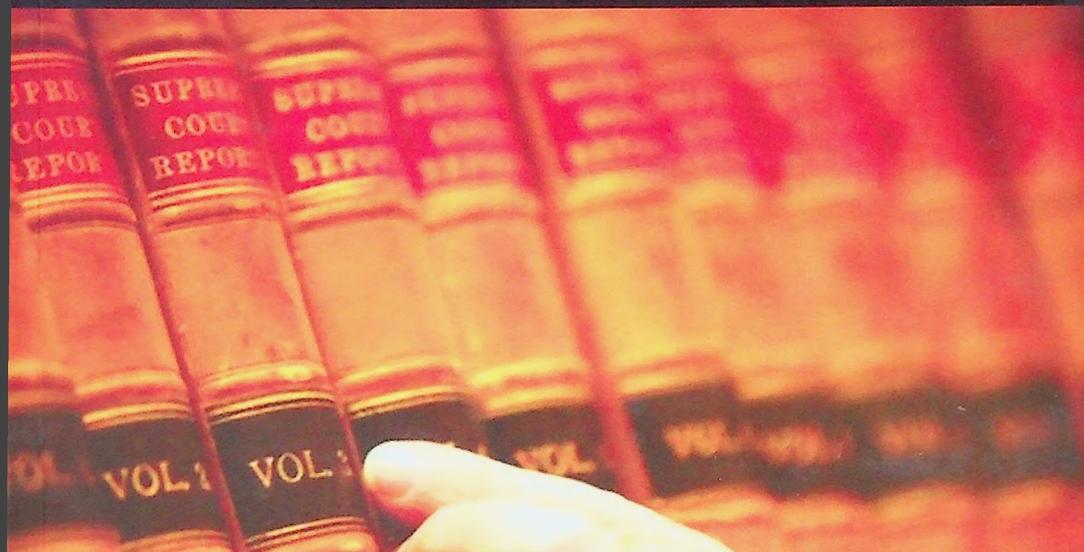


JUSTICIA & RAZÓN

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

VOLUMEN III NÚMERO 2
MAYO - JULIO 2006
ISSN:1991-5292



INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Luis Angel Garrido Bengoechea

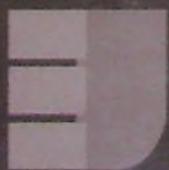
EL RECURSO DE AMPARO

David Ordóñez Solís

LA ETAPA INTERMEDIA
EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

Manuel Estrella Ruiz

EL LAVADO DE ACTIVOS
Juan Pablo Rodríguez Cardenas



JUSTICIA & RAZÓN

VOLUMEN III · NÚMERO 2
MAYO - JULIO 2006

Impreso en Santo Domingo
Una publicación de la
ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
República Dominicana
Hecho el Depósito de Ley

Diseño de Interior
y Portada:

r2a

erredosa@gmail.com

Diagramación:
Franklin Pérez
Corrector de Estilo:
Juan Manuel Prida

INDICE

EL
RECURSO
DE AMPARO
DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

PÁG. 4

LA
INTERPRETACIÓN
CONSTITUCIONAL
LUIS ÁNGEL G. BENGOCHEA

PÁG. 18

EL LAVADO
DE ACTIVOS
JUAN PABLO R. CÁRDENAS

PÁG. 30

LA ETAPA
INTERMEDIA
MANUEL ESTRELLA RUIZ.

PÁG. 44

PRESENTACIÓN

La Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), dando continuidad a su vocación democrática, participativa y respetuosa de la diversidad, y a su marcado interés de desarrollar espacios reales o virtuales, en los que se haga posible, dentro de un marco de respeto, el intercambio de ideas y opiniones entre sus propios miembros y de éstos con la comunidad jurídica nacional e internacional, tiene el placer de presentarles esta nueva edición de la revista Justicia & Razón, en la cual publicamos, en primer lugar, dos conferencias magistrales que sobre el *“Recurso de Amparo”* y la *“Interpretación Constitucional”* fueron dictadas respectivamente por los Magistrados españoles David Ordóñez Solís y Luis Ángel Garrido Bengochea, quienes junto a jueces dominicanos trabajaron el diseño de las capacitaciones que sobre estos temas han de implementarse en la ENJ.

Asimismo, en esta entrega presentamos dos artículos de notoria relevancia y actualidad jurídica, como son *“El Lavado de Activos Culposo o Imprudente y sus Implicaciones en el Sector Financiero”* de la autoría del abogado colombiano Doctor Juan Carlos Rodríguez Cárdenas, y *“La Etapa Intermedia”* de la autoría del Magistrado español Manuel Estrella.

Con estos aportes realizados por los expertos antes citados, se contribuye al enriquecimiento de la doctrina en temas de interés y actualidad jurídica, así como a fomentar el intercambio de conocimientos entre la judicatura dominicana y los integrantes de nuestra comunidad jurídica.



DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado del Tribunal Contencioso-Administrativo de España, Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo y Licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad de Bruselas; su carrera profesional la inició como asesor jurídico en asuntos europeos del Principado de Asturias y profesor asociado de Derecho Internacional y Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo.

Ha escrito numerosos estudios sobre el Derecho europeo, entre los que destacan las monografías siguientes: *La ejecución del Derecho comunitario europeo en España* (Civitas, Madrid, 1993); *Sindicatos, diálogo social y proceso de integración europea; Administraciones nacionales e integración europea* (CISS, Valencia, 1996); *Fondos estructurales europeos: régimen jurídico y gestión administrativa* (Marcial Pons, Madrid, 1997); *Diferencias de integración y cooperación reforzada en la Unión Europea* (Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1998); *El control financiero interno de los Fondos estructurales europeos en la España de las Autonomías; La contratación pública en la Unión Europea* (Aranzadi, Navarra, 2002); *Jueces, Derecho y Política. Los poderes del Juez en una sociedad democrática* (Aranzadi, Navarra, 2004).

En 2006 ha publicado dos nuevas monografías: *Administraciones, Ayudas de Estado y Fondos Europeos. El régimen comunitario europeo de las subvenciones otorgadas por las Administraciones españolas* (Bosch, Barcelona) y *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad (derechos sociales, medio ambiente y consumidores)* (julio de 2006, Comares, Granada).

EL RECURSO DE AMPARO

Resumen: *La conferencia “El Recurso de Amparo”, celebrada en el Auditorio de la Suprema Corte de Justicia el 6 de julio de 2006, giró en torno a cinco puntos básicos: i) El cambio de paradigma que se produce en la concepción del derecho y lo que esto supone para fortalecer y aumentar los poderes del juez, situación que se manifiesta en un momento de transición de lo que ha sido el juez legal propio del “día siguiente” de la revolución norteamericana o de la revolución francesa a finales del siglo XVIII, y que ha ocupado prácticamente todo el siglo XIX y las dos primeras, tres o incluso las cinco primeras décadas del siglo XX, hasta pasar a un juez constitucional; ii) El problema que implica la protección judicial de los derechos fundamentales, los mecanismos novedosos creados en la Europa de la Post Guerra para velar por esos derechos, y como los jueces deben hacerlo; iii) La naturaleza jurídica y el alcance de la protección de los derechos fundamentales, vistas las diferencias existentes entre los distintos derechos reconocidos, sean de primera, segunda o tercera categoría; iv) El significado de la protección judicial internacional, que supone un esfuerzo mayor a la mera protección interna judicial; y, v) Los problemas de cooperación y conflictos que se generan actualmente entre tribunales de mayor jerarquía, como son los tribunales constitucionales, los tribunales supremos de justicia e instancias supranacionales como el tribunal Europeo.*

Palabras claves: *Democracia, Derechos Fundamentales, Protección Judicial*

Muchas gracias, director de la Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana. Gracias a ustedes estoy aquí, gracias a su labor y a personas como la gerente Nora Rubirosa y demás personal que tan amable y cordialmente me han tratado durante esta semana. Quiero agradecer también a la Suprema Corte de Justicia, a sus magistrados, en particular al magistrado Víctor José Castellanos, a la coordinadora Doña Gloria Cecilia Cuello y a la docto-

ra Sigém Arbaje, que también han hecho posible mi presencia durante esta semana. Mi recuerdo especial y mi consideración debe ser al equipo de trabajo con el que he estado: los cuatro magistrados, empezando por Hermógenes Acosta, doña Pilar Jiménez, don Bernabel Moricete, doña Miguclina Ureña, el defensor público, que también ha participado en nuestro equipo, don Carlos Batista y las dos magníficas juristas que están al servicio de la Escue-

la Nacional doña Ellys Coronado y doña Mariloy Díaz. Mi presencia se debe a un proyecto que significativamente se titula Proyecto del Fortalecimiento del Poder Judicial. Mi pregunta es: ¿Quieren fortalecer aún más el Poder Judicial?. Si nos oyesen autores de los siglos XVIII y XIX ó del XVII como Locke o Montesquieu, empezaría a temblar y prohibirían, incluso, conferencias o actividades de esta naturaleza. Si tenemos en cuenta que en los dos últimos siglos se ha hecho una caracterización de lo que significan los distintos poderes del Estado. El siglo XIX se ha considerado como un siglo en el que el protagonismo ha sido indudablemente el de los parlamentos. En la primera mitad del siglo XX puede considerarse que el protagonismo correspondió a los ejecutivos y sin duda el protagonismo de la segunda mitad del siglo XX, por lo menos en Europa, y veo también en América, corresponde al Poder Judicial. Por tanto, es en cierto modo escandaloso, desde el punto de vista de Montesquieu o de Locke — estaría preocupado Locke — hablar de un fortalecimiento del Poder Judicial cuando lo que postulaban: Uno, que el juez fuera la mera boca que pronuncia la palabra de la ley y el otro, hablaba de la separación y el equilibrio de los poderes. El objeto de mi charla es muy simple: qué significa y qué alcance tiene la protección judicial de los derechos constitucionalmente reconocidos. Es algo que realmente es muy sencillo pero que tiene una carga de profundidad extraordinaria en todos los sistemas políticos contemporáneos. Mi intervención va a girar en torno a cinco puntos básicos con los que

espero no cansarles. El primero es lo que yo llamaría el cambio de paradigma que se produce en la concepción del derecho y lo que esto supone, en los últimos 50 años para fortalecer, aumentar los poderes del juez. El segundo punto pretende abordar el problema de la protección judicial de los derechos fundamentales: cómo los jueces deben de proteger los derechos fundamentales en democracias muy particulares y, además, en democracias que se producen en etapas de transición como veremos con los ejemplos de la experiencia europea. En tercer lugar, quería hablar de cuál es la naturaleza y el alcance de esta protección, ver cómo hay diferencias entre los distintos derechos reconocidos y los efectos que tiene esta naturaleza de derechos: derechos civiles y políticos que podrían ser derechos de primera categoría y otros derechos que podrían ser de segunda o de tercera categoría como son los derechos económicos, sociales y culturales pero que, desde el punto de vista de la protección judicial tiene una dimensión a la cual pretendo referirme. En cuarto lugar, también quería hablar lo que significa la protección judicial internacional que supone un refuerzo aún mayor de la mera protección judicial internacional.

