Sin embargo, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, estima que el contenido del escrito del Abogado del Estado es "*sucinto, no se corresponde con la controversia y ofrece una contestación meramente ritual*", estimando la Sala que una Minuta de 100 euros —y no de 300— es suficiente para el "*esfuerzo profesional de dicha contestación*" (Sic). Y se imponen las costas del incidente a la

parte minutante, esto es al Abogado del Estado. El Tribunal enmienda a Abogado [del Estado], Colegio de Abogados [de Madrid] y Secretario Judicial.

46. Véase el Auto del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010, un caso similar, en el que se rechaza también por indebidas y se estima por excesivas (en contra del criterio del Colegio y del Secretario) porque, "con independencia de la relación interna entre el Letrado y la parte a la que defiende, es excesiva en cuanto a la reclamación como costas, reclamación que debe orientarse por un principio de moderación superior al que pueda aplicarse en las relaciones entre Abogado y cliente. En consecuencia, atendiendo a la dificultad del asunto y a la labor realizada en el escrito de oposición, estimamos que una cantidad adecuada para la reclamación como costas del litigio es la de 5.000 euros" (Sic).

47. La fijación de los honorarios por la Comisión de Honorarios del Colegio de Abogados, se hace de acuerdo a las actuaciones judiciales del Letrado, pero además, se tendrá como base: el "trabajo profesional realizado" y "su mayor o menor complejidad", "el tiempo empleado", "la dificultad que en cada caso concurra", "la cuantía del asunto", "los intereses de toda clase en juego" y cualquier otra "circunstancia relevante".

48. Los criterios del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, son adoptados por la Junta de Gobierno "*con objeto de emitir dictámenes sobre honorarios profesionales que le sean requeridos por órganos judiciales, ya sea en el ámbito de las impugnaciones de las tasaciones de costas, ya cuando se plantee litigio sobre tales honorarios*". Asimismo, "*solo sirven para proporcionar a los órganos judiciales un elemento técnico-pericial de valoración* (…) *a efectos de dar cumplimiento a la solicitud que pudiera formular el órgano judicial*".
En otras palabras, se utilizan los Criterios de Honorarios de los colegios de abogados, cuando no existe pacto o presupuesto de honorarios entre abogado y cliente, y la reclamación de honorarios del Abogado ha sido objetivo de impugnación por el cliente en el órgano judicial. Sera el colegio quien emitirá un informe con las cantidades mínimas o cantidades justas por la labor del Letrado.

49. El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid los denominaba "Criterios Orientadores de Honorarios Profesionales de Julio de 2001. En octubre de 2008 la Junta de Gobierno decidió denominarlos "Criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus Dictámenes sobre Honorarios Profesionales a Requerimiento Judicial".

50. Véase, por ejemplo, la aplicación de este artículo en el Auto de la Sección Séptima, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 19 de enero de 2004, ponente Manuel Goded Miranda:
ÚNICO.— El artículo 34.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ordena que, no formulándose oposición al requerimiento de pago al poderdante para que satisfaga la cantidad adeudada, se despachará ejecución por la cantidad a que asciende la cuenta más las costas. En razón de ello, resulta pertinente acordar el cobro por la vía de apremio de la cantidad adeudada por el Ayuntamiento de […] decretando el embargo de bienes patrimoniales de dicho Ayuntamiento que sean susceptibles de esta medida, por no hallarse materialmente afectos a un uso o servicio público (artículo 154.2 de la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales, y sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998) en cantidad suficiente para cubrir la cifra de 432,45 euros de principal y 100 euros que se presupuestan para costas, debiendo expedirse al efecto el oportuno exhorto. En su virtud. LA SALA ACUERDA: Procédase por vía de apremio para el cobro al Ayuntamiento de […] de la cantidad de 432,45 euros, importe de la cuenta reclamada por el Procurador Don Luciano Rosch Nadal. Se decreta el embargo de bienes patrimoniales del Ayuntamiento de […] que puedan ser objeto de dicha medida, por no hallarse materialmente afectos a un uso o servicio público en cantidad suficiente para cubrir la cifra de 432,45 euros y 100 euros que se presupuestan para costas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

51. Será Auto, porque así se dispone en el Artículo 545, Inc. 4 de la LEC.: que las resoluciones en que se acuerde el despacho de la ejecución provisional o definitiva (es decir, contengan la Orden General de Ejecución); el embargo o su alzamiento; que decidan sobre la oposición a la ejecución basada en motivos procesales o de fondo; la suspensión, sobreseimiento o reanudación de la misma; las tercerías de dominio; y aquellas otras que señale esta Ley, revestirán la forma de Auto. Por Providencia se decidirán las cuestiones expresamente señaladas. Las demás se decidirán por Diligencia de Ordenación del Secretario Judicial, salvo cuando proceda resolver por Decreto.

52. Cfr. Artículo 551. Orden General de Ejecución y Despacho de la Ejecución.
1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.
2. El citado auto expresará:

1.º La persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha ésta.
2.º Si la ejecución se despacha en forma mancomunada o solidaria.
3.º La cantidad, en su caso, por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos.
4.º Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución, según lo establecido en el artículo 538 de esta ley.

53. El Art. 551, Inc. 4. dice: Contra el Auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado.
Respecto a la Oposición al Auto despachando ejecución, la LEC 2000 incorpora tres causales, señalados en los Artículos 556 a 564, para que el ejecutado, en el plazo de 10 días, mediante escrito motivado, pueda oponer las excepciones procesales que puedan asistirle, por falta de los presupuestos o requisitos para despachar la ejecución, así como algunas excepciones materiales. Sin embargo, se excluye toda posibilidad de que el ejecutado haga alegación sobre los hechos constitutivos o sobre los hechos impeditivos, ya que ambos quedan amparados por la cosa juzgada y no admiten discusión ulterior.
Si el/la Juez/a, no observa nada contrario a Derecho, dictará Auto desestimando la oposición, mandando seguir la ejecución, e impondrá al ejecutado las costas de la Oposición.

54. El Art. 551, Inc. 5. dice: Contra el Decreto dictado por el Secretario judicial cabrá interponer Recurso de Revisión directo, sin efecto suspensivo, ante el Tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución.

55. El Auto que despacha ejecución y el Decreto ejecutivo, deben ser notificados simultáneamente al ejecutado, o en su caso al Procurador de los Tribunales que le represente.

56. Véase la STC 79/1996, de 20 de Mayo. Sala Segunda. Recurso 3268/1993. Ponente: Tomás S Vives Antón.

57. El Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, estipula en su Art. 154 Inc. 9, que puede ser una falta muy grave, "*El incumplimiento de las decisiones judiciales cuya ejecución tengan encomendada*" y, asimismo, estipula en su Art. 155 Inc. 6, que será falta grave, "*La negligencia o retraso injustificado en el cumplimiento de las funciones inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas cuando no constituya un notorio incumplimiento de las mismas*".

58. Véase por ejemplo la Sentencia 314/2010, de 2 de diciembre, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Melilla, Juicio Oral 150/2010, por la que se condena a un Secretario Judicial como autor de un delito de desobediencia a la autoridad judicial (Art. 410 del Código Penal) a las penas de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público y multa de seis meses con cuota diaria de 20 euros.

59. Cfr. Art. 592.2: Si por las circunstancias de la ejecución resultase imposible o muy difícil la aplicación de los criterios establecidos en el apartado anterior, los bienes se embargarán por el siguiente orden:
1. Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.
2. Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.
3. Joyas y objetos de arte.
4. Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.
5. Intereses, rentas y frutos de toda especie.
6. Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.
7. Bienes inmuebles.
8. Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
9. Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

60. Las modalidades de las cuentas bancarias en España, pueden ser: Cuentas individuales y Cuentas pluripersonales. Dentro de esta última categoría existen: Cuentas conjuntas o mancomunadas, Cuentas Indistintas o solidarias y Cuentas mixtas.

61. De existir una cuenta corriente con co-titularidad, es decir, una cuenta pluripersonal, sólo se podrá embargar la parte que le corresponde al deudor, sobre los fondos depositados en la cuenta. Así lo señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1993, Fundamento Jurídico Tercero: "El básico principio de la responsabilidad patri-

monial universal del deudor, consagrado en el art. 1911, comprende todos sus bienes, como regla general, y los requisitos que, como sucede en este caso, puedan exigirse para la disposición sobre los mismos no significan exclusión absoluta de aquéllos que se vean afectados por la limitación dispositiva, sino únicamente que habrán de cumplirse para hacer efectivas sobre tales bienes las responsabilidades contraídas, que es lo resuelto acertadamente por la Audiencia de Granada. Tan es así que en el desarrollo del motivo estudiado se reconoce que "el saldo de la repetida cuenta podría ser objeto de embargo", pero que "en ningún caso podría alcanzar al *ius disponendi* de tal saldo, que no pertenece al deudor, ni el crédito del acreedor puede realizarse mediante la entrega a éste de su importe, porque sería tanto como atribuir al ejecutante, al pretendido amparo del Art. 1911 del C.c., facultades dispositivas de las que carecía el deudor embargado", y lo que sucede es que, siendo correcto, en parte, lo afirmado, no lo es en puntos sustanciales, pues lo cierto es que el importe del saldo pertenece a la Cooperativa "La Asunción" y, por ende, un acreedor suyo puede hacer efectivo su crédito sobre la cantidad correspondiente, siempre que se cumpla el requisito de presentación de las certificaciones de obra, lo que se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el art. 1911, sin que exista inconveniente alguno en que, cumplido el requisito, se haga efectivo el crédito mediante la entrega del dinero al acreedor embargante, con lo que sólo se habrá sustituido a la Cooperativa deudora por su acreedor, respetándose lo pactado entre la Caja Postal y dicha Cooperativa; ha de decaer, por tanto, el motivo".

62. Véase, SAP Asturias de fecha 18 de septiembre de 2001, sección 7.ª

63. Véase, STC 88/2009, de 20 de abril. Sala Segunda. Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo.
http://www.boe.es/boe/dias/2009/05/07/pdfs/BOE-A-2009-7622.pdf

64. Artículo 12. Reintegros de cantidades: mandamientos de pago y transferencias a cuentas bancarias no judiciales:
1. El reintegro de las cantidades se realizará mediante la expedición del mandamiento de pago a favor del beneficiario. El mandamiento de pago, que no será un documento compensable, deberá ser hecho efectivo mediante su presentación al cobro por el beneficiario en la entidad de crédito adjudicataria, debidamente firmado y sellado por el secretario judicial.
2. Los mandamientos deberán ser presentados al cobro en un plazo de tres meses a contar desde el día siguiente a la fecha de emisión de los mismos, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el mandamiento vence el primer día hábil siguiente.
En el supuesto de que el mandamiento hubiere caducado por su falta de presentación al cobro en el plazo señalado, el beneficiario del mismo podrá solicitar al secretario judicial la expedición de un nuevo mandamiento sujeto a igual plazo de caducidad.
3. La entidad adjudicataria no hará efectivo el pago de ningún mandamiento caducado.
En los supuestos en que el mandamiento hubiera sido librado por importe superior al saldo existente en la cuenta expediente en el momento de su presentación al cobro, se pagará hasta el límite de éste, debiendo la entidad de crédito informar de esta situación al secretario judicial.
4. El reintegro de cantidades también podrá hacerse a través de transferencias a cuentas bancarias no judiciales, siendo necesario que conste suficientemente en el expediente judicial el número de código de cuenta cliente o número internacional de cuenta bancaria (IBAN) y la titularidad de la misma, que habrá de incluir en todo caso a la persona o entidad que deba percibir la cantidad, la cual deberá ser informada del carácter público, en general, de las actuaciones judiciales y de que el número facilitado por ella para este fin queda incorporado en el expediente judicial.
5. En aquellos supuestos en que el beneficiario del reintegro de cantidad resida en distinto municipio a aquél en que estuviere la sede del órgano emisor, el secretario judicial utilizará la transferencia a cuenta bancaria no judicial siempre que concurran los requisitos previstos en el apartado anterior. Sólo en el caso excepcional de no poder utilizar la transferencia a cuenta bancaria no judicial, se podrá diligenciar la entrega del mandamiento de pago a través de la entidad de crédito adjudicataria.

65. Véase el texto del Real Decreto en BOE n.º 113, de 12 de mayo de 2006. Asimismo es preceptivo observar lo dispuesto en la ORDEN JUS/1623/2007, de 4 abril (BOE de 8 junio), por la que se aprueban los modelos de formularios de ingreso, mandamientos de pago y de órdenes de transferencia reguladas por el Real Decreto 467/2006.

66. Los Secretarios Judiciales se encuentran habilitados, desde el 26 de enero de 2009, para poder acceder a la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales mediante un certificado digital. Así, los Secretarios Judiciales que dispongan de un certificado digital CERES, expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, acceden y gestionan la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales de su órgano, mediante el uso de la tarjeta en que se encuentra incorporado.

67. Artículo 5. Gestión y control de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones. Inc. 1. Los Secretarios Judiciales, y demás personas autorizadas según el artículo 3.4 del este Real Decreto, gestionarán y efectuarán el control sobre la Cuenta de Depósitos y Consignaciones a través de la aplicación informática de titularidad del Ministerio de Justicia que éste determine, la cual deberá ser validada por el Consejo General del Poder Judicial y por la Fiscalía General del Estado.

Fecha de recepción: 13/10/2013
Revisado 23/02/14
Fecha de aceptación: 07/05/2014

ANÁLISIS SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

ANALYSIS ON CONCRETE ISSUES REGARDING THE RIGHT TO LEGAL ASSISTANCE OF DETAINEES

Elena López Berberana

José Francisco Ruiz Martínez

Eduardo Catalán Blázquez.

Salvador Guerrero Palomares (Coord.)