Por último, quería hablar de los problemas que se plantean cuando se otorga un poder a un juez o a quien sea pero se le otorga también al que está al lado; los problemas de cooperación pero también de conflictos que se pueden dar entre tribunales supremos a los cuales se atribuyen poderes supremos que pretenden ser supremos en todos los sentidos,



Lic. Luis H. Molina y Dr. David Ordoñez Solís.

en el ámbito internacional o en el ámbito nacional como veremos o trataré de desarrollar. Este es el esquema de lo que voy a desarrollar.

Sobre la primera cuestión, ¿cuáles son las ideas básicas que quiero desarrollar?

Quiero hablar de la nueva concepción de los nuevos poderes que se otorgan al juez. Esto se produce en un momento de transición, de paso o de transformación de lo que ha sido el juez legal propio del día siguiente de la revolución norteamericana o de la revolución francesa a finales del siglo XVIII y que han ocupado prácticamente todo el siglo XIX y básicamente las dos primeras, tres o incluso las cinco primeras décadas del siglo XX de pasar de un juez legal a un juez constitucional. Por ejemplo, en España es muy significativo. La transi-

ción del juez legal al juez constitucional se produce en una fecha muy determinante y el ejemplo que les voy a poner es muy significativo. La constitución española democrática de 1978 pretende terminar con un régimen dictatorial instaurado después de un alzamiento, de una rebelión militar en 1936 de una sangrienta guerra civil y de una ominosa dictadura. Sin embargo, como todos los Estados, incluso los no democráticos, tienen su constitución, aquí se quería evitar el término constitución para referirse a lo que materialmente era una constitución y el régimen fue adoptando lo que denominó leyes fundamentales. Algunos de los artículos de estas leyes fundamentales recogían diversos aspectos. Por ejemplo, el artículo 9 de la Ley de Principios Generales del Movimiento de 1958, recogía el derecho de todos a acceder a la justicia. Lo mismo los artículos 29 y 30 de

la Ley Orgánica del Estado —franquista en este caso— de 1967, cuando ya el régimen estaba acabando, recoge también un derecho a la tutela judicial y a la tutela efectiva. Los jueces españoles nunca aplicaron e hicieron referencia a estas normas constitucionales. Sin embargo, en 1978 se aprueba una constitución democrática y se pone en marcha en 1981 un Tribunal Constitucional y ahora mismo —se lo contaba al equipo con el que participaba— el 98 por ciento de los recursos que llegan al tribunal constitucional se basa en el artículo 24 que consagra prácticamente con los mismos términos y con las mismas palabras el derecho a la tutela judicial efectiva. Qué ha pasado para que unos jueces en un régimen dictatorial, sin lugar a dudas, que continuaron y algunos de ellos continúan ejerciendo una función —dignamente, se ha dicho— de repente se vuelvan locos y comiencen a aplicar un artículo 24 de la constitución española y que, insisto, sirve para asustar a un juez si fuesen abogados y van a España, cuando un juez hable o deniegue una prueba o algo y digan: tutela judicial efectiva. Y entonces el juez se pone a temblar y dice: aquí qué pasa. Como decía un admirado profesor, Chaim Perelman: “En sociedades dictatoriales los jueces se apegan al tenor literal de las leyes. En las sociedades democráticas hay más libertad para los jueces, para ejercer su poder, pero también hay más

responsabilidad desde el punto de vista de las decisiones, requieren más legitimidad a la hora de adoptar las decisiones. ¿Cuáles son las causas de ese cambio, de esa transformación, del juez legal al juez constitucional? La primera y la fundamental es la supremacía de la constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico. En esto se produce una convergencia en todo el resto de Europa en la segunda mitad del siglo XX con lo que en un proceso lento que se había desarrollado ya con la Constitución Norteamericana de 1786. El problema que plantea es que hay países en Europa en los cuales la tradición parlamentaria y legalista es muy fuerte, como por ejemplo en Francia, en la cual la ley es la manifestación de la voluntad general. Difícilmente logran, desde el punto de vista judicial —antes había una sociedad democrática en Francia, pero ahora

***El juez es el protector
o el gerente de
la primacía de
la constitución
sobre el resto del
ordenamiento y la
aplicación efectiva de
esa constitución...***

con este cambio de paradigma a un juez constitucional— le cuesta trabajo adaptar los mecanismos judiciales o el poder del juez a esa perspectiva constitucional. O problemas en el Reino Unido cuya trayectoria en el respeto y el reconocimiento de los derechos fundamentales, nadie duda, pero que tienen problemas a la hora —ellos no tienen una constitución escrita— de reconocer jurisprudencias, por ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que aplica como verdaderos derechos constitucionales del derecho, por ejemplo,

que no haya malos tratos en las escuelas frente a una tradición de disciplinas británicas que les cuesta a ellos, incluso desde una perspectiva cultural, adaptarse. Han tenido que aprobar una ley, la Human Rights Act, en 1998 para convertir en ley lo que es un tratado internacional. Entonces esa ley de 1998 se sale y dice: el convenio europeo de Derechos Humanos del cual somos parte que hemos ratificado, pero también lo introducimos en nuestro ordenamiento como ley para que no haya duda de la supremacía del parlamento o la supremacía de la ley. Pero es que han tenido también otro problema y culturalmente desde un punto de vista jurídico-cultural, es algo muy difícil, ha significado un seísmo jurídico en el Reino Unido y es que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho que algunas normas, por ejemplo, que no se adoptan en el parlamento europeo, tienen que reconocerse como superiores incluso a leyes británicas. Eso es el acabose desde el punto de vista jurídico para una mentalidad como la británica. De hecho el tribunal de justicia de las comunidades europeas y de la Unión Europea (ahora), ha llegado a decir que si hay en una vía cautelar o de referimiento (como dicen aquí) una posibilidad de que una ley británica sea contraria a una norma europea el juez británico está apoderado de facultades para suspender la aplicación de una ley. Esto es un terremoto jurídico en la cultura de tradición parlamentaria del Reino Unido.

En Europa ha habido unas experiencias trágicas en el siglo XX que yo creo que por su crudeza no podrán volver a repetirse. Un examen histórico demues-

tra que las sociedades europeas después de la experiencia nazi, del fascismo, del comunismo o del franquismo (si quieren, por lo que vamos a ver ahora) se preocupan por una protección efectiva de los derechos fundamentales. Incluso crean mecanismos novedosos como son tribunales constitucionales a los cuales se les encomienda velar por esos derechos fundamentales y velar porque los jueces que en su día juraron fidelidad al nazismo, que juraron fidelidad al fascismo, que juraron fidelidad al franquismo o al comunismo sigan, si no es posible depurarlos, siendo fieles al nuevo régimen democrático de derechos fundamentales. Ejemplos, termina la segunda guerra mundial, termina el fascismo en Italia, termina el nazismo en Alemania y tanto Italia como Alemania pero sobre todo la República Federal de Alemania se dotan de una constitución - la más significativa es la Ley Fundamental de Bonn de 1949- crean sendos tribunales constitucionales con el fin de controlar al poder judicial que era sospechoso de haber colaborado y haber tenido connivencia con el régimen anterior. De hecho se producen "guerras", como titulan autores italianos la Guerra fra Corti, la guerra entre las cortes, no solo ideológicas que en un principio se produce, sino, como veremos en España, ya incluso luchan por ver quién protege más y mejor los derechos fundamentales - y sobre todo, quién adquiere la preeminencia dentro del ordenamiento italiano. En Alemania la situación había tocado tanto, tan bajo fondo, que no se plantea eso y la autoridad del tribunal constitucional se mantiene bastante incólume desde el principio. Pero el origen de

los tribunales constitucionales en esos años es para vigilar que los jueces apliquen los derechos fundamentales y se atribuye a ellos procedimientos específicos de control jurisdiccional de la aplicación de los derechos fundamentales, no como hacen aquí de los administradores de los poderes públicos pero sobre todo y en particular sobre los jueces. En los años 70 se produce afortunadamente, tardamos ya más tiempo, 25 años, una ola de democratización en Europa: la constitución portuguesa, en Grecia también y, sobre todo la que yo conozco, la Constitución Española de 1978. Una constitución que estaba preocupada entre otras cosas, por tres cuestiones fundamentales: una, derechos fundamentales (libertad); otra, la devolución de poderes a las regiones, en principio a Cataluña, el País Vasco y luego se generalizó y en tercer lugar, estaba preocupada por la integración y la asimilación y antiguamente, o como se decía anteriormente, la homologación por los sistemas democráticos europeos, por integrarse política y económicamente en Europa. En la constitución española una de las bases de esta preocupación de los Derechos Humanos es la creación de un tribunal constitucional que actúa para proteger dos de esos aspectos fundamentales: para proteger derechos fundamentales y para proteger que se haga una descentralización y se establece como árbitro federal del nuevo sistema autonómico. Ahí se establece un Recurso de Amparo. En España el término Recurso de Amparo se aplica única y exclusivamente al recurso especial de protección ante el tribunal constitucional y se

hace de una manera que a mí me parece que es muy importante señalar solo para determinados derechos, los derechos que se consideran más importantes y que topográficamente se sitúan en los artículos 14 a 30 de la Constitución. Por ejemplo, el derecho a la vida, el derecho al secreto de las telecomunicaciones, el derecho a la educación o el derecho al acceso al cargo público y a su ejercicio democráticamente de acuerdo con los criterios de capacidad, mérito e igualdad; pero no se incluye dentro de los derechos susceptibles de amparo otros que sin duda son importantes. De hecho en el siglo XIX en los regímenes liberales eran esenciales. No hay un derecho a la propiedad como derecho susceptible de amparo, si lo hay como digamos segunda categoría, segundo tipo de derechos importantes pero no tan importantes como el derecho de la libertad ideológica o de educación o de libertad sindical. Incluso hay una tercera categoría que no tiene el nombre de derecho, sino que se habla de principios, como por ejemplo: el principio de protección a la juventud, el principio de la protección de la tercera edad o del medio ambiente. De manera que hay una gradación en la categoría de los derechos que, además, están sometidos a un procedimiento especial solo esos derechos de primera categoría. Luego se lleva a cabo un proceso desaforado y afortunado, gracias a Dios, de ratificación por parte de todos los gobiernos españoles de cualquier signo, cualquier convenio internacional que se celebre en el mundo y en el resto del universo, ahí estaría España para ratificarlo: convenio contra la tortura, con-

venio europeo de derechos humanos. En todo lo que sea derechos humanos tiene una sensibilidad especial y Dios quiera que no la perclamos y que haya una cultura de los derechos humanos. Para resumirlos, los procedimientos de protección judicial de los derechos fundamentales en España que están recogidos en la Constitución tienen un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional solo respecto de 14 ó 15 derechos determinados. Por ejemplo, no al derecho a la propiedad, no respecto al principio del medio ambiente. Lo digo así porque luego voy a poner unos ejemplos sobre esta cuestión. Pero también ante los tribunales ordinarios en la medida en que el Recurso de Amparo puede ir al Tribunal Constitucional agotando previamente las vías constitucionales, se establece un recurso especial de protección de estos derechos fundamentales que en su caso podrán ser susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional. Entonces, es una vía específica ante cualquier juez, ante cualquier instancia y ante cualquier jurisdicción, pero solo para esos derechos. Si a mi juzgado viene alguien pidiéndome la protección especial del derecho de propiedad yo declararé inadmisibile el recurso porque no está entre los derechos susceptibles de amparo desde el punto de vista constitucional. La tercera vía es que cualquier juez en cualquier proceso sin ninguna especialidad tiene la posibilidad de invocar los derechos que son susceptibles de amparo, obviamente, pero también cualquier otro derecho o cualquier otro principio por la simple razón de estar recogido y consagrado por la Consti-

tución. El juez es el protector o el garante de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento y la aplicación efectiva de esa constitución.

Se produce en España un proceso de internacionalización de la protección judicial, que es lo que me interesa, de los derechos humanos. Quiero recordar aquí una frase que a mí me parece muy simple pero que explica un poco cuál es la función que desempeñamos los jueces. Es una frase de un juez norteamericano que seguro que sus excelentes profesores de la escuela y en la formación la han oído, pero que a mí me gusta particularmente porque explica muchas cosas. Decía el juez Jackson en un voto particular disidente en 1954 en la Corte Suprema Norteamericana: "Nosotros, los miembros del Tribunal Supremo Norteamericano, no somos los últimos porque seamos infalibles pero somos infalibles precisamente por el mero hecho de ser los últimos". La clave en la decisión judicial es quién decide lo último, quién es el que manda. Depende. Por ejemplo, en la jurisdicción en la que estoy yo, soy infalible mientras la cuantía no pase de 20 mil euros, el equivalente a 22 mil dólares. Si viene alguien y me pide algo debe esperar a que yo decida en eso. Si es más hay posibilidad de apelación, de casación, etc. En derechos fundamentales siempre cabrá, en el procedimiento especial, seguir a la instancia siguiente: en Instancia se invoca, en Apelación se invoca, en Casación se invoca y en último lugar llegaría al Tribunal Constitucional. Pero si cabe el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional les pregunto: Aquí, ¿quién



Público asistente

manda? Recuérdenlo para la última parte. Pero es que la internacionalización ha introducido la posibilidad de protección de una serie de derechos fundamentales por parte de tribunales que están por encima o que vienen después; por encima, nadie se atreve a decirlo pero vienen después. Si fuese el juez Jackson diría: "Son esos los superiores". Una reflexión: ¿Por qué los Estados Unidos no ratificarán nunca un convenio que establezca una corte como la Corte Penal Internacional?. Porque habrá alguien por encima del Tribunal Supremo, de la Corte Suprema, yo creo que es tan simple desde el punto de vista jurídico. ¿Qué se hace en Europa? En Europa estaban sensibilizados después de la Segunda Guerra Mundial y se crea la Corte Europea de los Derechos Humanos para proteger a Europa contra el fascismo y contra el comunismo. Antes, se

me había olvidado porque iba acelerado, la tercera ola democratizadora se produce con la caída del Muro de Berlín; los países de la Europa Central y Oriental acceden a la democracia y, obviamente, se dotan de constituciones democráticas y ustedes, ¿qué figura judicial creen que introducen? Pues evidentemente el Tribunal Constitucional. Todos, me parece, de los 20 ó 30 que surgieron de la Unión Soviética incluida la Federación Rusa también tienen su propio Tribunal Constitucional. Me pregunto para qué. Pues ustedes decidirán. Pues bien, se crea una Corte Europea de Derechos Humanos a la cual se le atribuye un poder para controlar un elenco de derechos fundamentales tradicionales: derechos civiles y políticos, la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, el derecho a la propiedad, etc.

Recuerden también este dato: derecho a la propiedad; en aquel entonces eran más liberales que lo españoles. La propiedad en el derecho a los españoles parecía que quedaba un poco apartado o que era de segunda categoría. Pero también se ha producido una atribución en Europa a una Unión Europea, a las comunidades europeas de competencias soberanas que afectan a los ciudadanos y que producen los efectos clásicos del derecho europeo, de su primacía sobre los derechos nacionales, de efecto directo del derecho europeo o de responsabilidad del Estado cuando no cumple el derecho europeo y aquí viene la crisis en el derecho británico que el tribunal de justicia de las comunidades europeas dice que un juez británico puede, está obligado y facultado a suspender la aplicación de una ley británica porque eventualmente puede ser contraria al derecho europeo. Pero es que si el juez europeo dice que la norma europea se opone a la ley británica, el juez británico ya tiene, no que suspender, sino que no podrá aplicar esa ley británica. ¡Crisis total para el sistema judicial británico! Una sentencia muy conocida, Coubler, supone de alguna manera el fin de la santidad de la cosa juzgada como algo intocable. Lo ha puesto en duda el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas cuando la sentencia de un juez o de un tribunal supremo, es este caso austriaco, sea manifiestamente contraria al derecho europeo y se podría revisar — dice el Tribunal de la Corte Europea, de las Comunidades Europeas— esa sentencia incluso y a pesar de la cosa juzgada. Pero aquí se produce en el ámbito euro-

peo un aspecto importantísimo y es que lo que primero surge como meros derechos económicos, por ejemplo, la libre circulación es una cuestión meramente por razones de liberalización de los factores de producción, que es lo que van a tener ustedes dentro de poco en esta zona de libre comercio. Pero se produce también en material, por ejemplo, de la no-discriminación salarial entre trabajadores y trabajadoras que se introducen en el Tratado de la CEE en 1957. No es porque los padres de la Unión Europea pensasen en la igualdad entre hombre y mujer que yo creo que esto es más reciente, incluso algunos no creen en ellos. Yo como juez creo en ellos. Se introdujo en el derecho europeo porque el no reconocer la igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras en todos países produciría distorsiones en el funcionamiento del mercado tal cual. Sin embargo, gracias a todos se ha producido una evolución en la cual ya no se reconoce solo como derecho económico, sino que un mero derecho económico se ha convertido en un derecho fundamental dentro de la Unión Europea. Ahora no es que se crea el problema que distorsiona la libre competencia entre las empresas, la falta de igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras en Francia, Alemania, Italia, etc. Por cierto, dumping social -aquí tenemos excelentes laboristas del derecho social- que se está produciendo en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio. Están preocupados por que los niños de Afganistán cosan los balones con que se juega en la Copa Mundial por una razón meramente económica. Pero bienvenida sea esa razón

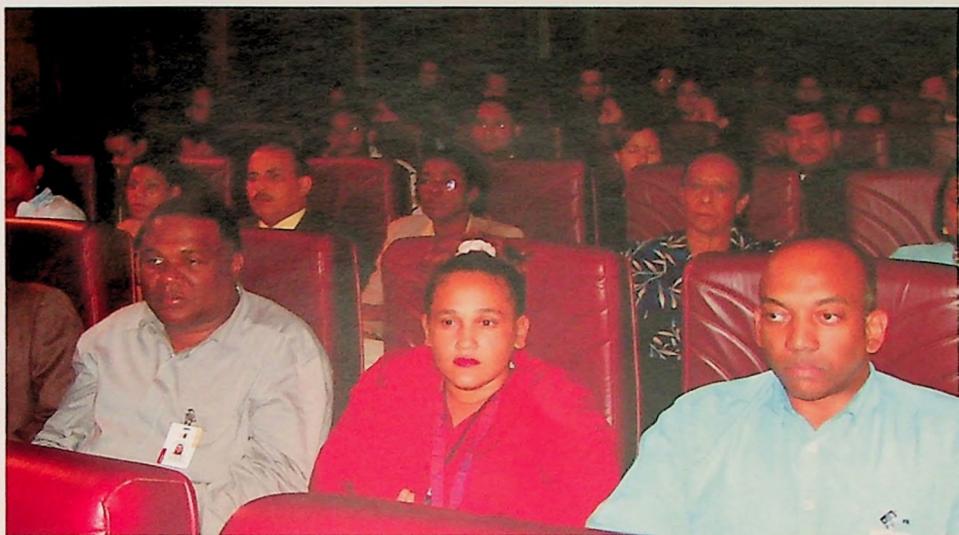
económica si al final podemos decir que los niños tienen derecho a no trabajar.

La cuarta cuestión, no se preocupen que ya voy terminando, es la transformación de los derechos fundamentales en Europa. Se ha producido de una manera gradual y eso es importante. No se han reconocido los derechos de golpe. Todos tenemos derecho a todos los derechos. Son reconocimientos que serían meramente retóricos. Se ha producido un gradualismo que es reconocible en el ámbito internacional: primero, derechos civiles y políticos; se ha pasado a derechos sociales; luego a derechos económicos y culturales. Se ve en los pactos internacionales de la ONU o también en el ámbito europeo. En el ámbito europeo hay dos tipos de convenios: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es el que consagra derechos civiles y políticos, los clásicos. Estos tienen un control jurisdiccional, la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, los derechos económicos, sociales y culturales son más difíciles de cumplir y no tienen un reconocimiento más que en la Carta Social Europea que no tienen mecanismos de protección judicial. Por tanto, el gradualismo es importante. De momento en Europa no hay un verdadero reconocimiento o una protección judicial efectiva de derechos económicos y sociales. Sin embargo, lo que se produce es algo que puede resultar paradójico, es la indivisibilidad de los derechos fundamentales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce derechos económicos pero ya bien pronto dijo que, por ejemplo: La señora Eily (irlandesa) quería divorciarse de su marido y no tenía dinero

y los litigios son muy caros y visitaba un abogado de oficio, no se lo concedían y recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo primero que tenían que haberle dicho es que se trataba de derechos económicos. Le dijeron: no, venga por acá que nosotros somos competentes y además usted por la vía del derecho a tener un juicio justo tiene derecho también a que se le nombre un abogado de oficio. Pero ha ido más allá el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, una señora (en este caso, española) estaba viviendo en una casa maravillosa en las afueras de una ciudad en España (Murcia) y de repente ve que el ayuntamiento autoriza o da licencia para establecer una empresa de peletería, de cuero, que produce un olor espantoso. La señora empieza a litigar, va a los tribunales españoles -esto ocurrió en el año 1994-, ella comienza a reclamar sobre los derechos del medio ambiente en las diferentes instancias de la justicia española y le niegan la petición. Pero no se cansó y acudió al Tribunal Europeo y le dicen: el derecho al medio ambiente no está reconocido, además es un derecho reciente, podría ser un derecho económico, pero hay aquí un derecho que reconoce el derecho a la vida privada y familiar -vamos a enfocarlo por ahí- y le dieron la razón y terminaron mandando al Tribunal Constitucional Español que vaya a estudiar y a sensibilizarse en los derechos fundamentales.