RESUMEN

En cumplimiento del encargo que la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga realizó a su Sección de Derecho Penal, los integrantes de la comisión ejecutiva de la misma realizan un análisis exhaustivo sobre la situación actual respecto de la asistencia letrada al detenido, la normativa que la regula y la jurisprudencia que le es de aplicación. El estudio se centra en la sempiterna pugna entre los abogados defensores y los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en relación con la entrega previa de atestado policial al letrado que va a asistir a un detenido y de la posibilidad de que el abogado mantenga una entrevista previa con la persona dicha. El análisis que realiza la Sección de Derecho Penal trasciende a un comentario meramente práctico para adentrarse en una investigación que parte de la conceptuación constitucional derecho fundamental a la asistencia letrada, y que alcanza a la jurisprudencia del TEDH, y a la normativa recientemente aprobada por la Unión Europea en aplicación del Programa de Estocolmo.

PALABRAS CLAVE

Asistencia letrada al detenido, Declaración policial, Derechos del detenido, Derechos del detenido, Entrega de atestado, Entrevista previa

ABSTRACT

According to the request of the Board of the Bar Association of Malaga to its Criminal Law Section, members of the executive committee conduct a thorough analysis about the current situation regarding legal assistance to detainees, the legislation that regulates and jurisprudence applicable in this regards. This study focuses on the eternal tension among defense lawyers, the members of the security forces, and the state in relation to the statement of the police delivered to the lawyer who assists a detainee, and also the possibility that the lawyer holds a prior interview with the detainee. The analysis carried out by the Criminal Law Section transcends a comment purely practical to a more theoretical research about the basic constitutional right to counsel, reaching the case-law of the ECHR, and the rules recently adopted by the European Union under the Stockholm Programme.

KEYWORDS

Legal assistance, Statement to the police, Rights of detainee, Police statement, Rights of detainees, delivering of statement, Prior interview

ANÁLISIS SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

Elena López Berberana
José Francisco Ruiz Martínez
Eduardo Catalán Blázquez
Salvador Guerrero Palomares (Coord.)
Sección de Derecho Penal
Ilustre Colegio Abogados de Málaga

Sumario: 1. Estado de la cuestión. 2. El derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido. A. La asistencia letrada al detenido como Derecho Humano. Su fundamento. B. Marco normativo en nuestro Ordenamiento Jurídico. C. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. D. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. E. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. F. Crítica a la distinción entre asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado. 3. La entrevista previa. 4. la entrega del atestado o diligencias en dependencias policiales. 5. La intervención del letrado durante la lectura de derechos y la declaración. 6. Consideraciones sobre la función del abogado en dependencias policiales. 7. Desarrollo presente y futuro. 8. Conclusiones.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El presente trabajo analizará dos cuestiones centrales del derecho a la asistencia letrada: (a) si el detenido tiene derecho a que su letrado consulte el atestado y se entreviste con él previamente a prestar declaración en sede policial; y (b) si durante el transcurso de ésta, o con carácter previo, el letrado puede intervenir, aconsejando a su cliente que se acoja a su derecho a no declarar. Con carácter previo, se estudiará el ámbito, naturaleza y contenido del derecho a la asistencia letrada al detenido como marco general desde el que abordar el análisis de la cuestión.

En la práctica, y salvo excepciones que no resultan representativas, los letrados no tienen acceso al atestado, ni antes ni después de la declaración en sede policial del detenido. Tampoco se les permite mantener una entrevista con anterioridad a la diligencia de declaración.

El argumento utilizado por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Esta-

do para negar ambas posibilidades es que la ley no lo permite, invocando al efecto el tenor del artículo 520.6.c) de la LECrim., que establece en qué consiste la asistencia del abogado en los supuestos de detención, sin que éste prevea la entrega del atestado ni tampoco la posibilidad de entrevista previa. Esta justificación resulta asimismo apoyada desde la FGE (Consultas de 17 de enero de 1983, de 20 de mayo de 1985 o de 18 de diciembre de 2003, así como la Circular 1/2003).

Haciéndose eco de estos argumentos y al objeto de vincular a los funcionarios policiales que instruyen las primeras diligencias, la Comisión Nacional de Policía Judicial ha elaborado un manual donde expresamente y sin ambages se manifiesta que no se puede dar acceso a los letrados a las diligencias realizadas y que tampoco puede permitírseles la entrevista previa. La justificación de ello se encuentra en este lacónico texto:

> "*El abogado no está facultado para pedir copias de la declaración, acceder al atestado y conocer el contenido de las diligencias, en sede policial, ya que tales pretensiones no están recogidas en el artículo 520 de la LECrim. La intervención del Abogado se divide en tres espacios temporales: 1º. Antes de la declaración, limitada estrictamente a interesar del funcionario policial que informe al detenido del art. 520.2 de la LECrim. y que se proceda, en su caso, al reconocimiento médico. 2º. Durante la declaración, únicamente interviene al final de ésta, para solicitar la ampliación de los extremos que considere convenientes o la consideración de incidencias. 3º. Cerrada y firmada la declaración, el Abogado podrá entrevistarse reservadamente con el detenido sin que el secreto de esa comunicación, suponga romper las preceptivas medidas de seguridad, vigilancia y custodia. Por tanto, hasta el cierre de la declaración, no hay comunicación alguna entre Letrado y detenido*"[1].

Sin embargo, desde diversos sectores del mundo jurídico, sobre todo, desde la abogacía, se ha venido cuestionando este proceder[2].

Y es que, si bien la ley no prevé expresamente la entrevista previa ni el acceso a la documentación del expediente, tampoco lo prohíbe. Por otra parte, parece evidente que el derecho a la asistencia letrada al detenido queda muy mermado si el abogado, privado o de oficio, no puede tener conocimiento de las diligencias que obran ya en contra de su cliente y que han motivado la detención (denuncia, declaraciones de testigos, informes policiales), ni puede tampoco conocer la versión de los hechos de su cliente ni asesorarle antes de la declaración policial. La mera presencia del letrado en el interrogatorio únicamente sirve, en realidad, para asegurar que se le leen los derechos —los cuáles difícilmente son comprendidos en toda su amplitud sin una explicación— y para evitar el maltrato psíquico o físico al detenido, sin que parezca lógico que, en un Estado de Derecho, el concepto de "asistencia letrada" deba reducirse a lo anterior.

En todo caso, el actual "estado de cosas" es el referido, habiéndose "petrificado" así una práctica de dudosa constitucionalidad y que, generalmente, ni siquiera es puesta en cuestión por el letrado que asiste a un detenido. En parecido sentido, también sucede usualmente que se proceda a la suspensión de la declaración del detenido cuando el letrado interviene en un modo inconveniente en opinión de la fuerza pública. Ello ha venido apoyado por algunos autores, provenientes del ámbito policial, que aconsejan que, en caso de "*injerencias*" del abogado durante la declaración, "*aunque la ley no lo explicita, la práctica recomienda suspenderla y dar cuenta a la Autoridad Judicial y al Colegio de Abogados y, en su caso, solicitar la presencia de un nuevo letrado*"[3], haciéndose eco de lo establecido en el manual de la Comisión Nacional de Policía Judicial anteriormente referido, el cual se manifiesta, expresamente, en esos mismos términos.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

A nuestro juicio, el análisis de la cuestión controvertida debe realizarse necesariamente

desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Y, en razón de ello, el elemento angular de este estudio será clarificar cuál es —y cuál debe ser— el alcance del derecho a la asistencia letrada al detenido, examinando si éste se agota en la previsiones del artículo 520.6.c) de la LECrim o, si por el contrario, es exigible que se permitan intervenciones del letrado que, aunque no estén expresamente previstas en la ley[4], sí puedan considerarse derivadas del texto constitucional y de los principios garantistas que inspiran nuestro Ordenamiento Jurídico; y todo ello con base en la conocida doctrina del TC según la cual (por todas, STC 21/1981): "*los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*".

A. LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO COMO DERECHO HUMANO. SU FUNDAMENTO

El derecho de toda persona a ser asistida por un abogado cuando se la acusa por delito se reconoce, con carácter universal, en el artículo 14.3 b) y d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, al igual que en tratados y convenciones regionales de derechos humanos; entre ellos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6), la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 8) y la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 7).

El referido derecho no sólo se reconoce en instrumentos convencionales multilaterales, sino en diversos documentos elaborados por las más altas instituciones de carácter internacional.

Así, el "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, estipula en el principios undécimo y décimo séptimo que toda persona detenida tendrá derecho a la asistencia de un abogado. El principio 18 establece que el detenido tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo, con tiempo y medios adecuados para ello, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, sin que ese derecho pueda suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

Por su parte, los "Principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados" de 1990 consagran también el derecho a la asistencia letrada. El primero de dichos principios reza así: "*Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal*". El principio 5 estipula que todas las personas arrestadas, detenidas o acusadas de haber cometido un delito deben ser informadas inmediatamente de su derecho a estar asistidas por un abogado de su elección, y el principio 7 dispone que todas las personas arrestadas o detenidas deben tener acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención. Con arreglo al principio octavo, a toda persona privada de libertad "*se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial*".

Como indica el Manual de Instrucciones para la evaluación de la Justicia Penal en materia de asistencia y defensa letrada de la UNODC (2010), los anteriores instrumentos internacionales reconocen que toda persona que vea sus derechos fundamentales a la libertad y la vida amenazados por el Estado tiene derecho a asistencia letrada para asegurarse de que el

Estado cumple correctamente las responsabilidades y obligaciones que le impone la ley, y que no vulnera los derechos que asisten a la persona durante el proceso.

En cuanto a la asistencia y acceso al letrado de las personas detenidas policialmente, la regla 93 de las *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Resolution (73) 5*, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, indica que el detenido tendrá derecho, tan pronto como sea detenido, de elegir al letrado que le defienda, y a recibir su consejo legal en vista de su defensa, así como prepararla y recibir asesoramiento confidencial[5]: En la misma línea, la *Recommendation of the Committee of Ministers to member States of the Council of Europe on the European Prison Rules (Rec(2006)2),* adoptadas el 11 de enero de 2006, en la 952ª reunión de *Ministers' Deputies* del Consejo, establecía que los detenidos o prisioneros tienen derecho a la asistencia letrada y que las autoridades que lo custodian le proveerán de posibilidades razonable para obtener ese asesoramiento, pudiendo consultar con su letrado de confianza sobre cualquier cuestión[6].

La asistencia letrada es instrumento esencial del sagrado principio de igualdad de armas que debe existir en cualquier proceso penal de un Estado de Derecho. Tal y como FERRAJOLI recordó, en un ordenamiento cuyas "*leyes fuesen tan sencillas que su conocimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos*", escribió BENTHAM, cada cual podría "*dirigir y defender su causa en justicia, como administra y dirige sus demás negocios*"; sin embargo "*en el reinado de una legislación oscura y complicada*" (como la actual), es necesaria la defensa técnica de un abogado de profesión "*para restablecer la igualdad entre las partes, respecto de la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición*" del acusado; así, fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a un "*arte baja de intrigas*", asumió la forma moderna de asistencia obligatoria, si bien las iniciales propuestas de los autores (VOLTAIRE, FILAGIERI, BENTHAM, PAGANO) para que la presencia del abogado fuese obligatoria en todas las actividades probatorias y trámites del proceso se vieron frustradas en la experiencia procesal decimonónica —en especial, en la fase de instrucción diseñada por el Código Napoleónico de 1808—, en continuidad con una tradición inquisitiva[7] que, en parte sigue en vigor hoy día, y buena prueba de ello es que aún se esté discutiendo sobre las cuestiones que aborda este informe.

B. MARCO NORMATIVO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Los artículos 17.3 y 24.2 de la CE consagran como derecho fundamental la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca (art. 17.3 CE) y, en general, a cualquier persona que deba defender sus intereses ante los Tribunales de Justicia (art. 24.2 CE). El artículo 118 de la LECrim establece, entre otras cosas, que el derecho de defensa podrá ejercitarse desde la detención y el 767 que desde ese momento será necesaria la asistencia letrada.

Concretamente, en lo que se refiere a la asistencia al detenido, la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableció el contenido de dicha asistencia, en el ordinal 6º del artículo 520, que reza así:

> "*6. La asistencia del abogado consistirá en:*
> *a) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).*
> *b) Solicitar a la Autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.*

c) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido".

Si bien la referida L.O. desarrolla expresamente el artículo 17.3 CE'78, no hay razón para pensar que su contenido agote el derecho a la asistencia letrada, y ello por cuanto ni el precepto manifiesta que estemos ante un *numerus clausus* ni el alcance de los derechos fundamentales puede determinarse en sentido restrictivo[8].

Hay, por tanto, que acudir al concepto y contenido del derecho fundamental en cuestión para intentar determinar su ámbito de actuación y aplicación, y para ello, debemos acudir al máximo intérprete de la Carta Magna, el Tribunal Constitucional (art. 1 LOTC), así como a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España e integrantes de nuestro Ordenamiento Jurídico, ex. art. 10.2 de la Constitución, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el propio Tratado de Lisboa y, sobre todo, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya fuerza vinculante es reconocida en el artículo 46.1 del Convenio de Roma de 1950[9].

C. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se verá, no existe un claro posicionamiento del TC respecto del contenido del derecho fundamental que nos atañe; sin que podamos estar de acuerdo con algunas de las consideraciones que dicho Tribunal realiza al respecto, y que condicionan el ámbito y extensión del derecho.

Dividiremos este apartado en dos sub-epígrafes, coincidentes con los dos rasgos más relevantes que, a nuestro juicio, tiene la postura doctrinal del TC sobre la asistencia letrada al detenido.

En primer lugar, trataremos la diferenciación que el Tribunal realiza entre la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado y en segundo lugar, veremos qué contenido asigna el TC al primero.

a) La asistencia letrada al detenido (art. 17.3) y al imputado o acusado (art. 24.2)

Para el TC, el derecho a la asistencia letrada tiene dos contenidos distintos: uno, cuando estamos ante la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE), comprendida dentro del derecho a la libertad personal; y otro, cuando se habla de la asistencia letrada al imputado o procesado (art. 24.2 CE), incardinada dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso.