Por último, porque ya veo al director que me indica de una manera elegante que termine porque ya se acaba la siesta que les he concedido, ¿cuáles son los problemas que se producen en todo esto? Han visto que existen muchos tribunales



Aspirantes a defensores públicos en la Conferencia.

y todos ellos quieren ser supremos. El tribunal constitucional considera que es el supremo pero el supremo español considera que es el supremo además tiene ese adjetivo que dice supremo. Algún profesor malintencionado que hay en España dice: el único Tribunal Supremo que hay en España no se llama supremo. Pero con todo este sistema judicial de jueces europeos, ¿puede considerarse cualquier tribunal español, alemán o de otro país supremo? Pregúntenselo a Carolina de Mónaco, que le habían tomado unas fotos en un reservado que estaba con sus niños y el Tribunal Constitucional Alemán había examinado el asunto y llega al Tribunal Europeo, le dan la razón y le conceden el amparo. Se crea un problema en Alemania criticando a los jueces europeos por esta decisión. Pero la pregunta es ¿quién es el último, quién es infalible? Por ejem-

plo en España, hubo un que caso creó una crisis entre los Tribunales Constitucional y Supremo por los granos de una señora, pero esta señora era la señora Presley, antigua esposa de Julio Iglesias. Por lo visto al servicio doméstico se le fue la lengua y publicó en la prensa diciendo: “la señora Presley tiene granos en la cara”, porque le habían salido unos granos en la cara y esta señora pide amparo entre los tribunales españoles y no le conceden y sólo el Tribunal Constitucional le otorgó el amparo a la señora Presley. Ordena anular la sentencia del Tribunal Supremo ordenándole a este último que fije la cuantía de la indemnización. El Supremo lo recibe y fija una indemnización que a la demandante le parece irrisoria acudiendo nuevamente ante el Tribunal Constitucional fijando este una indemnización superior. El Tribunal Constitucional no sólo ampara sino

que decide. El Tribunal Supremo ya no puede decir nada pero aprovecha en otra sentencia de fotos indiscretas llamándole la atención al Constitucional, sobre la base de la jurisprudencia de Alemania y otros países, dejando entrever que los jueces de este tribunal no saben lo que hacen. El constitucional dice lo mismo. El caso es que hay un loco que tiene un problema con el Tribunal Constitucional en la selección de sus propios letrados y la verdad es que no lo hace transparentemente. Los letrados al servicio del Tribunal Constitucional son muy buenos letrados pero no han sido seleccionados a través de concursos públicos salvo muy escasas ocasiones, a pesar de lo que dice la propia ley del Tribunal Constitucional. Entonces, cuando alguien demanda al Tribunal Constitucional lo hace por la vía de los tribunales ordinarios cuando no es un problema constitucional sino de personas. El caso llega primero al Tribunal Supremo. Si este dice que no, va al Tribunal Constitucional el cual no lo admite por razones manifiestamente infundadas. Pero este loco, como muchos letrados locos consiguen que avance el derecho, obtiene otra providencia de no-admisión por manifiestamente infundada. Pero los jueces del Tribunal Constitucional ni siquiera miran el asunto y además, lo prueba el propio letrado y presenta una demanda civil contra los todos jueces, a título particular, del Tribunal Constitucional y aquí la sala de lo civil del Tribunal Supremo Español admite la demanda civil, conde-

na a 500 euros a todos y a cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional. Esto no acaba aquí. ¿Qué hacen los magistrados? Recurren a la sentencia del Supremo ante el Tribunal Constitucional. Está pendiente de sentencia porque, obviamente, como las cosas van muy lentas en el Tribunal Constitucional, suponen que podrá una sala formada por jueces que no se hayan visto involucrados, examinar la cuestión de si hay o no falta. Los propios magistrados del Tribunal Constitucional han pedido amparo ante el mismo. Probablemente no termine ahí.

Concluyendo, sólo tres matizaciones. La democracia es inherente, consustancial al respeto de los derechos humanos. Más democracia significa más protección de los derechos humanos. La democracia es una cultura y exige una política de defensa de los derechos humanos. Segundo, el gradualismo en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, es fundamental. No podemos reconocerlos a todos. Por ejemplo, no podemos reconocer el derecho de felicidad de todos porque nos encontraríamos con graves disgustos. Pero también tenemos que tomar en cuenta la indivisibilidad de esos derechos humanos. En todo caso y para terminar, la protección judicial exige la responsabilidad democrática en materia de derechos humanos de los que seamos los primeros y, sobre todo, de los que sean los últimos. Por lo tanto, el proyecto de fortalecimiento del Poder Judicial, señor director, debe ser un fortalecimiento en sus justos términos.

BIBLIOGRAFÍA

España [Leyes] *Ley de Principios Generales del Movimiento Nacional*. 1958

España [Leyes] *Ley Orgánica del Estado*. 1967

España [Leyes] *La Constitución Española*. 1978

Estados Unidos [Leyes] *La Constitución Norteamericana*. 1786

Convención Europea de Derechos Humanos [Leyes] *The Human Rights Act*. 1998

Alemania [Leyes] *Ley Fundamental de Bonn*. 1949

La Convención Americana de Derechos Humanos. 1969

PARA CITAR ESTA CONFERENCIA

SOLÍS, David. "El Recurso de Amparo". Conferencia sobre el Recurso de Amparo dictada el 6 de julio de 2006. Escuela Nacional de la Judicatura. En: *Revista Justicia y Razón* Escuela Nacional de la Judicatura. 3 (2): 4-17, mayo-julio 2006.



LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOCHEA

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Bilbao (Sala de lo Contencioso Administrativo), profesor en el Instituto Vasco de Administración Pública y en el ámbito de la cooperación internacional, ha realizado varias consultorías en El Salvador y en Bolivia. En cuanto a publicaciones, aparte de artículos, destacan dos libros: *Derechos y Libertades de los Extranjeros en España* y *El Mobbing en la Administración Pública*.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Resumen: *En la conferencia sobre “La Interpretación en la Teoría General del Derecho y la interpretación Constitucional”, el Magistrado Luis Ángel Garrido Bengoechea desarrolló, en primer lugar, “La interpretación constitucional en la Teoría del Derecho”, analizando el concepto de interpretación y las teorías lingüística, intencionalista y axiológica - que son los tres criterios actuales de interpretación defendidos por el Magistrado Garrido Bengoechea, así como las concepciones del derecho y los métodos de interpretación en el marco de la metodología jurídico-práctica.*

Igualmente, se disertó sobre la interpretación constitucional, vista desde las ópticas de la interpretación legislativa, la interpretación administrativa y la interpretación judicial.

Finalmente, llamó la atención sobre las leyes que tienen una naturaleza cuasi-constitucional, que conforman el denominado “bloque de constitucionalidad”.

Palabras claves: *Constitucionalidad, Derecho, Interpretación, Legalidad*

La Interpretación en La Teoría General del Derecho

A) Concepto de Interpretación

Una de las labores más trascendentes del jurista en general y de Juez en particular, resulta ser la correspondiente a la interpretación jurídica, lo que parte del a priori lógico de que las normas que configuran el ordenamiento jurídico no hablan por sí mismas, no son totalmente claras y precisas lo que exige la labor del intérprete. En consecuencia, la interpretación es la actividad que explica, aclara y precisa el mensaje contenido en las normas jurídicas.

En el Derecho escrito, que es al que me voy a referir en mi intervención, la interpretación no sólo es establecer el sentido de los textos legales sino que también, más acabadamente, incluye la determinación exacta y concreta de cuál sea la consecuencia jurídica de una determinada conducta o de unos determinados hechos, labor que, fundamentalmente, corresponderá al Juez.

B) Teorías sobre La Interpretación

Siguiendo en este punto al profesor García Amado, haremos referencia a las concepciones lingüísticas, intencionalista y axiológica o material.



Público asistente: Dr. César Pina Toribio

Lingüística

En esta teoría, la realidad de las normas jurídicas coincide con sus enunciados lingüísticos. El derecho son, por tanto, palabras y en las palabras agota totalmente su ser. Para esta teoría, la interpretación consiste exclusivamente en el establecimiento del significado sintáctico y semántico de las normas jurídicas.

Intencionalista

Para esta teoría, el texto legal es solamente el vehículo de las intenciones del legislador.

El texto de la norma es el punto de partida pero no sólo ha de conocerse su significado y aclararlo sino que de lo que se trata es de determinar lo que el legislador quiso decir con dicho texto.

Dentro de esta teoría se incluye la denominada teoría subjetiva de la inter-

pretación. En los Estados Unidos se hizo referencia a las tesis del denominado “originalismo”, que es la postura de los que sostienen que la interpretación de la Constitución norteamericana ha de circunscribirse a lo que quisieron sus “padres”.

En Europa, en el siglo XIX, se aludió al “legislador racional”, llegándose a tener una confianza casi ciega en el mismo y, de ahí, que el criterio de interpretación subjetiva fuera prácticamente la única pauta de interpretación, por ejemplo, del Código de Napoleón, que era lo que proponía la escuela de la exégesis en Francia.

Este criterio de interpretación del derecho ha sido propio de regímenes totalitarios pero no debe desconocerse que también en regímenes constitucionales y democráticos la legitimación del legislador, por su origen democrático, le hace acreedor de que sea su voluntad la que haya de guiar la atribución de sentido a las normas jurídicas.

Uno de los principales problemas que plantea esta teoría interpretativa viene representado por el hecho de que el legislador no es unipersonal sino colectivo y más si en el correspondiente Parlamento existe una gran división. Por otro lado, cuando se trata de normas no contemporáneas, para conocer la voluntad del legislador, ha de aplicarse una interpretación histórica. Así, por ejemplo, cuando algunas normas hablan de “escándalo público”, no tienen el mismo sentido en el siglo XIX que en el siglo XXI.

Axiológica o Material

Entienden estas doctrinas que las normas jurídicas poseen un ser axiológico, valorativo, siendo la sustancia última del derecho un sistema de valores. El sentido de las normas jurídicas que ha de aclararse con la interpretación tiene un contenido valorativo objetivo.

En consecuencia, la interpretación ha de partir de las palabras de los enunciados legales pero debe concretar el alcance del valor que a través del enunciado trata de expresarse. Esos valores son los que dan sentido al acto legislativo y, sin tenerlos en cuenta, la interpretación será incorrecta o incluso, falsa.

Aquí incluiremos la llamada jurisprudencia de intereses que asume que, aunque toda norma está al servicio de un fin, se concreta siempre en dar solución a un conflicto de intereses. Se trataría de poner fin a un conflicto de intereses sociales contrapuestos. En realidad, el legislador opta por uno de esos intereses, haciéndolo prevalecer.

Se pasa posteriormente a la denominada jurisprudencia de valoraciones que entiende que toda norma responde a un fin que es siempre dirimir un conflicto de intereses, estableciendo una preferencia entre ellos. Sin embargo, esta preferencia no sería aleatoria sino que se lleva a cabo mediante un sistema de valores que da sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto y que también trasciende a la voluntad del concreto autor de cada norma. Se trata de valores que se articulan en un sistema jurídico, dándole sentido y representando su razón de ser (justicia, protección de la vida y de la integridad física, etc.). El problema se da en conocer dónde se encuentran y cómo pueden conocerse estos valores. Para ello, esta tesis acude al jusnaturalismo. Ahora bien, esto sigue planteando el problema de quién, cómo y en virtud de qué potestad fija tales valores.

C) Teorías sobre la Interpretación y Concepciones del Derecho

Las concepciones del derecho a las que me referiré a continuación parten de las teorías de la interpretación antes expuestas.

Comenzaré por la concepción que me parece correcta y que es la lingüística. Para esta concepción, el contenido normativo del derecho legislado es el de sus propias palabras y no el de la autoridad que lo dicta ni el posible valor que exprese.

Las palabras de la ley tienen un significado por sí mismas, siendo tales sig-

nificados el objeto de la interpretación. Se sale al paso, con ello, de teorías jurídicas muy actuales que pretenden que las palabras de la ley nada significan y que la interpretación es completamente libre y no atada a ningún dato previo.