En este sentido, la STC 196/1987, declaró que:

> "*El art. 17.3 de la Constitución reconoce este derecho al 'detenido' en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el art. 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las Sentencias 21/1981, de 15 de junio y 48/1982, de 5 de julio) y, por tanto, en relación con el 'acusado' o 'imputado'* [...] *En nuestra Constitución, según hemos visto, se reconoce expresamente el derecho tanto 'al detenido' como al 'acusado', pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada que impiden determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en relación conjunta con ambos preceptos".*

La justificación de esta división radica en el distinto "bien jurídico" que cada precepto protege (STC 252/1994) y, como veremos, en la supuesta distinción que también resulta de los textos internacionales y de la jurisprudencia del TEDH.

La consecuencia incuestionable de esta distinción es la *peor condición* de la asistencia letrada al detenido frente a la del acusado. En

efecto, según la doctrina del TC, el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada debe ser obtenido al margen de toda conexión con el contenido esencial que a ese derecho le corresponde en relación con el acusado en un proceso penal (STC 196/1987); ello determina, según la STS 252/1994, que:

> "*La garantía de la libertad personal que subyace al art. 17.3 CE, por tanto y a la luz de la jurisprudencia que se acaba de citar, no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso*"

Así, por ejemplo, se entiende que mientras que resultaría constitucionalmente inadmisible que no se permita al imputado tener a un abogado de su elección, sí es posible obligar al detenido a tener uno de oficio (supuesto de hecho que es el que, concretamente, resolvió la STC 196/1987).

Como fundamento para esta división, y para la merma de posibilidades de actuación letrada en el ámbito de las diligencias policial, el TC invoca la doctrina del TEDH y alega, a modo de *excusatio non petita*, que el derecho a la asistencia letrada del detenido tiene un ámbito más amplio en nuestra Constitución que en los tratados internacionales suscritos por España, los cuales, según entiende el TC, también vienen a diferenciar, aunque con algunos matices, el contenido de este derecho, según sea aplicable al detenido o al ya incurso en el proceso penal ante los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, explica el TC que el Convenio Europeo de 1950 proclama en su art. 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido, entre los cuales no incluye el de asistencia letrada, y que es en su artículo 6, donde se consagra el derecho al proceso debido o *fair trial*, donde se determinan los derechos del acusado, con mención específica del derecho a ser asistido por un defensor de su elección. El mismo modelo se acoge, sin diferencias sustanciales, según el TC, en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de 1966, citando en apoyo de su interpretación la propia doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituida, entre otras, por las Sentencias de 27 de junio de 1966 (caso Neumeister), 27 de febrero de 1980 (caso Deweer), 13 de mayo de 1980 (caso Ártico) y 26 de marzo de 1982 (caso Adolf), en las cuales el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada se hace depender de la existencia de un proceso o "acusación", incardinando este derecho, según el TC, en el artículo 6 y no en el 5 del Convenio.

La doctrina referida ha sido seguida sin fisuras por las sentencias posteriores en las que el TC ha tratado esta materia, como la ya citada 252/1994, o la sentencias 188/1991, 7/2004, o 165/2005, así como por el TS y por las Audiencias Provinciales, incluida la de Málaga[10].

En nuestra opinión, esta doctrina constituye un freno desproporcionado al desarrollo del derecho fundamental que analizamos, debiendo ser modificada, o al menos matizada, según justificaremos en su momento.

b) Contenido del derecho a la asistencia letrada del detenido

Asumiendo a los meros efectos dialécticos la anterior separación conceptual, pasamos a analizar el contenido que otorga el TC al derecho *a la asistencia letrada del detenido,* y lo hacemos atendiendo en primer término a la doctrina sentada en la STC 11/1981, y continuada por la 37/1987, en relación a la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo, y por tanto también de los derechos fundamentales de las personas, que debe venir constituido en cada caso, según la jurisprudencia citada, por el conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible, en su contexto histórico, como perteneciente al tipo que se describe y sin los cuales tendría que quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. O, visto desde otro ángulo metodológico, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan

vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De tal modo que se rebasará o desconocerá el contenido esencial de un derecho cuando quede sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección.

Pues bien, el contenido recognoscible del derecho a la asistencia letrada al detenido, según la STC 196/1987 —que es de la que parte la construcción doctrinal del TC sobre este derecho—, es el siguiente:

> "*responde*[r] *a la finalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma*".

Añadiendo la STC 252/1994:

> "*por ello, el especial hincapié de la jurisprudencia citada en señalar la función del Letrado como garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten*".

La dación, por parte del letrado que asiste al detenido, del "*debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*", ha sido ratificado por posteriores SSTC, como la 221/1997, 29/1999 y 1999/2003.

Lógicamente, lo anterior debemos cohonestarlo con el concepto de persona detenida que el propio TC elabora, según el cual "detenido" es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal, indicando que "*las garantías exigidas por el art. 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan (…) su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado*" (SSTC 107/1985 o 34/1993).

De todo ello cabe deducir, a nuestro juicio, que el derecho a la asistencia letrada del detenido incluye, además de lo establecido en el artículo 520.6.c) LECrim, lo siguiente:

(a) la garantía o aseguramiento de que los derechos constitucionales del detenido sean respetados. Entre dichos derechos deben incluirse, como mínimo, los previstos en el artículo 17.3 (a ser informada de sus derechos y de las razones de la detención, y a no ser obligada a declarar), sin que existan motivos para descartar la aplicabilidad de todos los demás derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la defensa y la tutela judicial efectiva (que se recoge indirectamente en el artículo 17.4 CE a través del procedimiento del *habeas corpus*);

(b) la garantía o aseguramiento de que no será coaccionado ni maltratado, tanto en lo que se refiere a su dignidad e integridad personal como en lo que se refiere a su libertad de declarar o no ante la policía;

(c) la posibilidad de recibir asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio;

(d) el derecho a comprobar la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración; y todo ello,

(e) con la participación activa del letrado.

Sin embargo, a la hora de concretar el contenido del derecho, la doctrina del TC retrocede.

Así, respecto de la posibilidad de entrevista previa, el referido Tribunal, en la única ocasión que se ha pronunciado sobre ella (auto núm. 23/2006 de 30 enero), inadmitió a trámite una demanda de amparo aduciendo que, si bien la sentencias de ese Tribunal han establecido que,

dentro del contenido del derecho a la asistencia letrada se encuentra el de recibir "*asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*", la entrevista previa, concretamente, no forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental, por lo que su denegación no produce lesión al mismo:

> "*Como señala el demandante de amparo, en la STC 199/2003, de 10 de noviembre (RTC 2003, 199), hemos declarado que 'el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 CE (RCL 1978, 2836)* […] *consiste en* […] *que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio* […] *Pero como también dijimos en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, F. 5, el aseguramiento de tales garantías no empece para que el art. 17.3 CE haya habilitado al legislador para establecer los términos concretos del derecho a la asistencia letrada al detenido. A ello responde precisamente el contenido del art. 520.6 LECrim.* […] *la interpretación que sugiere el recurrente no sólo va más allá de lo establecido en el indicado precepto, sino que es contraria a lo en él dispuesto no pudiendo sustentarse, por otra parte, en la idea, expuesta en la demanda de amparo, de que al contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido pertenece la necesidad de celebración, con carácter previo a la toma de declaración en sede policial, de una entrevista reservada entre el detenido y su Abogado* […] *sin que pueda considerarse que la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre el detenido y su Abogado afecte a dicho núcleo esencial*".

No resulta irrazonable afirmar la clara contradicción que existe entre lo manifestado en este auto y en las sentencias anteriormente citadas, a pesar de que dicha discordancia se pretenda revestir de cierta coherencia al cuidarse mucho el Tribunal de afirmar que la entrevista resulte proscrita por el Ordenamiento Jurídico, sino indicando que la misma no forma parte de la esencia del derecho fundamental, y que por tanto, su denegación no supone una lesión de dicho derecho, enarbolando así una casi imperceptible línea divisoria entre contenidos de un derecho fundamental cuya vulneración provocaría el amparo y los que no.

Respecto del acceso al atestado o a las diligencias en dependencias policiales no existe, salvo error, resolución del TC que se pronuncie sobre la cuestión.

D. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, con base en considerar que el derecho a la asistencia letrada constituye un elemento básico del derecho de defensa que posibilita una efectividad real en la aplicación del principio de igualdad de armas y de contradicción (SSTS núm. 265/2007 de 9 abril. RJ 2007\2258, núm. 1085/2010 de 9 diciembre. RJ 2011\1330), ha acogido la doctrina de las sentencias del TC expuestas en cuanto al contenido teórico de dicho derecho, incluso en resoluciones posteriores a la del auto de 2006 comentado.

En este sentido, por ejemplo, la STS núm. 265/2007 de 9 abril (RJ 2007\2258), o la núm. 1085/2010 de 9 diciembre (RJ 2011\1330), establecen, con cita de las SSTC, que el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales tiene como función, entre otras, la de garantizar que el detenido "*tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*".

Sin embargo, al igual que el TC, a la hora de proyectar ese derecho a la labor concreta del abogado en dependencias policiales, el TS se repliega.

Así, en la STS 1500/2000, de 4 de octubre, se manifiesta a modo de *obiter dicta* que el letrado puede entrevistarse con su cliente y tener acceso a las diligencias, en sede judicial, "*a diferencia de lo afirmado en relación con las diligencias practicadas en Comisaría*".

Con anterioridad, la STS núm. 539/1998, de 11 de mayo, indicó que cabe diferenciar la asistencia letrada al detenido con la del imputado o acusado (acogiendo así la doctrina del TC antes enunciada sobre dicha separación), y que la entrevista reservada sólo puede ser posterior a la de-

claración policial, declarando que "*en el apartado 6 de dicho art. [se refiere al 520 LECrim], al determinar en qué consistirá la asistencia de Abogado, se establece, en el subapartado c), 'entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido', es decir, después de la declaración y no antes, por lo que, en definitiva, habiendo sido dicho coacusado instruido de sus derechos y declarando con todas las garantías procesales al ser presentado en el Juzgado, ninguna infracción se aprecia*".

Más recientemente, el auto núm. 1569/2006, de 21 de junio, entendió inadmisible el recurso de casación referido a la vulneración del derecho fundamental a la asistencia letrada al detenido fundado en que no se permitió la entrevista previa con el escueto argumento siguiente: "*Respecto a la posibilidad del Letrado de mantener una entrevista previa a la declaración del detenido en dependencias policiales, hemos de acudir al contenido del artículo 520.6.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que tal entrevista entre Letrado y detenido procede el término de la declaración*".

En cuanto al acceso al atestado en dependencias policiales el auto del TS núm. 1569/2006 ya citado, entiende que, en ese caso concreto, no se produjo violación del derecho por cuanto el detenido no declaró en sede policial, lo que deja la puerta abierta a que, si la hubiere prestado, sí podría haberse entendido vulnerado el derecho a la asistencia letrada: "*la falta de entrega de copia del atestado tampoco incidió en su derecho de defensa, ya que se negó a declarar ante la fuerza policial, precisamente por indicación de su Letrada, y pudo conocer el mismo una vez ya ante la autoridad judicial, que no decretó el secreto de sumario*", si bien dicha resolución invoca una sentencia anterior, la núm. 1283/2000, de 12 de julio, donde se indica que: "*la pretensión de obtener copia de todo el atestado puede incidir negativamente en la investigación, que en ese momento inicial puede afectar a otras personas u otros delitos*", debiendo notarse que tampoco aquí el TS se pronuncia con claridad respecto de la cuestión y que resulta difícil de compartir que *la investigación* en sí pueda ser considerada como un valor constitucionalmente protegible frente al derecho fundamental a la asistencia letrada.

E. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Habida cuenta las manifestaciones de nuestro TC respecto a que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Tribunal entienden que existe una diferenciación entre el contenido de la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado, consideramos necesario comenzar este apartado haciendo referencia a tal cuestión.

En este sentido, si bien es cierto que en el artículo 5 del Convenio no se habla expresamente de la asistencia letrada, también lo es que TEDH ha desarrollado una doctrina que establece que la mención prevista en el artículo 6.3.c) del Convenio, es exigible también en fases anteriores al proceso y, concretamente, en el ámbito de la detención policial; cuestión a la que apunta, aunque posteriormente no obtenga conclusiones de ello, la propia STC 196/1987 cuando indica que: "*Es desde luego muy difícil precisar dónde se encuentra la línea que separa los conceptos de 'detenido' y 'acusado' y ejemplo bien expresivo de ello es la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, anteriormente citada, en la que es claramente apreciable una oscilación que no permite obtener un criterio único en la determinación del momento en que se inicia la 'acusación', ni de cuáles son las autoridades que deben intervenir para que ésta se produzca*".

No perdiendo de vista que las sentencias del Tribunal Europeo que cita nuestro TC para apoyar su argumentación (SSTEDH casos Neumeister y Deweer, de 27 de febrero y 13 de mayo de 1980, respectivamente) han dejado de ser *leading cases* en esta materia y que su doctrina ha sido claramente superada a partir de la sentencia del caso Salduz v. Turquía, de 27 de noviembre de 2008, consideramos im-

portante analizar tales citas, pues, aunque *de facto* se hayan convertido en el lugar común para justificar las tesis restrictivas, lo cierto es que una lectura pausada y analítica de su contenido no permite sustentar la división que nuestro TC propugna.

Y así, cabe afirmar que la jurisprudencia del TEDH ha establecido un concepto material de "acusado" que no sólo incluye a aquél que ya está sentado en el banquillo del Juez o ha imputado por un órgano judicial, sino que se extiende —a los efectos del artículo 6 de la Convención—, a cuando se produzca una notificación oficial donde una autoridad sostenga que un individuo ha cometido un delito[11]. La sentencia del caso Deweer llega incluso a defender que, en las sociedades democráticas, el derecho a un juicio justo determina que haya de estar a ese concepto "material" de acusado, y no a uno meramente formal[12], lo que implica la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio no sólo a las situaciones donde formalmente hay una acusación o un proceso, sino a todas aquellas donde exista materialmente una atribución de responsabilidad penal.

Partiendo de este concepto, la más reciente jurisprudencia del TEDH (la ya citada sentencia Salduz v. Turquía, de 27 de noviembre de 2008 y posteriormente otras, como Shalbenik v. Ucrania, de 19 de febrero de 2009 o Trymbach v. Ucrania, de 12 de enero 2012) han declarado que los derechos contenidos en el artículo 6 de la Convención no sólo deben aplicarse al procedimiento penal estrictamente considerado, sino también a las fases anteriores a dicho proceso[13], estableciendo expresamente que su contenido exige que el detenido en dependencias policiales sea asistido de letrado[14] y apuntando la especial relevancia que para el debido proceso tienen los estadios pre-procesales[15].

En cuanto al contenido de ese derecho y a pesar de que el TEDH indica —como hace con casi la totalidad de los derechos que reconoce— que la Convención no especifica el modo en que cada país debe legislar sobre el derecho en cuestión[16], lo cierto es que la ya tan citada sentencia Salduz v. Turquía establece, en su párrafo 54, que la asistencia letrada tiene como objeto, entre otras cosas, asegurar el derecho del acusado a no autoincriminarse, indicando que el temprano acceso al abogado es parte de las garantías respecto de ese derecho, y justificando esta postura en la especial vulnerabilidad del encausado en los primeros momentos de la investigación, que sólo puede ser compensada, según indica la sentencia, con una adecuada asistencia letrada[17].

En este sentido, aparece como muy relevante la sentencia Murray v. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, que defendió la necesidad de asistencia letrada desde los primeros estadios del procedimiento, refiriéndose a las diligencias policiales y, en concreto, al interrogatorio en dichas dependencias, afirmando que: "*In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation*"[18], poniendo ello en relación con la gran relevancia que en el proceso penal tiene el interrogatorio policial[19], e indicando que la denegación del acceso al abogado en las primeras 48 horas del "*police questioning*" provoca una situación donde el derecho de defensa puede verse irremediablemente perjudicado[20]. Algunos han visto en esta sentencia un aval definitivo para la justificación de la entrevista previa[21]. Nosotros somos algo más prudentes, entendiendo que, si bien no lo afirma de modo taxativo, de la sentencia se infiere que dicha entrevista es necesaria, pues exige la asistencia letrada desde el inicio del interrogatorio policial, remarcando la necesidad de que el detenido tenga un asesoramiento que le posibilite afrontar con garantías de defensa tan relevante diligencia.

De otro lado, la sentencia del caso Campbel y Fell, de 28 de junio de 1984, sí afirma que difícilmente un abogado puede asistir a un cliente, en los términos del artículo 6.3.c) del Convenio, si no hay consultas previas entre ellos; sin embargo, dicha resolución se refiere

al momento del juicio oral, lo que no impide que podamos equiparar esa situación, vía interpretación extensiva, a la que se produce ante la declaración policial[22].

Por su parte, la reciente sentencia de 14 de junio de 2013, caso Insanov v. Azerbayan, (al igual que en la sentencia Öcalan v. Turkia, de 22 de abril de 2005,) enfatiza el hecho de que las entrevistas de los detenidos o presos con los letrados deben ser secretas[23], dando por supuesto que deben producirse; si bien, al igual que en la anterior sentencia el pronunciamiento no se refiere al lapso de tiempo comprendido entre la detención y la primera declaración policial, sino a una fase más avanzada del proceso, lo que tampoco empece, por lo anteriormente dicho, que carezca de valor interpretativo alguno, sino más bien todo lo contrario, sirve de guía para adoptar una postura al respecto.

En cuanto a la entrega de las diligencias al letrado o al detenido en sede policial, la doctrina del TEDH apunta, desde luego, a la necesidad de entrega del material inculpatorio al detenido y a su letrado, si bien, es lo cierto que no existe un pronunciamiento que clara y terminantemente establezca esa obligación para ese concreto momento procesal. Lo que el TEDH tiene claro es que el derecho al juicio justo requiere, indefectiblemente, que el abogado cuente con todo el acervo incriminatorio desde los primeros momentos del proceso, tal y como declaró en el caso Lamy v Belgica, de 30 de marzo de 1989, refiriéndose al momento en que el detenido comparece ante el Juez que decidirá si sigue o no en prisión[24]. En este mismo sentido, la más reciente sentencias Foucher v. Francia, de 18 de marzo de 1997[25], Öcalan v. Turquia, de 12 de mayo de 2005[26], o Moiseyev v. Rusia, de 9 de octubre de 2008[27].

Para el TEDH, su doctrina respecto el derecho a la asistencia letrada está en línea con los estándares internacionales de derechos humanos, y en particular, con la necesaria protección del acusado (dicho sea en sentido amplio) contra los abusos de las autoridades, contribuyendo también la efectividad de este derecho a evitar injusticias y a procurar una verdadera igualdad de armas promovida por el artículo 6 del Convenio[28], indicando que este derecho forma parte del derecho a un juicio justo o *fair trial* (Imbrioscia v. Suiza, de 24 de noviembre de 1993, Krombach v. Francia, de 13 de mayo de 2001, las ya mencionadas Salduz v Turquía y Shabelnik v. Ucrania, entre otras)[29].

Asimismo, el TEDH tiene reiteradamente declarado que los derechos que se recogen en el Convenio deben ser reales y efectivos y que, en relación con la asistencia letrada, el mero nombramiento de un abogado no colma la amplitud de ese derecho (Nefedov v. Rusia, de 13 de marzo de 2013, pr. 36, Luchaninova v. Ucrania, de 9 de junio de 2011 o Kamasinski v. Austria, de 19 de diciembre de 1989)[30].

F. CRÍTICA A LA DISTINCIÓN ENTRE ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO Y AL IMPUTADO O ACUSADO

A nuestro juicio, la distinción establecida por el TC entre la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado es artificial y debe ser revisada por cuanto provoca, entre otros efectos, un entendimiento restrictivo del derecho de asistencia letrada al detenido que no debería tener cabida en un Estado Constitucional de Derecho. Para el Consejo General de la Abogacía (informe nº 5/2011) esta doctrina implica, lisa y llanamente, que "*el detenido no tiene derecho a la defensa*".

Cierto que la asistencia letrada se incluye en dos preceptos diferentes de nuestra Constitución (art. 17.3 y 24.2 CE), pero ello no tiene por qué suponer que dicho derecho tenga distintos contenidos, ni mucho menos que la asistencia prevista en el artículo 17.3 deba ser de menor intensidad que la del 24.2.

El TC aduce en apoyo de su tesis, en esencia, que nos encontramos ante bienes jurídicos distintos, por un lado, la libertad (art. 17.3) y por otro el juicio justo o debido proceso (art.

24.2), pero no nos explica porque entiende que el segundo es más digno de protección que el primero. En este sentido, incluso parece que debiera ser al revés, y que la protección de ciudadano, cuando se encuentra ante órganos administrativos que no son poder judicial, estando en juego su libertad personal, debiera ser, al menos, igual de potente que cuando se comparece ante órganos judiciales en el seno de un proceso, donde el Juez y el Fiscal deben velar por los derechos fundamentales del imputado y donde rige en plenitud el principio de presunción de inocencia. De otro lado, si el proceso justo es un bien jurídico irrenunciable es porque, entre otras cosas, la ausencia del mismo puede acarrear la pérdida de uno de los bienes más preciados: la libertad. Llama la atención la protección superior que ostenta un bien jurídico que, en buena medida, es trasunto de otro. Que la libertad y el proceso debido son derechos diferentes, codificados en preceptos distintos del TC es evidente. Que el segundo deba tener más protección que el primero, harto discutible.

Asimismo, el TC utiliza como principal fundamento para su doctrina, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, a nuestro juicio, el TC no realiza un análisis correcto del particular, y ello, en esencia, porque no tiene en cuenta dos cuestiones relevantes:

(a) Los textos internacionales (en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos) no pueden ser extrapolados, sin más, a nuestro sistema. La razón técnica —lógicas, sobran— es que dichos textos se sitúan necesariamente en el difícilísimo equilibrio que requiere su vocación de aplicación tanto en países del *common law* como del *civil law,* y sabido es que en los primeros no existe, de ordinario, una fase de instrucción judicial, sino administrativa, llevada a cabo por la policía, mientras que en los segundos, la investigación del delito propiamente dicha se lleva a cabo por el Juez. En este sentido, y aunque a veces se manifieste lo contrario, nuestro sistema —propio del *civil law*— es, en este sentido, mucho más garantista que el sistema inglés o norteamericano. En el ámbito del *common law*, al confiarse la investigación de los delitos a las fuerzas policiales, dejando fuera, en la práctica generalidad de las diligencias, a la defensa —que debe buscar sus pruebas por su lado—, no se concibe un derecho a la asistencia letrada, a la contradicción, audiencia y, en definitiva, defensa plena, hasta prácticamente el inicio del Juicio Oral[31]. La eventual inclusión en los textos internacionales mencionados de una amplia asistencia letrada en las diligencias policiales determinaría un grave conflicto con las legislaciones de los países del corte acusatorio y seguramente, en su momento, el fracaso de la firma de los Convenios. No podemos, por tanto, traer a colación la instrumental y utilitarista división que realiza el Convenio a nuestro sistema.

(b) El TC no tiene tampoco en cuenta los recientes desarrollos de la doctrina europea que, como hemos visto, entienden que el derecho a la asistencia letrada del artículo 6 es debe ser extrapolado necesariamente a las situaciones que protege el artículo 5 del Convenio.

Como se ha justificado con el análisis de la jurisprudencia del TEDH, no existen dos derechos a la asistencia letrada diferenciados.

En efecto, y contrariamente a lo sostenido por el TC, la aplicación de la doctrina del TEDH viene a superar el tenor literal de los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma —motivados por la necesidad de acomodar sus normas a los dos sistemas penales inherentes— y nos debe llevar a rechazar que el derecho a la asistencia letrada al detenido ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tenga en nuestro Ordenamiento Jurídico menos contenido y ámbito que el derecho a la asistencia letrada al imputado o acusado ante los órganos jurisdiccionales.

Al igual que ha hecho el TEDH, entendemos que nuestro TC debería elaborar un concepto material de "imputación" o "acusación", delimitando un único derecho fundamental a la asistencia letrada y aplicándolo de igual forma a todos los que, de un modo u otro, se

vean sujetos a una investigación o a un proceso penal. Ello resultaría además coherente con los últimos desarrollos legislativos en nuestro proceso penal, de los que cabe colegir que la condición de "imputado" y, como tal, de acreedor del sistema del garantías procesales, no sólo se adquiere por un acto emanado de la autoridad judicial, sino que también se obtiene tras la atribución de un acto punible, antes incluso de la intervención del Juez de Instrucción, en sede policial o ante el Ministerio Fiscal. Cabe afirmar, con base en lo que se verá, que el concepto de imputado ha dejado de ser, en nuestro sistema, un concepto estrictamente procesal para tener también un significado preprocesal[32].

Así, desde la reforma introducida por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, de modificación de la LECRim., que modificó el artículo 118 de la LECrim., seguida por la profunda reforma operada la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de octubre, de los Juzgados de lo penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder judicial y de Enjuiciamiento Criminal, y sobre todo, por Ley 38/2002, se ha venido a equiparar la imputación judicial con la que realiza la policía judicial o la fiscalía, en el ejercicio de sus competencias. En este sentido, el actual artículo 767 de la LECrim, extiende el derecho defensa "*desde la detención o desde que de las actuaciones resultare una imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado*". Por su parte, el artículo 5.2 del EOMF establece que el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas.

Nada de lo anterior es, realmente, ajeno a la propia doctrina del TC, que en la STC 44/1985 indicó que el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce la condición de imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querella o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. En el mismo sentido, como ya hemos visto, se pronuncia el artículo 767 de la LEcrim. Ambos preceptos, el 118 y el 767 están igualando el contenido del derecho a la asistencia letrada, al vincularlo directamente con el derecho de defensa en su más amplio contenido.

En el mismo sentido se pronuncia QUERALT JIMÉNEZ, cuando afirma que el artículo 520.2.c) LECrim reconoce y regula el derecho del detenido a la asistencia letrada, lo está haciendo no sólo para las diligencias judiciales, sino también para las policiales[33].

Más contundente si cabe es BLASCO SOTO, quien afirma que "*la función que realiza el abogado cuando asiste al detenido no puede desvincularse del derecho de asistencia letrada al imputado*", entendiendo que, por ello, el letrado debe "*1) Tener acceso a todas las diligencias practicadas durante la detención policial*", "*2) Derecho a una entrevista reservada con el detenido antes de la declaración, sólo así podrá asesorarle técnicamente*" y "*3) …participar activamente en la declaración del detenido*"[34].

La distinción en que se basa el TC no es válida, por demás, para explicar todas las situaciones que se dan en la práctica, ya que la negación de la entrevista previa y del acceso al atestado antes de la declaración policial se produce también cuando la detención es ordenada por el Juez ex. art. 494 LECrim. Aquí ya hay proceso, ya hay imputación judicial, y sin embargo, las restricciones a la asistencia letrada se mantienen.

Además, entender hoy en día que las diligencias realizadas ante la policía no son pro-

ceso, carece, en nuestra opinión, de sentido. Existe un nutrido cuerpo jurisprudencial que, de hecho, viene a validar como prueba de cargo la declaración inculpatorio en sede policial cuando la misma se ha obtenido con las garantías de la reducida —y prácticamente inútil a los efectos de defensa— asistencia letrada[35]. Es evidente, a mayor abundamiento, que la detención viene precedida de una atribución de un hecho delictivo por parte de la policía, o incluso, como antes hemos referido, por parte del propio Juez. Pretender desvincular esa situación de detención y las diligencias que a raíz de ella se realizan del concepto de "imputado" o "acusado" es contrario, en nuestra opinión, a cualquier entendimiento racional y real de cómo funciona el sistema penal en nuestro país.