Sin embargo, lo que aquí se defiende es que los términos legales poseen un significado que puede ser más o menos indeterminado pero que nunca es absolutamente indeterminado o abierto. Será el uso social el que marque cuál sea el significado, tomado en el contexto del correspondiente enunciado.

Se ha de tratar, en cualquier caso, de un uso social muy generalizado de forma tal que no pueda confundir con luchas partidistas o ideológicas que pretendan imponer una interpretación o dar un significado concreto a las palabras que conforman una norma jurídica desde concepciones no asumidas muy mayoritariamente en el ámbito social.

En cualquier caso, la interpretación siempre será necesaria puesto que las normas tienen un nivel de indeterminación, mayor incluso en las normas constitucionales, lo que posibilita la adaptación, por vía interpretativa, a las nuevas situaciones, necesidades y cambios en los usos sociales, evitando su desfase, lo que solventa uno de los mayores problemas de las teorías voluntaristas pues el significado de las normas se habría petrificado en la voluntad de sus autores en el momento de su promulgación. Asimismo, esta con-

cepción tiene la ventaja de ser, bien que dentro de unos límites, la que más respeta el principio de seguridad jurídica.

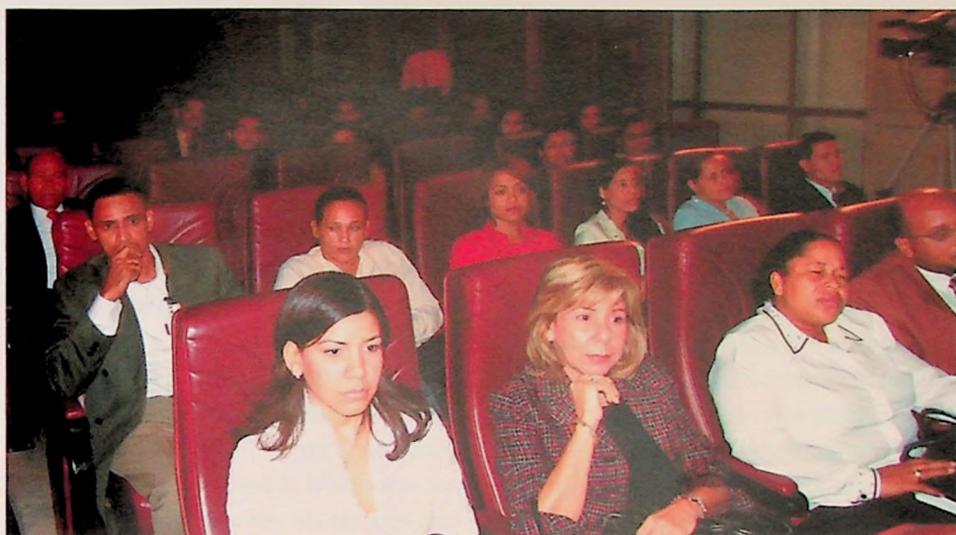
En este sentido, García Amado pone un ejemplo sacado de la Constitución española de 1978 que ilustra con claridad esta cuestión. En concreto, se trata del art. 39 que establece que “ los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia “. Obviamente, qué se entienda por familia será lo determinante en la interpretación.

En este momento, existe un amplísimo consenso social en España en cuanto a entender que familia incluye a hijos habidos fuera del matrimonio, a los que se reconocen los mismos derechos que a los matrimoniales, y que incluye también a parejas de hecho heterosexuales a las que, primero por vía interpretativa juris-

prudencial, y después en el ámbito legislativo, se les han reconocido elementos de protección social (pensiones de viudedad, determinados beneficios fiscales, acceso a viviendas protegidas, etc.).

No obstante se está planteando el problema con las uniones de hecho homosexuales (el matrimonio ya está legalmente reconocido) pues existe división social sobre si debe otorgárseles o no la misma protección que a las uniones de hecho heterosexuales. Con este panorama, no puede afirmarse por vía interpretativa que las uniones de hecho homosexuales hayan de tener tal protección

*La interpretación,
de la actividad
que explica clara
y precisamente el
contenido en las
normas jurídicas.*



Público asistente.

derivada de la propia Constitución al no existir consenso social sobre que se trate de uniones que representen una familia pero también es cierto que no podría tacharse de inconstitucional una ley que les reconociese dicha protección.

Si acudimos a la concepción material o axiológica, el elemento valorativo se dirige a aprehender los contenidos morales necesarios en las normas jurídicas.

Para la concepción voluntarista se trata de sopesar cuáles sean los propósitos normativos del legislador. Ambas tienen los inconvenientes que he apuntado con anterioridad.

Siguiendo la tesis que aquí se defiende se entiende que el Juez tiene que poner en relación los significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho.

Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre el significado del texto

y el sentido del derecho en cuyo caso el texto habrá acertado al plasmar en palabras su sentido y contenido.

También puede ocurrir que exista discordancia entre significado y sentido debiendo decidir el Juez desde el sentido del derecho.

D) Métodos Interpretativos

Los métodos de interpretación son un componente central de la metodología jurídico-práctica. En lo básico se reconducen a los métodos llamados literal o gramatical, sistemático, subjetivo y teleológico. Se trata de métodos de sobra conocidos en la Teoría General del Derecho y en los que no se trata de ahondar en este momento.

Ahora bien, en la cultura jurídica actual, lo que sí se diferencia con claridad es entre criterios interpretativos

admisibles y no admisibles o inadmisibles. Así si un Juez utiliza como criterio de interpretación el gramatical, atiende a lo que quiso el legislador o a la finalidad de la norma, no se podrá decir que se atiende a criterios no válidos pero si lo que invoca son criterios estrictamente teológicos, como se utilizan en países islámicos, en la cultura occidental se entenderían inadmisibles pues algunas interpretaciones serían contrarias a la libertad religiosa.

Cada método interpretativo admitido generalmente lo está en razón de su sustrato valorativo, al estimarse que se trata de métodos que sirven a los valores básicos que justifican el derecho y su práctica. No serviría, por tanto, un método interpretativo teológico, siguiendo el ejemplo anterior, porque serviría a valores que no se consideran propios del ordenamiento jurídico sino personales de cada individuo.

Cualquiera de las concepciones a las que antes he aludido resulta admisible en el ámbito de la interpretación jurídica. Lo que, realmente, varía de una a otra es el orden de preferencia que se establezca entre los métodos interpretativos. Se ha de determinar si existe un orden de prelación entre los distintos métodos o si están todos al mismo nivel. Ello deriva del hecho de que un mismo enunciado legal puede recibir distinto sentido según cuál sea el criterio de interpretación que se tome en cuenta.

En la concepción voluntarista tendrá preferencia el método de interpretación subjetiva, bien sea subjetivo-semántica, en la que se estará en la interpretación a lo que el legislador pretendió significar

al emplear los términos legales o bien sea la subjetivo-teleológica, en la que se ha de priorizar el fin específico al que el legislador quiso que la norma sirviese.

En la concepción axiológica o material, el método será el de conocimiento de valores, de qué sea lo correcto o lo justo, partiendo de un orden de valores que habrá de ser conocido, al menos, con un mínimo de certeza.

Esta concepción ha reaparecido en la corriente doctrinal que se suele denominar como "constitucionalismo", por oposición al positivismo. Se trata de una especie de veneración a los valores constitucionales, estando el Juez sometido a la ley pero, en mayor medida, a la Constitución.

Para la concepción lingüística es preferente el método literal, señalándose que los significados que en la interpretación se asigna a los términos legales vienen delimitados por el uso, pudiéndosele otorgar cualquiera de los significados que encajen en los márgenes de permisividad con arreglo al uso pero no uno que vaya más lejos de ese límite. Así, si para conducir un automóvil se exige que una persona miope utilice gafas, en el término usual de acuerdo con el contexto, cabría incluir a las lentillas, aunque no sean estrictamente gafas, pero no cabría incluir gafas de buceo o gafas de soldador.

Puede afirmarse que es la concepción lingüística la que exige un sistema democrático al ser la que, en mayor medida, elimina la arbitrariedad.

También es esta concepción lingüística la adecuada para la interpretación constitucional pues la interpre-

tación de la Constitución no supone diferencias cualitativas respecto de la interpretación ordinaria. En definitiva, la Constitución no deja de ser un conjunto de enunciados lingüísticos que se recogen en un texto.

Para la concepción voluntarista, la Constitución representa la expresión de una suprema voluntad, individual o colectiva.

Para la concepción material, la Constitución es un orden objetivo de valores.

La Interpretación Constitucional

A) Planteamiento

Aún cuando defiendo que los tres criterios actuales de interpretación son los que he señalado hasta este momento, procederé a dar un repaso a los criterios de interpretación que habitualmente son recogidos en los manuales al uso, aunque de forma muy sintética para pasar inmediatamente a analizar problemas prácticos de la interpretación constitucional en los ámbitos administrativo y judicial así como de las leyes que integran el denominado "bloque de la constitucionalidad".

B) Interpretación Legislativa

Concepción Tradicional

Durante mucho tiempo fueron los órganos legislativos quienes ostentaron el monopolio de la actividad interpretativa, llegándose a prohibir que lo hiciesen los

jueces, originándose lo que se denominó la figura del juez-autómata.

Sin llegar a estos extremos, en la actualidad, y no sólo para las tesis que hemos denominado como intencionalistas, se reconoce una interpretación legislativa, realizada por el propio legislador mediante una ley interpretativa, lo que generalmente se denomina interpretación auténtica.

Aun cuando se suele entender que esta interpretación conduce a soluciones más exactas, lo cierto es que ha de tenerse en cuenta que el cuerpo legislativo es cambiante y el dictado de leyes está sometido a circunstancias políticas y sociales, llegando a exigir, en muchos casos, interpretación de las leyes interpretativas.

Interpretación Legislativa de Carácter Implícito

Se trata de la interpretación que realizan, implícitamente, los órganos que participan en el procedimiento de creación legislativa constitucionalmente establecido.

Interpretación Legislativa Constitucional Auténtica

Genéricamente, se puede considerar como auténtica toda interpretación que provenga del mismo autor del precepto, generándose los problemas antes apuntados.

C) Interpretación Administrativa

Se trata de la interpretación que realizan los órganos del Poder Ejecutivo cuando aplican las normas jurídicas en su actividad.

Actos de Gobierno y Actos Administrativos

La idea tradicional de los actos de gobierno los configura como actos que excluyen la idea de disposiciones legislativas a las que hayan de sujetarse. Se trataría de la función que corresponde al Poder Ejecutivo, en su carácter de órgano político, de dar impulso a la actividad del Estado y mantener una determinada relación con los otros poderes.

Ni siquiera en las concepciones más actuales se llega a considerar que, en cuanto al fondo de las decisiones que se adoptan como actos políticos o de gobierno puedan sujetarse a control jurisdiccional pero lo que sí resulta posible es su control formal.

En este sentido, la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* española, en su art. 2 señala que el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá, entre otras, de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes en relación con los actos de gobierno, cualquiera que fuese su naturaleza.

Ello hace que aun sin entrar en el análisis de la decisión de fondo adoptada con el acto político, el Poder Judicial habrá de verificar que no afecte a derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y que sean susceptibles de recurso de amparo y que se hayan cumplido todos los elementos reglados para la adopción de dicho acto (trámites obligatorios, competencia del órgano que la adopta, quórum exigible, informes preceptivos, etc.). De apreciarse alguna irregularidad

al respecto, el acto, aun teniendo naturaleza política, habría de ser anulado.