La distinción de contenidos y especialmente una de sus consecuencias, el carácter excluyente y restrictivo de los mismos, provoca además, a nuestro juicio, disfunciones importantes. Tal fue por ejemplo, la solución dada por el TC a un supuesto donde una persona declaró voluntariamente ante la Guardia Civil sin la presencia de abogado (STC 208/2007). El TC estimó que no había vulneración del derecho puesto que dicho sujeto no estaba detenido. A nuestro juicio, el planteamiento no es sostenible. La asistencia letrada no sólo tiene que ver con el derecho a la libertad, sino fundamentalmente, con el derecho a la defensa, que lógicamente, incide, como hemos dicho, en el de la libertad. A este argumento no son ajenos ni el TC ni el TS. En este sentido el auto del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1996 (RJ 1996/817) (y el de 14 diciembre 2001. JUR 2002\1746) establece: "*La jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 341 de 18 noviembre 1993 [RTC 1993\341]) ha manifestado que las garantías exigidas por el artículo 17.3 de la Constitución —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de obligación de declarar y asistencia letrada— hallan su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado* ", con lo que se viene a vincular, acertadamente, la asistencia letrada a la defensa, más que a la libertad, que vendrá de suyo, si, ejercitada correctamente la defensa, existen méritos suficientes para que el detenido no sea privado por más tiempo de ella.

3. LA ENTREVISTA PREVIA COMO EXIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA DEL DETENIDO

Ya hemos visto como tanto el TC como el TS incluyen dentro del contenido a la asistencia letrada al detenido la de asesorar técnicamente al detenido *sobre la conducta a observar en el interrogatorio* (SSTC ya citadas, 196/1987, 252/1994, 221/1997, y SSTS de 9 de abril de 2007 o 9 de diciembre de 2010).

Dados estos pronunciamientos, se hace difícil sostener la improcedencia de la entrevista previa a la toma de declaración policial. Sin ella, simplemente, será imposible que el letrado cumpla con las funciones atribuidas y que el detenido satisfaga su derecho.

Desde ese punto de vista, cabe afirmar que la denegación de dicha entrevista supone una quiebra del derecho fundamental a la asistencia letrada establecido en el marco del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE'78.

Ello es asimismo colegible de la doctrina del TEDH antes estudiada. Si uno de los contenidos del derecho a la asistencia letrada al detenido es el procurar la no incriminación (por todas, Sentencia Salduz v. Turquia), será imprescindible que el abogado pueda entrevistarse previamente con el cliente a fin de asesorarle al respecto, explicarle el contenido de ese derecho e incluso aconsejarle no dar de-

terminadas respuestas que pudieran, en efecto, autoinculparle.

Parece obvio que ese asesoramiento sobre la conducta a observar y sobre el derecho a la no autoincriminación no se satisface únicamente con la lectura de derechos a presencia del letrado, lo que además, no siempre es suficiente para que el detenido comprenda, de forma efectiva, los mismos.

En este sentido, lo que resulta obvio para los operadores jurídicos e incluso policiales, no lo es para el ciudadano común. ¿Qué significa exactamente no declarar contra sí mismo? ¿qué consecuencias tiene hacerlo o no hacerlo? ¿es perjudicial o beneficioso? ¿con qué actitud me tratarán las autoridades dependiendo de la opción que escoja? Todas estas preguntas cruzan la mente confusa del detenido y sólo pueden tener respuesta tras una entrevista reservada con el letrado. Sólo con plena información sobre los derechos es posible ejercitarlos con libertad.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, las resoluciones del TS que entienden que la privación de la entrevista no vulnera el derecho en cuestión, y el tan mencionado auto de 2006 del TC, hacen que los anteriores argumentos sean desdeñados en la práctica, y ello a pesar de que:

(a) La manifestación realizada en un auto aislado del TC no debe empecer la doctrina contenida de forma unívoca en varias sentencias. De acuerdo con el artículo 86.1 LOTC: "*La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia*", quedando los autos reservados para las decisiones "*de inadmisión inicial, desistimiento, renuncia y caducidad*", tal y como expresa también el artículo 86.1 citado. Siendo las sentencias las que deciden el proceso, no cabe extraer doctrina general o posición jurídica de un auto que, además, es único, salvo error en la búsqueda de otros antecedentes[36].

(b) Los pronunciamientos del TS, al atacar directamente el contenido de las sentencias del TC antes referidas, no deberían tenerse en cuenta ni ser aplicables, en aplicación de lo dispuesto en los art 1 de la LOTC y 5 LOPJ.

(c) La ley no prohíbe esa reunión previa. Cierto es que el artículo 520.6.c) LECrim, no contempla la entrevista previa, pero ello no determina, bajo el punto de vista de ningún criterio interpretativo conocido la conclusión de que la ley prohíba que esa entrevista previa se produzca. De hecho, cuando la ley quiere, expresamente, reducir el contenido de derechos constitucionales, y en concreto, del de la asistencia letrada, así lo hace, tal y como ocurre con el caso de la incomunicación de los detenidos (art. 527 LECrim, avalado por la doctrina del TC, por todas, STC 127/2000).

En efecto, y con independencia de los posicionamientos jurisprudenciales, influidos sin duda por el *status quo* establecido, cualquier operador jurídico imparcial convendrá con nosotros en que, si queremos denominar "asistencia letrada" a la que se presta en dependencias policiales, ésta debe llevar aparejada la posibilidad de esa entrevista previa, tanto por poder asesorar técnicamente al detenido de sus derechos y, en especial, del de guardar silencio, como para poder intervenir activamente en la declaración, realizando preguntas o pidiendo aclaraciones a su cliente sobre los hechos que éste, previamente, le ha relatado.

Lo anterior, está además en coherencia con el principio 18 de Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ya mencionado en este informe, según el cual la comunicación entre el detenido y su abogado no será objeto de restricción.

La actual situación, en la que el letrado entra *en blanco* en la diligencia de declaración, tanto por no haber tenido acceso al atestado —de lo que hablaremos más tarde— como por no haber podido oír de su cliente su versión de los hechos, ni puede merecer el calificativo de "asistencia letrada", pues lo único que se garantiza —y no siempre— es que el detenido no sufra, en ese mismo acto, coacción alguna, ni desde luego puede entenderse que cumple

con el contenido que el propio TC otorga a este derecho en las sentencias que antes hemos referido. Es imposible asesorar técnicamente sobre la conducta a observar en el interrogatorio si con anterioridad al mismo se prohíbe la comunicación.

4. LA ENTREGA DEL ATESTADO O DILIGENCIAS EN DEPENDENCIAS POLICIALES COMO EXIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA LETRADA

A nuestro juicio, no ha argumento legal ni jurisprudencial que permita sostener la negativa a entregar al letrado —y al propio detenido— copia de diligencias existentes en el momento de la detención.

En este sentido, no existe ley que lo prohíba salvo supuestos de secreto del sumario, ni tampoco jurisprudencia que lo niegue. Salvo error, no hemos encontrado resoluciones del TC que establezcan que no se deba entregar el atestado, y las que existen del TS (por todas, STS 1283/2000, de 12 de julio) no son, como hemos visto, concluyentes, aduciendo únicamente que dicha entrega *puede* ser perjudicial para la investigación, sin que ello se afirme de manera categórica, lo que, de otra parte, resultaría un absurdo, máxime si se sigue manteniendo la imposibilidad de entrevista previa.

Ya hemos visto como, a tenor de los artículos 118 y 767 de la LECrim, el derecho de defensa se instaura desde el momento mismo de la detención. Ello debe ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 302 del mismo cuerpo legal que, como es conocido, establece que las partes podrán tomar conocimiento de las actuaciones, a no ser que las mismas se declaren secretas.

El detenido tiene, además, derecho a ser informado de los motivos de la detención, y ello no puede reducirse a una información verbal del agente policial indicando, normalmente, cuál es el *nomen iuris* del delito, pero no su contenido fáctico. Una información cabal incluye, sin duda, el acceso por el detenido y por supuesto por su letrado de la denuncia (en forma de atestado o de denuncia por particular o querella) que ha dado lugar a la detención, de las posibles declaraciones de testigos que ya se hayan producido, y en general, del resultado de las diligencias que obren ya en el expediente, y que comúnmente se denominan "atestado"; debiendo tenerse en cuenta que el análisis del atestado o de las diligencias existentes es también imprescindible a la hora de valorar la legalidad de la detención y por tanto, la posibilidad de plantear un *habeas corpus*.

¿Cuál es la justificación legal, entonces, de la negativa a que se examinen las diligencias policiales?

A nuestro juicio, ninguna. La negativa policial de entregar copia del expediente, diligencias o atestado no responde a ningún razonamiento sostenible en derecho; sin que pueda darse por buena la mera excusa, cargada de voluntarismo, según la cual, la exhibición de las diligencias puede afectar a las investigaciones o a otras personas implicadas. En este sentido, si la investigación requiere el secreto, ello puede solicitarse del Juez de instrucción, no pudiendo olvidarse las obligaciones que los letrados tienen respecto del conocimiento de hechos que puedan tener por el desempeño de su obligación (secreto profesional), además de las sanciones que pueden conllevar la revelación de datos de un procedimiento (art. 301 LECrim).

De nuevo, además, se choca con argumentos de puro sentido común, que atacan la coherencia de todo nuestro sistema: mientras que en sede judicial e incluso ante la investigación previa del Ministerio Fiscal, el imputado o sospechoso, respectivamente, tendrá acceso a las actuaciones, ante la policía no, preponderando así el rol de ésta respecto de aquellos. Ciertamente, la explicación de porqué esto sigue siendo así no puede más que venir desde

las reminiscencias de procesos inquisitoriales y pre-democráticos propios de otros sistemas políticos.

5. LA INTERVENCIÓN DEL LETRADO DURANTE LA LECTURA DE DERECHOS Y LA DECLARACIÓN

Visto lo concerniente a la entrevista previa y a la entrega de las diligencias, cabe detenerse en otro de los puntos problemáticos de la asistencia letrada al detenido, cual es el ámbito y posibilidades efectivas de intervención del letrado durante la lectura de derecho y la declaración. Sucede a menudo en la práctica, como aconteció en el supuesto que dio lugar a la queja de la que trae causa este informe, que el letrado pretende aconsejar a su cliente que no declare ante la policía. Ante ello, se producen situaciones tensas que llegan incluso a determinar que por parte de la policía se suspenda la declaración y se impida al letrado continuar asistiendo al detenido.

Así, en los "Criterios para la práctica de diligencias por la policía Judicial y sobre los Juicios rápidos" editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior para 2009, se establece que en caso de injerencias del abogado, antes o durante la declaración, y aunque la Ley no lo explicita, la práctica recomienda suspenderla y dar cuenta a la Autoridad judicial y al Colegio de Abogados y, en su caso, solicitar la presencia de nuevo letrado.

Se nos plantean dos cuestiones: (a) ¿Puede el letrado aconsejar a su cliente sobre si debe o no declarar?; (b) ¿Puede la fuerza actuante apartar al letrado de la asistencia a su representado?

(a) En cuanto a la primera de ellas, la respuesta a estas preguntas no las encontramos en la ley. La LECRim no regula la declaración policial del detenido o del imputado no detenido. Tampoco regula la declaración de imputado. Por ello, a ambas declaraciones hay que aplicar supletoriamente lo dispuesto para la declaración del procesado en el proceso ordinario por delitos graves, arts. 385 y siguientes de la LECrim. Ni se permite ni se prohíbe la comunicación entre el letrado y el procesado durante la toma de declaración, ni tampoco que se emitan consejos orales y sobre la marcha respecto de si el interrogado debe o no debe contestar.

A nuestro juicio, del análisis de la jurisprudencia del TC, TS y TEDH antes indicada, resulta perfectamente factible realizar esta actuación, tanto en el momento de la lectura de derechos como en el momento de la declaración.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, como indica CALERO MARTINEZ[37] que, en todo caso, el juego del artículo 520.6.c) respecto de la entrevista reservada con carácter posterior a la declaración no impide que con anterioridad a ella o, añadimos nosotros, durante la misma, el letrado comunique no reservada, sino públicamente, con su cliente para aconsejarle respecto de la conducta a seguir:

> "*el argumento legal se basa en interpretación del 520.6LECRIM que incurre en el error de equiparar conceptos distintos, como son 'entrevista reservada' y 'cualquier forma de comunicación'. Si lo que establece ese artículo es que después de la declaración policial el abogado puede tener una 'entrevista reservada', lo que podrá deducirse —sensu contrario— es que antes de que declare ante la policía, el abogado y el detenido no podrán tener precisamente eso, una 'entrevista reservada'. Es decir, podrán tener toda relación, contacto o comunicación pública que estimen necesaria y que no perturbe el desarrollo de la diligencia, siempre que no pretenda impedir a los presentes conocer lo que le dice o le aconseja. Cuando el letrado solicita en comisaría comentar, sugerir o aconsejar al detenido a quien asiste, en presencia del policía o policías actuantes que no declare, no pide llevar a efecto una 'entrevista reservada' sino, simplemente, poder hablar con su cliente en público, ante todos los presentes (no reservadamente) para cumplir con su obligación de 'asistir' y no solo 'acompañar' al detenido".*

Según este razonamiento, que compartimos, no es dable negar la posibilidad de dar, públicamente, el consejo de no declarar con base en el artículo 520.6.c), pues el mismo se refiere a una entrevista "reservada"; estando justificada una aplicación lo más extensiva posible del derecho de defensa y de asistencia letrada, en el que, obviamente, podría englobarse la posibilidad de aconsejar al cliente sobre si declarar o no. De nuevo, debemos recordar la doctrina del TC que indica que el derecho a la asistencia letrada de detenido tiene por objeto, entre otras cuestiones asesorar técnicamente al detenido *sobre la conducta a observar en el interrogatorio,* y la del TEDH que va en el mismo sentido (Murray vs. UK o Salduz vs. Turquia, por todas).

(b) Respecto a la legalidad de que la autoridad policial pueda suspender la declaración e incluso impedir al letrado asistir a su cliente, llamando a otro, cabe decir que dicha actuación no tiene ningún sustento legal, vulnerando claramente el derecho fundamental a la libre elección de abogado, y pudiendo constituir, incluso, una actuación delictiva, prevista en el artículo 537 del CP, siendo evidente que un protocolo interno no puede empecer los derechos constitucionales de los individuos.

6. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN DEL ABOGADO EN DEPENDENCIAS POLICIALES

A este respecto, conviene salir del paso, no sólo cómo abogados, sino como juristas, de los ataques tácitos a la profesionalidad de los letrados que, en alguna ocasión, se han realizado por parte de algún órgano del Estado, como la FGE o el propio TS, cuando se indica que una de la razones para que los letrados no se entrevisten con el cliente antes de la declaración o tomen conocimiento del atestado, es el riesgo de que se frustre el fin policial de la declaración[38] o que se vaya a "*perjudicar la investigación*"[39], concepción ésta que, en palabras de CALERO MARTÍNEZ, que suscribimos, "*se enmarca en una concepción de la actividad policial y del proceso penal en general, más propia de una cultura jurídica preconstitucional que considera las garantías procesales y el derecho de defensa como obstáculos y no como fundamentos del Juicio Justo*".

Da la impresión, analizando estos argumentos, que algunos órganos públicos se dejan llevar de dicha concepción, más propia de la opinión pública lega en derecho que de la opinión jurídicamente formada, asimilando al abogado con el supuesto delincuente y entendiendo la labor de defensa como algo intrínsecamente perjudicial para la justicia, concepción que existe, más o menos extendida, no sólo en España, sino en todo el planeta, tal y como expone el Manual de Instrucciones para la evaluación de la Justicia Penal en materia de asistencia y defensa letrada de la UNODC (2010): "*como los abogados defensores representan a personas acusadas de delitos, la opinión pública tiende a asociarlos con ese comportamiento negativo, y no con la protección de los derechos a la libertad y la justicia, incluso en aquellos casos en los que queda demostrado que ciudadanos inocentes habían sido acusados erróneamente*".

En nuestro sistema penal, es la acusación la que tiene que formular los cargos y aportar las pruebas incriminatorias, no la defensa. El acusado hace tiempo que dejó de ser objeto de la prueba para ser sujeto del proceso penal. Con este trascendental cambio se produjo la eliminación de la tortura, para arrancar una confesión que, ya de por sí, era suficiente para una condena[40]. Desde este punto de vista, nada de lo que un letrado pueda aconsejar a su cliente en la entrevista previa a la declaración policial puede ser censurado jurídicamente, a menos, claro está, que con ello se esté cometiendo alguno de los delitos previstos y penados en los artículos 464.1 o 467.2 del CP, o cualquier otro.

El argumento decae, de forma definitiva, cuando, aplicando correctamente los principios democráticos del Estado de Derecho, se

permite la entrevista del letrado previa a la declaración judicial con el detenido que se ha negado a declarar en Comisaría. ¿Es que en ese trámite no puede influirse también *negativamente* en el imputado, a los efectos de la investigación? ¿Cuál sería la diferencia?

A estos efectos resulta fundamental dar a conocer qué significa ser abogado y cuál es su función. El abogado dentro de un proceso judicial no es más que un cooperador de la Administración de Justicia, al igual que el representante del Ministerio Público o cualquier otro operador jurídico, y por tanto contribuye a que el engranaje de la justicia sea el más adecuado posible. Su interés primordial no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración al repercutir directamente en el justiciable, siendo por tanto una pieza (básica) dentro del conglomerado jurídico en el que todos nos enmarcamos.

En cuanto a ese deber de colaboración con la Administración de Justicia al que nos hemos referido, queda reflejado con meridiana claridad en el Estatuto General de la Abogacía Española en su artículo 30, que literalmente sostiene que: *"El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada".*

El deber del abogado es, por tanto, cooperar con la Justicia y defender en derecho los intereses de sus clientes que le son conferidos; intereses que en el marco del derecho penal y más concretamente cuando los clientes son privados de libertad tras ser detenidos, el papel del abogado alcanza una especial relevancia por los bienes jurídicos que entran en juego.

Como se recogía en el fundamento jurídico segundo del Auto 255/2007 de fecha 25/05/2007 del Tribunal Constitucional "*….en el proceso penal —lo que no es este caso—, el derecho de asistencia letrada tiene una especial proyección por dos motivos; uno, la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten, y dos, la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados (SSTC 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3). En ésta línea hemos afirmado que el mandato legal de defensa por medio de Abogado en el proceso penal es una garantía de un correcto desenvolvimiento del mismo, que pretende asegurar, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, siendo ello lo que justifica que la asistencia letrada "ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987 y 135/1991)" (STC 132/1992, FJ 2)".*

Dicho todo lo cual, e incidiendo en el papel del abogado en dependencias policiales, estamos en el convencimiento de que su actuación no debería ser de un mero "convidado de piedra", viendo vedada la posibilidad de conocer lo instruido hasta ese momento por la fuerza policial actuante, porque además de por todas las demás cuestiones desplegadas en punto anteriores, nuestra propia Ley Orgánica del Poder Judicial se recoge en el artículo 546.1, que: *"Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes";* y una efectiva asistencia letrada no pude llevarse a cabo en plenitud de los derechos que asisten al detenido, sin una entrevista previa a la declaración policial con su letrado y sin el conocimiento de las diligencias que conformen el atestado policial en ese momento.

Como decíamos cuando hablábamos de la entrevista previa, el derecho de defensa en su amplio sentido y la asistencia letrada al detenido son funciones que, si bien se desarrollan por profesionales libres y privados, tienen una clara naturaleza y proyección pública. Cabe hablar, por tanto, de la función pública del abogado cuando desarrolla estas tareas, con

las que coadyuvan al mejor ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de los Tribunales[41] e incluso, porqué no, de la función policial de investigación del delito. Sólo desde un entendimiento errático de la importancia del derecho de defensa puede considerarse que la labor del abogado defensor implica una obstrucción de los deberes policiales y judiciales de investigación y persecución de los delitos. Además y aunque así fuera, ese posible "riesgo" resulta perfectamente asumible por nuestro Estado de Derecho, tal y como afirmaba la Consulta de la FGE 4/1985, de 20 de mayo: "*la extensión dada al derecho de asistencia, en algunos casos puede resultar perjudicado el éxito de la investigación, mas ese riesgo hay que asumirlo por ser una consecuencia de la naturaleza y protección garantizada a todos los derechos reconocidos a la persona, que ante el presunto conflicto con los derechos de la Sociedad se superponen a ellos*".

En todo caso, estas consideraciones parten de la base axiológica de considerar al imputado como fuente de prueba acusatoria en sí misma, cuando resulta reconocido por nuestra Constitución y todos los textos legales internacionales en materia de derechos humanos, que el imputado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a no aportar pruebas que faciliten su condena. No cabe por tanto denegar el acceso del letrado a las diligencias bajo el vetusto argumento de que puede *perjudicarse* la investigación.

7. DESARROLLO PRESENTE Y FUTURO

Con independencia de todo lo expuesto, lo cierto es que la discusión sobre el contenido del derecho a la asistencia letrada del detenido y, en particular, sobre la posibilidad de la entrevista previa y el acceso al atestado o diligencias que dieron lugar a la detención, tiene poco recorrido temporal, debido a la normativa comunitaria ya aprobada y de próxima entrada en vigor en España.

En este sentido, tanto la propia Comisión como el Consejo europeo, pusieron ya hace años de manifiesto su inequívoca voluntad de conformar un estándar normativo que garantice uniformemente los derechos de sospechosos o acusados, dictando la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009[42], sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, que literalmente indica en su apartado 2 que "*el Convenio y sus Protocolos, según los ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son una base importante para que cada Estado miembro tenga confianza en los sistemas de justicia penal de los demás Estados miembros y para reforzar dicha confianza. Al mismo tiempo, la Unión Europea dispone de un margen de acción adicional para velar por la aplicación y el respeto plenos de las normas del Convenio, y, en su caso, garantizar la aplicación coherente de las normas aplicables y elevar el nivel existente*", y en su apartado 3 que *"La Unión Europea ha establecido con éxito un espacio de libre circulación y residencia, del cual los ciudadanos se benefician al viajar, estudiar y trabajar cada vez más en países distintos de su país de residencia. Sin embargo, la supresión de las fronteras interiores y el creciente ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia han conducido, como consecuencia inevitable, a un aumento del número de personas que se ven involucradas en procesos penales en un Estado miembro distinto del de residencia. En esas situaciones, los derechos procesales de los sospechosos o los acusados tienen una importancia especial a la hora de salvaguardar el derecho a un juicio justo".*

Como consecuencia directa de dicha resolución, la directiva 2013/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa a la información en los procesos penales, ha establecido con total y absoluta claridad que cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal habrá de recibir los documentos que obren en poder de la autoridad necesarios para poder impugnar la legalidad de la detención y tener acceso, ya sea personalmente o a través de

su abogado, a la totalidad del material probatorio que se tenga, ya sea a su favor o en su contra, con la antelación necesaria para que pueda ejercitarse una defensa efectiva y de forma gratuita (art. 7 de la Directiva).

Por otro lado, la Directiva (2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales), atiende expresamente a la otra cuestión que se plantea, fijando inequívocamente que, no sólo el acusado, sino incluso el mero sospechoso, habrán de tener derecho a entrevistarse en privado con el letrado que lo represente incluso con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales, tal y como lo establece el artículo 3.3.a) de dicha norma, donde se indica que "*los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho a entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales*".

Estas dos directivas habrán de ser transpuestas al derecho interno español en el periodo que las mismas prevén: el 4 de junio de 2013, la directiva de información, y el 7 de noviembre de 2016, la directiva de la asistencia letrada. En defecto de ello y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurriría el estado español por incumplimiento, pasarán a ser directamente aplicables y podrán ser esgrimidas por los particulares en las relaciones que mantengan con las administraciones públicas. (SSTJCE 148/78 de 1979, asunto Ratti y 8/81 de 1982, asunto Becker), sin que deba perderse de vista el valor interpretativo que esta nueva normativa ha de tener en nuestra propia legislación.

Debe señalarse, para concluir a este respecto, que el legislador español no es ajeno ni a la evolución doctrinal que hemos analizado ni a las normas europeas que convierten esa doctrina en derecho positivo, por lo que los dos últimos grandes anteproyectos de reforma de la LECrim publicados (la impulsada durante el último gobierno del Partido Socialista Obrero Español[43] y el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal[44] promovido por el actual gobierno del Partido Popular) contemplan, con mayor o menor fortuna, los derechos que venimos propugnando.

8. CONCLUSIONES

Primera: Debe superarse la distinción entre la asistencia letrada al detenido y al imputado o acusado, aunando los contenidos del derecho fundamental a la asistencia letrada con fundamento en el derecho de defensa.

Segunda: El derecho fundamental del detenido a la asistencia letrada como expresión del sagrado derecho de defensa, debe incluir la posibilidad de una entrevista reservada entre el detenido y su abogado antes de la declaración policial, e igualmente debe incluir el acceso al atestado o, si éste aún no está cumplimentado, a los documentos donde se proyecten las diligencias practicadas que obren en el expediente policial. Cuando menos, se debe permitir la comunicación pública entre abogado y cliente al objeto de que el letrado le aconseje sobre si prestar o no declaración.

Tercera: De la interpretación conjunta de las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la legislación comunitaria, se deriva la incompatibilidad de la práctica actual con los derechos fundamentales a la defensa y a la asistencia letrada, que en ningún caso pueden ser interpretados de forma restrictiva.

Cuarta: La práctica policial de impedir la entrevista previa y de negar al letrado la entrega del atestado, quedarán indudablemente fuera de la legalidad, en el momento en el que sean definitivamente vinculantes, ya sea por transposición o por el transcurso del tiempo para ello, las Directivas de Información en los Proceso Penales y de Acceso al Abogado.

NOTAS

1. Este texto puede consultarse en la dirección electrónica: www.seguridadpublica.es/2011/01/manual-criterios-para-la-practica-de-diligencias-por-la-policia-judicial%E2%80%9D-de-la-comision-nacional-de-policia-judicial/

2. Recientemente, en el Informe nº 5/2011 del Consejo General de la Abogacía Española, sobre el derecho a la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 Ce), su relación con el derecho de defensa (art. 24.2 Ce) y posibilidades para su reforzamiento.

3. Martín Ancin, F., y Álvarez Rodríguez, J.R., *Metodología del atestado policial,* Madrid, 2011, pág. 250.

4. Nótese que la entrevista previa sí está expresamente establecida cuando el detenido es un menor (art. 22.1.b de la ley de responsabilidad penal del menor).

5. Establece el citado documento que: "*An untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned, to choose his legal representation … and to receive visits from his legal adviser with a view to his defence and to prepare and hand to him and to receive, confidential instructions. At his request, he shall be given all necessary facilities for this purpose* […] *Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within hearing, either direct or indirect, of a police or institution official".*

6. En este sentido, la Recomendación indica que: "*All prisoners are entitled to legal advice, and the prison authorities shall provide them with reasonable facilities for gaining access to such advice. Prisoners may consult on any legal matter with a legal adviser of their own choice and at their own expense*".

7. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 2005, pág. 614.

8. Por todas, SSTC 81/1983 y 254/1988, que indica que: "*la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos*".

9. Sobre el TEDH, su naturaleza, composición y funciones, véase, Guerrero Palomares, S., *La imparcialidad objetiva del Juez Penal,* Pamplona, 2009, pág. 41 y ss.; o Morte Gómez, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda,* Valencia, 2004.