Asimismo, aun cuando no se apreciase alguna de estas irregularidades, con lo que el acto no se anularía, cabe que los órganos del Poder Judicial fijen las indemnizaciones que pudieran proceder por los perjuicios que, en su caso, cause la ejecución del acto de gobierno o político.

Se trata, por tanto, de un mecanismo de control limitado pero no de una ausencia total de control.

Por el contrario, los actos administrativos se encuentran subordinados al orden jurídico en el que se hallan insertos. Es decir, se encuentran plenamente sometidos al principio de legalidad, cuestión que se analizará a continuación.

El Principio de Legalidad

Este principio implica la sujeción de los actos administrativos al orden jurídico.

Para cumplir con el principio de legalidad, los órganos que integran el Poder Ejecutivo deben interpretar en su actuación las normas jurídicas e, indirectamente, la Constitución, adecuando su actuación a las mismas pero realizando una primera interpretación práctica al respecto sin perjuicio de su ulterior control e interpretación por los Tribunales.

En el caso de los actos administrativos, el control que efectúan los órganos del Poder Judicial es pleno y completo verificando que se hayan respetado tanto las leyes como la propia Constitución y ello incluye los aspectos formales o procedimentales como los relativos al fondo de la decisión adoptada.

D) La Interpretación Judicial

Es la interpretación que corresponde a los órganos del Poder Judicial. Habitualmente, lo que se efectúa es una interpretación de la legalidad ordinaria siendo el criterio interpretativo de la jurisprudencia el que acaba fijando la correcta interpretación en estos casos, salvo que se llegase a promulgar alguna ley de carácter interpretativo por el Poder Legislativo.

En la esfera de la interpretación constitucional, la que realizan los órganos competentes para ello llegará a ser la interpretación definitiva. Así, en los países que han adoptado el modelo de control difuso de constitucionalidad, la interpretación definitiva la realizan los órganos jurisdiccionales superiores; en los países que poseen Tribunales Constitucionales, serán éstos los que emitan la interpretación definitiva.

Preeminencia de la Interpretación Judicial Constitucional

En relación con la interpretación constitucional administrativa, la interpretación constitucional judicial ha de considerarse como definitiva al no verse sometida a ningún otro control.

De hecho, en la actualidad, se ha reconocido que los Jueces son los intérpretes definitivos de la Constitución, señalando Hughes que "La Constitución es lo que los Jueces dicen que es".

Interpretación Doctrinal

Se trata de la interpretación que realizan los juristas que carece de obligato-

riedad formal pero tiene importancia por el prestigio o por la calidad de sus autores.

El papel de la doctrina ha sido fundamental en la evolución de la interpretación constitucional, sobre todo, en la sistematización de sus preceptos, bien sea para interpretar las normas constitucionales o bien para señalar sus reglas de aplicación.

E) Interpretación de los Derechos Fundamentales

Tras la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial, muchos países han optado por ampliar el ámbito de reconocimiento de los derechos fundamentales, diseñando especiales sistemas jurisdiccionales para su protección.

Cara a la interpretación y protección de los derechos fundamentales se suele recurrir a los preceptos contenidos en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En cualquier caso, no debe dejarse de lado la que hemos venido denominando interpretación lingüística sin que haya de acudir a interpretaciones axiológicas partiendo de la definición de los derechos fundamentales a modo de una nueva religión y lo que, en cualquier caso, resulta deseable es que en los procesos en los que esté en juego una posible vulneración de algún derecho fundamental, una vez verificada la posible existencia de tal vulneración, se produzca, de manera efectiva, una inversión de la carga de la prueba.



Interpretación del Bloque de Constitucionalidad

A) Planteamiento

En este momento, procederé a llamar la atención sobre el hecho de que algunas leyes tienen una naturaleza cuasi-constitucional, denominándose como leyes que conforman el denominado "bloque de constitucionalidad".

Generalmente, cuando afectan a derechos fundamentales, no suelen ser problemáticas pues es muy claro el supuesto en el que se limitan o reducen los ámbitos de tales derechos. Sin embargo, en supuestos tales como la organización territorial del Estado y, sobre todo, en la configuración del Poder Judicial, existe la tentación de efectuar verdaderas reformas constitucionales encubiertas a través del contenido de estas leyes que conforman el bloque de constitucionalidad sin respetar los habitualmente rígidos procedimientos de reforma constitucional, circunstancias que tiene que tener muy en cuenta el intérprete para tratar de evitar que se produzcan verdaderos fraudes de ley o, en este caso, fraudes a la Constitución y a sus procedimientos de reforma.

B) Análisis De Supuestos

En la Configuración Territorial del Estado

Estamos asistiendo en Europa a dos fenómenos contrapuestos que se comienzan a producir en España y en Alemania.

En España, se trata por el Legislativo y por el Ejecutivo de ampliar la configuración territorial del Estado de un modelo autonómico a un modelo cuasi federal, haciéndolo sin proceder a reformar la Constitución, que al respecto posee un rígido mecanismo, sino haciéndolo a través de reformas de los Estatutos de Autonomía que tienen un mecanismo mucho más simple de modificación.

En el caso alemán de lo que se trata es de llegar a una organización del Estado más centralista pero sin llegar a reformar en profundidad la Constitución.

En estos casos, el intérprete ha de estar atento para determinar si tales reformas exceden o no de los límites constitucionales.

En la Configuración del Poder Judicial

A través de la historia ha venido habiendo intentos de control del Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo, bien fuera burdamente como ocurre en los regímenes dictatoriales o bien de forma más sutil en regímenes democráticos.

En éstos, las Constituciones definen adecuadamente, en general, los rasgos esenciales del Poder Judicial con inamovilidad, independencia, unidad, etc.

Ahora bien, es a través de las leyes de organización judicial como algunos de estos principios pueden desnaturalizarse. Así, en cuanto al acceso a la carrera judicial, retribuciones, condiciones de trabajo, modo de ascenso a órganos superiores.

BIBLIOGRAFÍA

ERNENGO, Roberto J. "Interpretación del Derecho", En: El derecho y la Justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía T. 11, Madrid : Trotta, 1996. p.239- 259.

MORESO, Juan. **La Indeterminación Del Derecho Y La Interpretación De La Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1997. 147p.

DE LORA, Pablo. **La Interpretación Originalista De La Constitución**. Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998

SCHAUER, Frederick. *Formalism*. *Yale Law Journal* (97). 509-512 1988

PELLER, Gary. *The Methaphysics of American Law*. *California Law Review*. (73) 1985. 1151-1290

GARCÍA, Juan A. Retórica, Argumentación y Derecho. **Isegoríada: Revista De Filosofía Moral Y Política**, (21).1999, p.137-147

PRIETO, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Fontamara, 1997.

PARA CITAR ESTA CONFERENCIA

GARRIDO, LUIS A. "LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL". CONFERENCIA SOBRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DICTADA EL 3 DE AGOSTO DE 2006. EN: *REVISTA JUSTICIA Y RAZÓN*, ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. 3 (2): 18-29, MAYO-JULIO 2006.



JUAN PABLO RODRIGUEZ CARDENAS

JUANPABLO.RODRIGUEZCARDENAS@GMAIL.COM

Abogado Penalista de la Universidad Externado de Colombia, y Especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, actualmente es Especialista en Prevención y Control del Blanqueo de Capitales de la Fundación Universidad de Salamanca (España).

Su Experiencia general se desarrolla en el área de la investigación criminal y recopilación de pruebas, ha trabajado desde 2001 con más de 500 procesos penales como Abogado Penalista de EPM. Bogotá, una empresa de servicios públicos que presta el servicio de telefonía local.

Luego a partir del 2003, se desempeñó como Abogado Penalista del Banco Comercial AV Villas S.A., Banco Colpatria S.A. y Fiduciaria Colpatria S.A. a cargo de los procesos penales y de la capacitación, asesoría y consultoría en prevención y control de lavado de activos.

Actualmente, trabaja como capacitador a nivel local e internacional (Instituto Bancario Internacional de Panamá, Skol & Serna y Felaban/Caf en Ecuador, el Sector Financiero en Perú y la Superintendencia de Banca y Seguros, Colegio Universitario de Contadores Públicos de Honduras y la Asociación Latinoamericana de Investigadores de Fraudes y Crímenes Financieros ALIFC en República Dominicana) en los sectores bancario, fiduciario, bursátil, asegurador y cooperativo en prevención y control de lavado de activos, auditoría forense, gobierno corporativo, corrupción administrativa, sistema acusatorio y fraude corporativo.

Ha publicado varios artículos entre ellos:

"Los delitos de enfermedades contagiosas en el Nuevo Código Penal", en las Memorias de las XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, 2001.

"USA Patriot Act o Ley Patriótica: Una norma que va más allá de las fronteras de los Estados Unidos" en *"Auditoría forense en la investigación criminal de lavado de dinero y activos"*, 2004.

"El manejo de la prueba en términos de auditoría forense para casos de lavado de activos" en *"Auditoría forense en la investigación criminal de lavado de dinero y activos"*, 2004.

EL LAVADO DE ACTIVOS

Resumen: *En este artículo el autor trata sobre uno de los delitos que ha adquirido mayor trascendencia a nivel mundial, como lo es el lavado de activos, cuya práctica, consistente en ocultar dineros de procedencia ilegal en moneda nacional o extranjera con los subsiguientes actos de colocación, diversificación e integración de los mismos, está siendo alimentada por fenómenos como la globalización, el desarrollo de la tecnología y del internet.*

En primera instancia se hace una presentación panorámica de este delito, sus pasos, métodos utilizados para el lavado de activos – los cuales evolucionan a una velocidad superior a la de la normativa que pretende controlarlos y prevenirlos - y su regulación a nivel mundial, para luego verificar la incidencia que pudiera llegar a tener en el sector financiero.

Palabras claves: *Moneda, Blanqueo, Legislación, Finanzas.*

No cabe duda que uno de los delitos que ha adquirido mayor trascendencia a escala mundial es el lavado de activos, situación ésta que se ha visto alimentada por fenómenos como la globalización, el desarrollo de la tecnología y del internet. En ese sentido, debe decirse de entrada que se trata de una conducta reprochable que tiene innegables implicaciones en el sector financiero, las cuales vamos a poner presente aquí en términos de una regulación de lavado de activos culposo o imprudente.

Para arribar a una postura coherente sobre la materia, en primera instancia haremos una presentación panorámica sobre el delito, sus pasos, métodos y su

regulación a escala para luego verificar la incidencia que pudiera llegar a tener en el sector financiero.

Lavado de activos, lavado de dinero y blanqueo de capitales son las diferentes acepciones que tiene este delito, lo que nos obliga a precisar su significado, sin que esto se ponga en contravía con otros conceptos autorizados que se hayan emitido al respecto. Por consiguiente, el lavado de activos hace referencia al ocultamiento y demás conductas de legalización de dinero proveniente del narcotráfico; por su parte, el lavado de dinero tiene que ver con el mismo propósito, pero referido a todas las conductas ilícitas de las que proviene el

dinero distintas al narcotráfico, tales como el terrorismo, el tráfico de armas, la trata de blancas, la extorsión, etc; y se entiende por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de actividades delictivas para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las genere se desarrollen en el territorio de otro Estado. Sea que se acojan todas o una de las tres acepciones que hemos presentado, debe decirse que su denominación también depende del nomen iuris con el que se tipifique en la normatividad respectiva, con lo que para efectos del presente escrito hablaremos indistintamente de lavado de activos.