10. En sentencia de la Secc. 2ª, nº 617/2011 de 10 noviembre.

11. Deweer, pr. 46: "*The "charge" could, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence".*

12. Deweer, pr. 44: "…*the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (see especially the above-mentioned Airey judgment, págs. 12-13, par. 24) prompts the Court to prefer a "substantive", rather than a "formal", conception of the "charge" contemplated by Article 6 par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question*". En el mismo sentido, el pr. 52 de la reciente sentencia Shabelnik v. Ucrania, de 19 de febrero de 2009.

13. Salduz, pr. 50: "The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings".

14. Salduz, pr. 52: "National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation".; y pr. 55: "the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and effective" (see paragraph 51 above), Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right".; recientemente, también, sentencia Kaçiu y Kotorri v. Albania, de 25 de junio de 2013, pr. 114.

15. Salduz, pr. 54: "In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial (see Can v. Austria, no. 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 50, Series A no. 96)".

16. Por ejemplo, en la reciente sentencia Nefedov c Rusia, de 13 de marzo de 2103, pr. 36: "*Article 6 § 3 (c) does not specify the manner of exercising this right*".

17. Salduz, pr. 54: "…*an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings […]. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. […] Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, mutatis mutandis, Jalloh, cited above, § 101)*".

18. Murray, pr. 63*: National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances Article 6 (art. 6) will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restrictions for good cause…*"

19. Murray, pr. 66. "*The Court is of the opinion that the scheme contained in the Order is such that it is of paramount importance for the rights of the defence that an accused has access to a lawyer at the initial stages of police interrogation. It observes in this context that, under the Order, at the beginning of police interrogation, an accused is confronted with a fundamental dilemma relating to his defence. If he chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him in accordance with the provisions of the Order. On the other hand, if the accused opts to break his silence during the course of interrogation, he runs the risk of prejudicing his defence without necessarily removing the possibility of inferences being drawn against him*".

20. Murray, pr. 66: "*To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is - whatever the justification for such denial - incompatible with the rights of the accused under Article 6 (art. 6)*".

21. Elizalde Purroy, I., "Novedades respecto al derecho a la entrevista reservada entre abogado y detenido antes de la declaración en sede policial", Legaltoday, 24 de agosto de 2011, versión electrónica; o en la Segunda Ponencia: La Asistencia al Detenido desde la óptica del Abogado, Granada, junio de 2008 (González Palmero), disponible en http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015006008004004/1242132053513_es_ES.html.

22. Campbel y Fell, pr.: "*99. As regards sub-paragraph (c) of Article 6 para. 3 (art. 6-3-c), it is true that Mr. Campbell elected not to attend the Board's hearing, but the Convention requires that a "person charged with a criminal offence who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing" (see the Pakelli judgment of 25 April 1983, Series A no. 64, pág. 15, para. 31). Moreover, a lawyer could scarcely "assist" his client - in terms of sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) - unless there had been some previous consultation between them. This latter consideration leads the Court to the conclusion that the "facilities" contemplated by sub-paragraph (b) (art. 6-3-b) were not afforded*".

23. Insanov, pr. 165: "*An accused's right to communicate with his legal representative out of the hearing of third parties is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society, and follows from Article 6 § 3 (c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (see S. v. Switzerland, 28 November 1991, § 48, Series A no. 220, and Öcalan v. Turkey [GC], no.46221/99, § 133, ECHR 2005IV)".*

24. Lamy, pr. 29: "*Like the Commission, the Court notes that during the first thirty days of custody the applicant's counsel was, in accordance with the law as judicially interpreted, unable to inspect anything in the file, and in particular the reports made by the investigating judge and the Verviers police. This applied especially on the occasion of the applicant's first appearance before the chambre du conseil, which had to rule on the confirmation of the arrest warrant (see paragraphs 10-11 above). The applicant's counsel did not have the opportunity of effectively challenging the statements or views which the prosecution based on these documents. Access to these documents was essential for the applicant at this crucial stage in*

the proceedings, when the court had to decide whether to remand him in custody or to release him. Such access would, in particular, have enabled counsel for Mr Lamy to address the court on the matter of the co-defendants' statements and attitude (see paragraph 18 above). In the Court's view, it was therefore essential to inspect the documents in question in order to challenge the lawfulness of the arrest warrant effectively"

25. Foucher, pr. 36: "*The Court, like the Commission, therefore considers that it was important for the applicant to have access to his case file and to obtain a copy of the documents it contained in order to be able to challenge the official report concerning him […] As he had not had such access, the applicant had been unable to prepare an adequate defence and had not been afforded equality of arms, contrary to the requirements of Article 6 para. 1 of the Convention taken together with Article 6 para. 3 (art. 6-3+6-1)".*

26. Öcalan, pr. 144: " *The Court therefore holds that the fact that the applicant was not given proper access to any documents in the case file other than the bill of indictment also served to compound the difficulties encountered in the preparation of his defence", y pr. 148: "Accordingly, the applicant's trial was unfair for the following reasons: he had no assistance from his lawyers during questioning in police custody; he was unable to communicate with his lawyers out of the hearing of third parties; he was unable to gain direct access to the case file until a very late stage in the proceedings; restrictions were imposed on the number and length of his lawyers' visits; and, lastly, his lawyers were given proper access to the case file belatedly*".

27. Moiseyev, pr. 218: "*The Court therefore holds that the fact that the applicant and his defence team were not given appropriate access to the documents in the case file and were also restricted in the use of their notes, served to compound the difficulties encountered in the preparation of his defence*".

28. Salduz, pr. 53: "*These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 3742 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused*".

29. Salduz, pr. 50: "…*As the Court has already held in its previous judgments, the right set out in Article 6 § 3 (c) of the Convention is one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1 (see Imbrioscia, cited above, § 37, and Brennan, cited above, § 45)", y pr. 51: "The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see Poitrimol v. France, 23 November 1993, § 34, Series A no. 277A, and Demebukov v. Bulgaria, no. 68020/01, § 50, 28 February 2008)*".

30. Luchaninova v. Ucrania, de 9 de junio de 2011, pr. 63: "*the mere nomination of a lawyer by the authorities does not ensure effective assistance*".

31. Guerrero Palomares, S., *El principio acusatorio*, Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 133 y ss.

32. Bonilla Jiménez, P.M., "La asistencia letrada al imputado policial por delito", *Noticias Jurídicas*, octubre 2011, versión electrónica.

33. Queralt, J.J, *Asistencia letrada al detenido,* Vizcaya, 1991, pág. 24.

34. Blasco Soto, C., "El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla-León*, nº 14, enero 2008, versión electrónica.

35. Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006 por la Sala Segunda del Tribunal y en el que se acordó que *"las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia"*. Acuerdo que fue inmediatamente seguido por la STS nº 1215/2006, de 4 de diciembre.

36. Alguna Audiencia Provincial ha hecho uso ya del contenido de dicho auto para denegar la existencia de vulneración del derecho de defensa por la negativa a la entrevista previa (AP Jaén, nº 180/2006 de 4 diciembre. —JUR 2007\163573—).

37. Calero Jiménez, J.M., ¿Puede el abogado que asiste a un detenido en una comisaría recomendarle que se acoja a su derecho a no declarar?, en http://azaustre.es/Articuloasistenciaabogadodeclaracion.pdf.

38. En este sentido parece que el TS emplea el vocablo "preparar", cuando en su STS nº 1500/2000, de 4 de octubre, citando otra de 11 de mayo de 1998, manifiesta que: "*no puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el art. 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar*".

39. El Ministerio Fiscal ante el TC informó en contra de la admisión a trámite del amparo, en el marco del proceso constitucional que dio lugar al comentado auto 23/2006, alegando, entre otras cosas, que: "*la denegación de la posibilidad de una entrevista previa entre este último y su Abogado* […] *viniendo justificada, por otra parte, por la necesidad de mantener un cierto ámbito de autonomía en el desarrollo de las iniciales pesquisas policiales a fin de que no pueda perjudicarse su buena marcha en prosecución del legítimo derecho de la sociedad a la persecución de los delitos".* Parecidos argumentos se contienen en la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido.

40. Ello se pone de manifiesto con claridad en el tenor literal del artículo 406 de la LECrim y en diversa jurisprudencia del TS, entre la que cabe destacar la STS de 20 de enero de 1989 que declarara que "la confesión del encausado no se considera ya como en tiempos pasados la reina de las pruebas (probatio probantissima), de modo que cuando era el alma del proceso o sistema inquisitivo se buscaba como única, esencial y necesaria prueba y no se vacilaba en recurrir al tormento para obtenerla".

41. Cuenca García, M.J., *La función de los abogados y procuradores y los intereses de los clientes,* Cizur Menor, 2006, pág. 93.

42. *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:295:0001:0003:ES:PDF*

43. En la que el artículo 33, rubricado "Derechos de la persona investigada", disponía que "*1. En los términos establecidos en esta ley, toda persona sometida a investigación tiene derecho a:* […] *b) Conocer las diligencias de investigación practicadas y las que desde el momento de la primera comparecencia se realicen.*[…] *d) Entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste en sede policial".*

44. En cuyo artículo 7.3 se hace constar que: "*El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un Abogado de confianza de libre designación o, en su defecto, de un Abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento del proceso y que estará presente en todas sus declaraciones",* lo que se reafirma en el artículo 263.3: "*Tanto antes como después de prestar declaración, el encausado podrá entrevistarse con su Abogado, consultar las actuaciones procesales y diligencias de investigación y obtener copia de las mismas, sin perjuicio de lo establecido para los casos de incomunicación y secreto de las actuaciones".*

Fecha de recepción: 02/05/2014
Fecha de aceptación: 07/05/2014

VARIA

Recensión del libro: Grundlagen und Grenzen der Analogie *in bonam partem* im Strafrecht.
Autor: Juan Pablo Montiel
Editorial Duncker & Humblot-Berlin
Jacobo López Barja de Quiroga

RECENSIÓN DEL LIBRO: GRUNDLAGEN UND GRENZEN DER ANALOGIE *IN BONAM PARTEM* IM STRAFRECHT

Autor: Juan Pablo Montiel
Editorial Duncker & Humblot-Berlin

Jacobo López Barja de Quiroga
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

El autor comienza señalando la existencia de unanimidad en la doctrina en cuanto a la exclusión de la denominada analogía *in malam partem*; esto es, la que afecta a la fundamentación y la agravación de la pena. En cambio, se admitiría la posibilidad de la creación judicial del derecho por vía analógica respecto de las causas de exclusión de la culpa, las causas de exclusión de la pena y las causas de atenuación de la pena.

En Alemania, este problema cobraba una singular importancia porque el Tribunal Penal Imperial venía admitiendo la posibilidad de la aplicación analógicas a supuestos de necesidad en los que, sin existir un amparo legal concreto, una persona lesionaba la integridad o la vida ajenas. Así se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código Penal alemán de 1975.

Durante los primeros cincuenta años del siglo XX fue una valiosa herramienta en manos del Juez, para tratar aquellos hechos típicos que constituían delito aunque materialmente no fuesen antijurídicos o el autor estuviese exculpado por las circunstancias. Aunque su campo se redujo tras la aprobación del actual Código Penal, el autor considera que no es una "pieza de museo" sino que la actualidad ha puesto de nuevo de relieve la ausencia de normas para supuestos excepcionales como la aplicación de "terceros grados", en los casos de bombas de relojería o con temporizador, o el derribo de un avión secuestrado por terroristas.

Posteriormente, el autor señalará que las conclusiones y datos del estudio no se ciñen sólo a Alemania, sino que pueden extenderse a aquellos otros territorios en los que la dogmática alemana juegue un papel especial, como lo son Italia, España, Portugal y Latinoamérica.

Pese al interés que el tema puede revestir en las situaciones presentes, no existe en la doctrina un estudio desarrollado sobre la posible aplicación de la analogía a las causas

de exclusión o de atenuación de la pena. Los principales estudios dogmáticos, en general, han arrinconado el estudio de la analogía en el campo penal y esto ha ocurrido, por supuesto, también en el terreno de la aplicación de la norma penal.

El autor se lamenta de la falta de estructura de la argumentación relativa a la analogía *in bonam partem* y ofrece en el libro una teoría general que incorpore el concepto, fundamento y límites de la analogía *in bonam partem*. Renunciando a una enumeración detallada de los casos en los que el Juez a través de la analogía puede crear norma o reglas extralegales, aborda, en primer término, determinar cuál es el concepto, las formas y requisitos de la analogía en favor del reo.

El estudio parte, en primer lugar, de la determinación como principal presupuesto de su posible aplicación la admisión de la existencia de una laguna jurídica (*Rechtslücke*) que se daría cuando un caso careciese de una solución normativa adecuada o tuviese una solución axiológicamente falsa. Como segundo caso, admitida su existencia, sería preciso determinar cuál es el concepto de "laguna". A este respecto, pone de relieve la existencia de falta de acuerdo en la literatura científica, fruto de la imprecisión que se deriva de su conexión con diferentes áreas (según el enfoque axiológico, conceptual, …etc.) y refleja la necesidad previa de proceder a una correcta diferenciación de los problemas y las circunstancias concurrentes y la existencia como presupuesto inicial de un vacío jurídico por la falta de una norma o precepto jurídico, por un tratamiento axiológico o teleológico inadecuado de un hecho por el sistema jurídico o una laguna normativa por falta de precisión del legislador.

A continuación, se tratan los tipos de analogía *in bonam partem*. En primer término, el estudio se inicia con una introducción a las formas de creación analógicas del derecho penal a favor del acusado. A este respecto, el autor subraya que la analogía como tal, precisa someterse a ciertos parámetros y es, en definitiva, el resultado de un proceso deductivo y no de un ejercicio voluntarista del juez. Debe apoyarse en los propios preceptos jurídicos y en los principios informadores del derecho penal. Pero unos y otros tienen una estructura y naturaleza distinta que determinan los diferentes tipos de analogía. Por un lado, la analogía legal *in bonam partem* (analogía *legis*), que parte de una norma jurídica existente y, en segundo lugar, por otro lado, la analogía institucional y la analogía jurídica, que se fundamentan en los principios informadores que los sustentan y que se diferencian en la distinta estructura que cobran esos principios.