En cualquiera de los tres casos es claro que puede llegarse a una definición general de este delito, según la cual se trata del proceso por medio del que se ocultan los dineros de procedencia ilegal en moneda nacional o extranjera con los subsiguientes actos de colocación, diversificación e integración con los cuales completan el proceso de lavado.

Para el caso de la colocación, también denominada ubicación, el lavador del dinero ingresa sus fondos ilegales en el sistema financiero, a través de instituciones financieras, casinos, casas de cambio, negocios de servicios monetarios (NSM) y otros, tanto en su lugar de origen como en el exterior, pero siempre con la finalidad

que se encuentren o confluyan dentro de las operaciones financieras de una institución bancaria. Una vez agotada esta etapa, se llega a la diversificación, disimulación o estrauficación, la cual supone que el lavador con el dinero producto de las actividades ilícitas que ya se encuentra en el torrente financiero realiza complejas transacciones con el fin de borrar el rastro, la fuente y la titularidad de dichos fondos. La materialización de esta etapa se puede lograr a través de transferencias cablegráficas de efectivo de una cuenta o otra, la conversión de dinero en instrumentos monetarios como cheques, certificados de depósito entre otros, por intermedio de inversiones inmobiliarias y la constitución de negocios legítimos. Por último, se encuentra la integración o mezcla, en la que el lavador ubica nuevamente los fondos lavados en la economía para generar la apariencia de legalidad de los mismos.

Con todo, tenemos que se trata de un proceso cíclico que persigue el ocultamiento de los dineros ilegítimos, su respectiva inversión y la constitución de una buena coartada para escapar de la acción de las autoridades judiciales, los auditores contables y los controles institucionales; todo esto sirviéndose del sistema financiero y partiendo de la premisa según la cual, el mejor lugar para ocultar y legalizar el dinero proveniente de actividades ilícitas son las instituciones financieras porque es allí donde hay más dinero del cual se presume su legítima procedencia.

En ese orden de ideas, nos corresponde ahora hacer mención a los métodos utilizados para el lavado de activos, advirtiendo que la nuestra será una simple

enumeración y teniendo en cuenta que los mismos evolucionan a una velocidad superior a la de la normatividad que pretende controlarlos y prevenirlos. Ellos son, los bancos y las instituciones de depósito tanto públicas como privadas, las casas de cambio, los NSM, las compañías de seguro, los corredores de valores, los negocios y profesiones no financieras, los casinos, los agentes inmobiliarios, los vendedores de objetos de valor, las sociedades fachada, el e-cash, los fideicomisos, el mercado del oro, los metales y las piedras preciosas, la sobrefacturación, la importación y exportación ficticia, el financiamiento o suscripción de títulos para urbanizaciones, la inversión extranjera, las ONG, la utilización de cuentas inactivas, las agencias de viaje, los juegos de suerte y azar, las mulas de dólares, las operaciones stand by, la compra de contratos en licitaciones estatales, y el contrabando, entre otros.

Es así como se hizo urgente para la comunidad internacional ocuparse del lavado de activos, elevándolo a la categoría de delito y estableciendo infinidad de controles y políticas para prevenirlo. Así las cosas, el proceso de regulación y normativización del lavado de activos data desde la Convención de Viena sobre el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas de 1988, para pasar a instrumentos jurídicos como la Declaración de Basilea del mismo año sobre la Prevención del Uso Delictivo del Sistema Bancario con el propósito de Lavar Dinero, que fue suscrita por el grupo de los once a través de los representantes de los Bancos Centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos y Luxemburgo; el Grupo de Acción Financie-

ra Internacional (GAFI) o Financial Action Task Force (FATF) que se constituyó en París en la Cumbre Económica de 1989 con la participación del grupo de los siete (G-7) conformado por Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá; la Comisión de la Comunidad Europea de 1991; la Organización de Estados Americanos (OEA) que en 1992 adoptó las recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (CICAD); el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAIFC); el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD); el Grupo Antilavado de Dinero de la Región Asia/Pacífico; la Convención Centroamericana para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de 1997 constituida como producto de la Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal y Extradición por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá; el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID) de 1998; el Grupo Egmont; hasta llegar al Grupo Wolfsberg. Siendo un poco más específicos al respecto, vamos a hacer una pequeña referencia sobre la normatividad internacional.

Para el caso del GAFI, se tiene que está conformado por 31 países y dos organizaciones internacionales como la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo, se reúnen anualmente para presentar su informe sobre los esfuerzos antilavado de dinero de los países miembro, así como para reportar a los países considerados como no cooperantes en el esfuerzo mundial antilavado. En ese sentido, su labor

principal es persuadir a los países con grandes centros financieros para adoptar las 40 recomendaciones y apoyar los esfuerzos de los países miembros, para lo cual realiza la supervisión del progreso de sus miembros, la revisión de las técnicas y contramedidas antilavado de dinero (ALD), la promoción de la adopción e implementación de medidas especiales por países no miembros, a través de mecanismos como la evaluación y la auto evaluación. Dichas recomendaciones fueron emitidas en 1990 y han sido modificadas en 1996 y 2003.

De acuerdo con lo anterior, las 40 recomendaciones del GAFI pueden ser divididas en cuatro grupos, a saber las que tratan sobre el contexto general, las que se refieren al marco legal, las relativas al rol del sistema financiero y las que hacen alusión al fortalecimiento de la cooperación internacional.

En el primer grupo, se destaca la urgencia de los países por ratificar la Convención de Viena para que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no inhiban la implementación de las recomendaciones y promuevan la ayuda multilateral en las investigaciones penales, juicios y extradiciones. Sobre el marco legal, las mismas dirigen sus esfuerzos por la penalización del lavado de activos provenientes del narcotráfico y demás conductas ilícitas que generan grandes ganancias, así mismo promueven la promulgación de normas que permitan el congelamiento, embargo y confiscación de la propiedad relacionada con los fondos lavados. Para el caso del *Rol del Sistema Financiero*, las recomendaciones sugieren extender su aplicación además de las instituciones bancarias, a las instituciones financieras no bancarias como casas de

cambio, casinos, negocios o profesiones no financieras, entre otros. De la misma manera regula temas como la identificación del cliente, respecto de la adopción de medidas razonables para obtener información verdadera sobre su identidad; la conservación de documentos al menos por 5 años; la implementación de nueva tecnología; las políticas de precaución sobre transacciones complejas o inusualmente grandes de las cuales debe dejarse informe; el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS); la protección de las instituciones financieras sobre responsabilidad civil y penal; la adopción de un Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA); la extensión en la aplicación de las recomendaciones a las filiales o sucursales; la precaución con las relaciones de negocios que se tienen con personas o países donde no se acogen estas recomendaciones; la adopción de medidas para detectar o vigilar el transporte transfronterizo de dinero en efectivo; el reporte de operaciones en efectivo por parte de los bancos y otras instituciones; la promoción del desarrollo de técnicas modernas y seguras de gestión de fondos (cheques, abonos automatizados, etc.) y la colaboración con las autoridades judiciales. Por último, en el cuarto grupo sobre el fortalecimiento de la cooperación internacional, las recomendaciones están dirigidas a fomentar en las autoridades el intercambio de información sobre el flujo de moneda, regular las técnicas de lavado de dinero, las transacciones y las operaciones sospechosas, estableciendo para ello, acuerdos bilaterales y multilaterales.

Respecto de las modificaciones hechas en 1996 y 2003 a las recomendaciones, debemos decir que las mismas



hicieron referencia a los bancos correspondientes y bancos pantalla, las transacciones virtuales, las acciones al portador, los fideicomisos y los negocios o profesiones no financieras. Por otro lado, ya que es innegable la íntima relación que guardan delitos como el terrorismo y el lavado de activos, el GAFI dispuso una guía sobre el financiamiento del terrorismo, producto de una plenaria extraordinaria celebrada en Washington en 2001, estableciendo nuevos estándares internacionales para combatir el financiamiento del terrorismo con lo cual deben tomarse medidas para ratificar e implementar los documentos relevantes de las Naciones Unidas como penalizar el financiamiento del terrorismo (actos y organizaciones); congelar y confiscar activos terroristas; reportar transacciones sospechosas ligadas al terrorismo; brindar la mayor asistencia posible a las fuerzas de cumplimiento de otros países y a las autoridades reguladoras o regulativas imponer requisitos AFD sobre los sistemas alternativos de remesa; fortalecer las medidas de identificación del cliente en las transferencias cablegráficas nacionales o internacionales y asegurar que las entidades, en particular las organizaciones sin ánimo de lucro, no puedan ser utilizadas para financiar el terrorismo.

Desde el punto de vista regional, en 1992 la OEA-CICAD, estableció una legislación modelo enfocada específicamente a

***El lavado de activos
hace referencia
al ocultamiento y
demás conductas
de legalización de
dinero proveniente
del narcotráfico***

la regulación relativa a los delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos que sea compatible con las recomendaciones del GAFI y las normas sobre lavado de dinero de las Naciones Unidas, es así como todas las naciones que ratifiquen esta convención están obligadas a implementar su contenido mediante reformas legales y administrativas.

Por su parte, el GAFIC que inició sus labores en 1990 con más de 20 naciones miembro, se ha preocupado por fomentar los controles de lavado y la capacitación a las instituciones financieras, para lo cual emitió 19 recomendaciones destinadas específicamente a la región del Caribe que fueron consagradas en la Declaración de Kingston que supone mecanismos como la auto evaluación y la evaluación mutua. Este organismo tiene dos reuniones plenarios por año y una ministerial en el mismo periodo. Dichas recomendaciones tratan temas como el establecimiento de dependencias especializadas en la lucha contra el lavado de dinero y delitos conexos denominadas Unidades de Información Financiera (UIF); el privilegio de la relación cliente - abogado; la confiscación; la extinción de dominio; los entes de supervisión; los registros contables; el informe de movimientos en efectivo y la cooperación administrativa.

Por un lado, para el caso del el Grupo Antilavado de Dinero de la Región

Asia/Pacífico creado en 1997, y con dos encuentros al año, tiene como objetivos principales enfocarse en conjunto en los esfuerzos ALD en la región; discutir temas regionales; intercambiar información; alentar a toda la región para adoptar estándares internacionales ALD; permitir que los factores regionales sean tenidos en cuenta en la implementación de medidas ALD; implementar iniciativas ALD incluyendo asistencia legal mutua y coordinar o dar apoyo práctico a los países que así lo requieran. Y por el otro, el GAFISUD que fue creado en el 2000 en la Cumbre de Cartagena, con miembros observadores como la CICAD, el Banco Mundial, el BID, España, Estados Unidos, el FMI, Francia, México, Naciones Unidas y Portugal, su propósito ha sido el acogimiento y aplicación en las regulaciones de los países miembro de las 40 recomendaciones y las recomendaciones especiales sobre financiamiento del terrorismo.