Para el autor, en un primer apartado, la analogía legal supondría un método de creación e integración del Derecho en el que se obtiene una regla jurídico penal a partir de la transmisión de una norma de una causa de exclusión de la pena o de una atenuación de la pena a uno semejante, excepcionalmente, en un caso que cae dentro de una laguna legal. Normalmente, cuando se trata de la analogía *legis*, el parecido de los casos a aplicar es tan fuerte que casi se trata de supuestos iguales.

En un segundo apartado, se definen el concepto, estructura y casos de la analogía institucional. La analogía *legis* fracasa cuando precisamente no existe ninguna similitud entre el caso que está regulado completamente, esto es, en el que se entiende que no existe laguna, y el que está incompletamente regulado o sólo tiene una apariencia dudosa o defectuosa o cuando la similitud interna legal, a pesar del parecido morfológico, no existe, porque la *ratio legis* justifica la extensión de la disposición.

A continuación, se estudia el concepto, estructura y casos de la analogía jurídica *in bonam partem*.

En este caso, la analogía se construye por el Juez Penal a partir de principios que sustentan la totalidad del ordenamiento jurídico o del ordenamiento jurídico penal. El Juez se apoya aquí en las *rationes* o principios del Derecho o del Derecho Penal. Esto principios juegan un papel primordial no solamente en la

legislación. No son sólo los principios inspiradores que iluminan la labor legislativa, sino que, también, juegan un papel primordial en el pensamiento del Juez.

En el segundo capítulo, se aborda la importancia del principio del principio de legalidad como regla limitativa de la potestad jurídico penal del Estado.

El análisis comienza subrayando la tradicional cuádruple prohibición existente en derecho como principal resultado de la vigencia del principio de legalidad, cuyos destinatarios son el Juez, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y que se enuncia, desde antiguo, con el brocardo latino de *lex stricta*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex previa*. Conexo con esta enunciación se encuentra el principio de certeza que significa que el Juez Penal sólo puede atender como fuente del derecho a la norma escrita. El principal objetivo del principio de legalidad es definir las competencias concretas del Estado: la producción de legislación, la determinación de las fuentes del Derecho penal, la interpretación de la norma penal, la aplicación de la ley penal y la creación y complementación del Derecho Penal.

De esta consideración general, el autor extrae una cuestión que califica de vital: ¿puede el Juez penal oponerse a la legislación? O, planteada bajo otro prisma, ¿Puede el Poder Judicial crear, desarrollar o complementar el Derecho Penal? La respuesta a esta cuestión exige, en primer término, definir los fundamentos del principio de legalidad, empezando por sus raíces en la génesis y afianzamiento del Estado de Derecho y como concepto sustancial a su existencia, pero diferenciado entre el original planteamiento en el constitucionalismo clásico y su nueva enunciación en el neoconstitucionalismo.

Como se ha indicado, el principio de legalidad es un concepto vitalmente ligado a la aparición del modelo de Estado en el que sus poderes, hasta entonces omnipotentes, quedan recortados por Cartas Magnas, que englobarían los primitivos modelos constitucionalistas y que dan paso, tras la Segunda Guerra Mundial, al fenómeno neoconstitucionalista que describe los procesos dinámicos de derecho constitucional extraídos del desarrollo y consolidación del Estado Social del Derecho.

En el siguiente apartado, se estudian y describen las raíces jurídico-penales. El autor cita dos: en primer lugar, la prevención general, cuyo concepto compone a partir de la definición de "coacción psíquica" de Feuerbach y, en segundo lugar, el principio de culpabilidad. Sin embargo, el autor es crítico en el sentido de estimar que no puede afirmarse de manera taxativa que el miedo a la pena sea exclusivamente el detonante de que alguien ajuste su comportamiento a la norma. Pueden mediar, y de hecho median, otras consideraciones de índole diverso (moral, ético, …). En segundo lugar, por otra parte, considera que la premisa de que los miembros de la sociedad rehúsan cometer delitos cuando con cierta seguridad, pueden conocer cuáles son las conductas consideradas delitos no es radicalmente cierta. Considera un sofisma que del conocimiento de la prohibición y de la amenaza penal dependa el efecto preventivo de la pena. Por el contrario, estima que cuanto más indeterminada sea la ley, mayor efecto preventivo, pues no se puede conocer con certeza qué conductas generan responsabilidad y pone el ejemplo de una norma que sancionase con multa de 20 días de prisión a quien atentase contra la moral y las buenas costumbres, que podría reprimir desde el asesinato al beso acalorado que una pareja de amantes, en un arrebato amoroso, se dan en una plaza pública.

Respecto de este último, recuerda la objeción doctrinal de que, en realidad, no es nada más que una explicación insatisfactoria del axioma *nulla poena sine praevia lege*, que ocurriría cuando la reprochabilidad exige el conocimiento del injusto pero no de la pena, pero recuerda que la consciencia de la norma se determina no solamente a partir del derecho escrito sino también del no escrito, por lo que la reserva de ley y la exigencia de que los delitos se regulen por ley podrían ser una

explicación insuficiente. Idéntico problema se plantean aquí entre la prohibición de analogía y la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes desfavorables.

El tercer capítulo aborda los límites de la analogía *in bonam partem* que se centra en la conexión vital que, para el autor, existe entre las raíces del principio de legalidad y la analogía en favor del acusado.

El autor estima que, en definitiva, el principio de legalidad tiene por función esencial delimitar y poner coto al *ius puniendi* del Estado, por lo que la enunciación de los límites de la analogía *in bonam partem* deben hacerse depender de esa íntima conexión.

El autor señala dos tipos de límites a la analogía *in bonam partem*. En primer lugar, aquéllos que se derivan de la preeminencia de la idea del Estado de Derecho y toda sus consecuencias ideológicas y los límites que resultan de los propios principios del Derecho Penal, esto es, los límites jurídico penales.

Los primeros presentan una fuerte conexión con los principios democráticos, que configuran la función del legislador como una extensión de la voluntad del pueblo, dentro de la configuración, vital para el Estado de Derecho, de la división de poderes que defiende lo que el autor denomina, genéricamente, neoconstitucionalismo.

Los segundos, por el contrario, se refieren a la vinculación existente entre el Derecho penal y su fuerza preventiva y, por ello, la necesidad dimanante de determinar qué causas de exclusión de la pena son susceptibles de analogía y según qué tipos de analogía para defender las ventajas de la teoría propugnada por el autor de excluir la analogía *in bonam partem* a las causas de exclusión de la pena.

Los límites del Estado de Derecho son consecuencia de la aceptación por la corriente neoconstitucional de que el Ordenamiento Jurídico presenta lagunas y que el Juez puede suplirlas, pero siempre partiendo de la idea o de la presunción de que aquéllas, al menos, en Derecho Penal, son un fenómeno extraordinario y que la capacidad semi-legislativa del Juez de crear normas es de carácter excepcional.

Por ello, debe partirse, como premisa previa de trabajo, de la aceptación implícita de la existencia en los modernos Estados de Derecho de la presunción *iuris tantum* de que solo, excepcionalmente, las normas (penales) tienen lagunas o son inadecuadas.

Esta asunción, aunque sea de carácter excepcional, es la que ilumina la distinción del nuevo con el viejo constitucionalismo. Los teóricos constitucionalistas del siglo XIX, que habían bebido de la Ilustración y del concepto hipertrófico que se le atribuía a la Razón Humana, creían que el legislador podía crear normas que eran perfectas e inmutables, de suerte que perdurarían en el tiempo y no precisarían de suplirse. Esta idea se ajustaba perfectamente a la teoría de la división de poderes de Montesquieu. El Juez se limitaba a aplicar las normas que aprobaba el Poder Legislativo. La realidad demostró que no siempre era así.

En segundo lugar, el autor defiende que esta posibilidad de creación judicial del Derecho, en el Estado de Derecho, es tolerable, dentro de los planteamientos del neoconstitucionalismo, siempre que se admita que la norma extrajudicial sea consecuencia de una competencia constitucional periférica y que no entre en colisión con el espíritu del legislador.

El tercer punto que defiende el autor es que la competencia del Juez no tiene la misma dimensión ni la misma naturaleza —es distinta, en definitiva— a la que tiene el legislador para crear normas y que esa diferencia es proporcional y paralela a la diferencia que existe entre la norma judicial creada por el Juez, al hacer uso de la analogía *in bonam partem* y la ley en sentido estricto. Por ello, el autor habla de funciones cuasi legislativas en comparación con funciones legislativas y, por ello, defiende que el Juez no puede utilizar esas funciones para crea causas de exclusión de la pena no establecidas expresamente por la norma.

El concepto de limitaciones jurídico penales exige, para el autor, una primera doble distinción. Por un lado, las *Ausnahmevorschriften* (disposiciones excepcionales), en las que rige la prohibición de analogía. El autor se refiere, con este nombre, a aquellas reglas que carecen de la capacidad de aplicarse analógicamente con carácter general, porque están ideadas en función de situaciones excepcionales y, por ello, el legislador desea que sean aplicables, exclusivamente, a un espectro de casos determinados y no a ningún otro, aunque sea similar.

Por otra lado, las denominadas reglas excepcionales (*Ausnahmeregelungen*) que se desvían de la pauta establecida con carácter universal por el legislador para un "universo de casos", para los que, primigeniamente, ha diseñado ese precepto y a los que asocia una consecuencia jurídica distinta de la anterior. Para evitar su abuso, las reglas excepcionales, sólo son aplicable a los casos genéricos comprendidos en esas normas en concreto.

Finaliza la obra con las conclusiones generales a las que llega el autor, y un índice de fuentes doctrinales y un índice de palabras claves.

NORMAS DE LA REVISTA

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres y 56.000 como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés la primera letra de cada una irá en mayúscula. El título del artículo y el sumario en castellano y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección «Temas de Hoy», se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista teoría & derecho lo hará constar.
9. Las traducciones y texto de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. SISTEMA DE CITAS:

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo

incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, «Título del artículo o capítulo». *Título de la revista o del libro,* volumen, numero, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

III. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza el anonimato de los evaluadores. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

IV. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a al siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.
ISOC: Sumarios Derecho
RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores
DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443
CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas
GOOGLE SCHOLAR METRICS

I. SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. *Debate* and *Estudios* originals should average between 22.000 and 56.000 characters in length, spaced in 1,5, and 12p for the body type.
3. The deadlines for submissions to be included ends May 1st and November 1st, to the number of December and June of the following year, respectively.
4. The authors must indicate the title of the paper, complete name of the author(s), position of the author(s), and their institution, to be included on the article.
5. The authors must send with their submission their personal data (specifically, postal address, telephone number and electronic address) in order to allow the Journal to mantain contact with them.
6. Submissions must include the following elements: title (in Spanish and English), an abstract (10 lines or 1000 characters; in Spanish and English), and between 5 or 6 key words.
7. Submissions should include a Summary, where the titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the next criteria: Arabic Numbers (1, 2, 3); Upper case (A, B, C); and Lower case with brackets a), b), c).
8. Submissions to the section *Temas de Hoy* may omit the formal requeriments (abstracts, peer review, length and to be an unpublished work), althougth the manuscript submitted may accomplished some of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would record it.
9. The former requirements cannot be required to translations and papers submitted to the *Varia* section.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the submissions to be published, all of them will be reviewed through a peer review process. The assessment shall be made by two reviewers. One of them shall be the editor of the issue or the debate. The other one shall be a person with expertise in the subject of the paper. Any of them shall know the identity of the author, neither the author shall know the identity of the reviewers. To be published, submission must obtain the positive assessment of both of them. In case of contradiction, the final decision is allocated in the Editorial Board. Authors shall receive the result of review process and, if necessary, make modifications in the submission according with the comments of the reviewers. Authors shall receive a communication though e-mail informing them about de publication of their work, after the Editorial Board would have considered it again.

Reviewers must take into account specifically:

- Its thematic suitability;
- The scientific quality and rigor of the arguments presented;
- Its appropriate structure;
- The opportunity and relevance of the submission in its research field.
- The validity of used data and the bibliographical resources.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL:

Original should be send to the e-mail address: teoria.derecho@uv.es

IV. QUOTES CITATION FORMAT

1. Having into account the nature of the Journal, orientated to the theoric thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the paper, trhough a bibliographic note which reflects the state of art, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.
2. The shorten citation system can be also used. In this case, all citations must be placed in a list of bibliography within an endnote. At the end, it should be included a list of bibliography, according to the next criteria. Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (González Vicén: 19995:95).
3. If some papers of the same author are cited, they should be ordered chronologically. If these are published in the same year, they will be ordered alphabetically with lower case. In any case, bibliographical references must be quoted in the following manner: Surname/s, Name, Title, Place of edition, editor, year of publication, number of pages (occasionally, the collection). Books, chapters of books, and papers, etc., will be distinguished. Surname/s, Name, «Title of the paper or the chapter». Title of the Journal or Book, Volumen, Number, Place of edition, year of publication, number of pages.

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. MEMBERS OF THE BOARD AND THE COMMITTEE

To become a member of the Editorial Board and the Scientific Committee, it should require: to be professor (*Catedrático*) of some University and/or a Center of Research; to be older than 50 years old; to be a renowned professor within the scholarship. All these requirements should be accomplished when they accede to any of these bodies.

VII. DATABASES

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria): http://www.latindex.unam.mx/buscador/ paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791

DICE: http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443

ANEP: Category B

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals: http://epuc.cchs.csic.es/circ/

RESH: http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications

GOOGLE SCHOLAR METRICS