Igualmente, el Comité de Basilea desde 1974 aplica estándares internacionales especiales de supervisión para el sector bancario en la lucha contra el lavado de activos, como políticas estrictas de conozca su cliente (CSC), la promoción de altos profesionales y la adopción de valores éticos en el sector financiero. En 1988, con la emisión de la Declaración de Principios sobre Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario con Fines de Lavado de Dinero, cada institución bancaria debe cumplir con la identificación del cliente; el cumplimiento de leyes; desarrollar su objeto social de acuerdo con altos estándares legales a escala internacional y local; la cooperación

con las autoridades de cumplimiento hasta donde éste permitido sin violar la confidencialidad con el cliente; la capacitación del personal; el mantenimiento de archivos y; la realización de auditorías. Es así como el Comité de Basilea reconoció la importancia de las políticas CSC, entendiéndose por ello una diligencia debida adecuada en los procedimientos de identificación de clientes existentes y nuevos, teniéndolas aquellas como medidas de protección, de seguridad y eficiencia de los bancos que aseguran la integridad de los sistemas bancarios. En consecuencia, en octubre de 2001 se emitió un documento sobre Diligencia Debida para los clientes de los bancos, del cual se destacan procedimientos estándar para el caso de clientes virtuales; la supervisión del Oficial de Cumplimiento; el monitoreo de las operaciones; las medidas administrativas y el desarrollo de políticas y procedimientos de aceptación de clientes tanto individuales como asociados en personas jurídicas, teniendo en cuenta que no debería permitirse a las cuentas de banca privada escapar de las políticas CSC.

Desde la óptica de las Directivas de la Unión Europea adoptadas por el Consejo de Europa en 1991 y modificadas en 2001, se insta a los países miembros para que dicten leyes capaces de prevenir que sus sistemas financieros locales sean utilizados para el lavado de dinero. Como una forma de materializar estas directivas, los ordenamientos jurídicos de Europa tipificaron como delito el lavado de activos, y establecieron normas sobre la verificación de la identificación del cliente; la supervisión de transacciones sospechosas;

la cooperación de las instituciones con las autoridades gubernamentales; la implementación y mantenimiento de adecuados controles internos y la capacitación del personal. Las Directivas ALD de la Unión Europea desde diciembre de 2001 han establecido obligaciones para negocios y profesiones no financieras como los abogados; auditores; contadores; asesores impositivos; agentes inmobiliarios; casinos; comerciantes de productos de alto valor; notarios y otras profesiones legales independientes.

En 1995 se creó el Grupo Egmont como un grupo de Unidades de Inteligencia Financiera cuyo objetivo era mejorar el apoyo a sus respectivos programas nacionales ALD a través del desarrollo de protocolos sobre el intercambio de información; la ampliación y sistematización de inteligencia financiera; el mejoramiento de la experiencia y las habilidades del personal de dichas organizaciones y el fomento de una mejor comunicación entre las UIFs por medio de la aplicación de nuevas tecnologías para ser puestas en práctica en investigaciones penales. Es así como para el 2002 había más de 65 UIF constituidas.

Y terminando con las organizaciones en el ámbito regional, está el Grupo Wolfsberg creado en octubre de 2000, en consorcio de algunos de los mayores bancos mundiales y con la cooperación de un grupo internacional anticorrupción. Su labor principal ha estado dirigida al diseño de guías ALD en las que se recomiendan controles para la banca privada. Dichos principios establecen obligaciones como

la de identificar al dueño o beneficiario de los fondos; para los banqueros privados, la de realizar una diligencia debida sobre los gerentes e intermediarios para determinar que los mismos hayan aplicado las políticas sobre la materia para con sus clientes; la de aprobar cuentas nuevas a nuevos clientes por medio de funcionarios diferentes; el establecimiento de políticas escritas sobre identificación y seguimiento de actividades inusuales o sospechosas y la aplicación de las políticas de diligencia debida para actividades que tengan que ver con funcionarios públicos, países de alto riesgo, actividades de alto riesgo y jurisdicciones extraterritoriales (*offshore*). Igualmente estas directivas hacen referencia a informes que deben reportarse a la gerencia de las instituciones financieras sobre la prevención en el lavado de activos; la capacitación del personal; la retención de documentos relevantes; la creación de Unidades para el Control del Lavado de Activos (UCIA) y la consagración de políticas de control. Con todo, en mayo de 2002, los Principios Wolfsberg fueron revisados, y les fue agregada una sección referida a la prohibición del uso de cuentas internas de quienes no fueran clientes para prevenir el riesgo de concentración, de la misma forma se emitieron guías sobre la supresión del financiamiento del terrorismo y se generó un compromiso para restringir las relaciones comerciales con los NSM, las casas de cambio y agentes de transferencia de dinero.

Llegando a instrumentos normativos de carácter local y dentro del marco del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, cabe destacarse la Ley

de Sigilo Bancario de 1970, la Ley Federal sobre Asistencia Mutua Internacional en Asuntos Penales (IMAC) de 1983, la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios de Roma que contiene recomendaciones estrictas sobre las medias de control en bancos internacionales de 1984, la Ley contra el Lavado de Dinero de 1986, la Ley contra el Abuso de Drogas de 1988, el apartado 2532 de la Ley de Control de Crimen de 1990, el apartado 206 de la Ley de Mejoras de la Compañía Federal de Seguros sobre los Depósitos y el Título XV de la Ley de Vivienda y Desarrollo Urbano de 1992, la Ley de Annunzio-Wylie del mismo año que endureció las sanciones contra los bancos comprometidos en el lavado de activos y como producto normativo de los hechos del 11 de septiembre de 2000, la Ley Patriótica H. R. 3162 de 2001 que en los apartados 312 a 365 regula los mecanismos tendientes a prevenir y controlar el lavado de activos con especial referencia al sector financiero. No obstante lo anterior, la mayoría de los países reconoce como delito el lavado de activos dentro de sus estatutos penales, lo cual después del análisis respectivo resulta importante para efectos de determinar qué regulaciones hacen mención al lavado culposo o imprudente, y de esa manera establecer las implicaciones en el sector financiero.

Después de este recorrido por las 40 recomendaciones del GAFI, el reglamento modelo de la OEA-CICAD, las 19 recomendaciones del GAFIC, las medidas ALD del Grupo Antilavado de Dinero de la Región Asia/Pacífico, del GAFISUD,

del Comité de Basilea, las Directivas de la Unión Europea, la Convención Centroamericana para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), el establecimiento de grupos como el Egmont y el Wolfsberg y la regulación de los Estados Unidos, sin mencionar de manera pormenorizada los Estatutos Penales de cada país, no cabe duda que se está librando una lucha frontal contra el lavado de activos, liderada en especial por el sector financiero, muestra de ello son tres políticas que queremos destacar aquí y que son producto de todo este avance regulatorio.

Dichas políticas que deben ser acatadas por los bancos tienen que ver con el *Conocimiento de Su Cliente* (CSC), la *Debida Diligencia* (DD) y el *Conocimiento de Su Empleado* (CSE). En ese sentido, se entiende por CSC el establecimiento de procedimientos y medidas a fin de determinar de la mejor manera posible factores como la identificación del cliente respecto de su actividad económica, la procedencia de sus fondos y el destino de los mismos, entre otros. Lo anterior se logra a través del cumplimiento diligente de cada uno estos procedimientos que se materializan en la solicitud de documentos, visitas al cliente, verificación en centrales de riesgo, etc. No obstante esto, la política de DD ha ido más allá como en el caso de la Ley Patriótica, para exigir del sector financiero una Debida Diligencia Mejo-

rada (DDM) la cual supone que la banca por medio sus funcionarios en el ejercicio y desarrollo de su objeto social debe tener una diligencia superior a la normal, es decir, debe comportarse como “el mejor hombre de negocios”. Como puede verse la única forma de asegurar el cumplimiento de las políticas de CSC y DDM es con la implementación de procesos estrictos, de acuerdo con los estándares internacionales, de vinculación y capacitación de los funcionarios de la banca, o lo que es lo mismo, la aplicación de la política de CSE. Así las cosas, son estas tres políticas el sustento en el diseño de un programa integral para la prevención y control del lavado de activos en el sector financiero y los medios más eficaces para prevenir y asegurar riesgos propios de este sector como el reputacional, el legal, el operativo y el de concentración.

Todo lo anterior, nos pone en el camino de la regulación sobre el lavado de activos, teniendo en cuenta que en primera instancia nos referiremos a su tipificación tradicional, para luego ocuparnos de su modalidad culposa o imprudente. Para el caso de la tipificación tradicional debe decirse que el lavado de activos es un delito que se consuma de manera dolosa, es decir, que el sujeto que cometa este delito debe desplegar cualquiera de las conductas a las que ya hicimos referencia arriba, conociendo y queriendo cometer esta conducta punible. En otras palabras la consumación del lavado de activos exige del autor o partícipe el conocimiento de los elementos descriptivos de este delito y al mismo tiempo que le asista la intención

o la voluntad para consumarlo. Es por eso que se dice que el lavado de activos es un delito doloso, ya que sin el cumplimiento de estos elementos cognoscitivo y volitivo, la conducta deviene en atípica o encuadrándose en otro delito, pero no será lavado de activos. Es así como tradicionalmente ha sido consagrada en los estatutos penales del mundo el delito de lavado de activos, pero en ordenamientos como el Reglamento Modelo de la CICAD, el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA, el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID), la Ley Patriótica de los Estados Unidos y los Códigos Penales de Alemania, Reino Unido, Suiza, España, Cuba, Argentina y el proyecto de código de Colombia consagraron la modalidad culposa o imprudente de esta conducta punible.

Tal regulación nos propone el siguiente interrogante, ¿para cometer el delito de lavado de activos culposo o imprudente es necesario conocer los hechos y querer consumir esta conducta? La respuesta no se hace esperar y viene dada por la diferencia entre el dolo y la culpa o imprudencia. Como ya lo dijimos, el dolo al igual que la culpa o imprudencia son elementos subjetivos de los tipos penales, que para el primer caso se predica de la mayoría de delitos, en cambio, para la modalidad culposa o imprudente es necesario que la descripción legal del delito que se trate expresamente lo consagre, es decir, para el caso de la modalidad culposa o imprudente del lavado de activos es necesario contar con una norma especial dentro de

la normatividad respectiva. Pero más allá de estas precisiones jurídicas, es claro que los elementos de la culpa o imprudencia son diferentes a los del dolo. En ese sentido, la culpa o imprudencia se estructura generalmente sobre la base de la violación de un deber objetivo de cuidado, la consecución de un resultado típico y la relación de determinación entre éste y aquel. A través de un ejemplo trataremos de explicar la diferencia entre estas dos modalidades.

En el primer caso, A tiene una arma de fuego y le dispara a B dándole muerte; en el segundo, X conductor de un auto cruza un semáforo en rojo y atropella a un peatón Z causándole la muerte. En uno y otro supuesto, es claro que tanto A como X cometieron el delito de homicidio, el primero en modalidad dolosa y el segundo en modalidad culposa o imprudente. La diferencia radica en que en el primer caso A conocía que estaba disparando un arma y consecuentemente dándole muerte a B, conducta ésta que realizó de manera voluntaria; en cambio, X estaba conduciendo su vehículo y por violar la señalización produjo la muerte de Z, así las cosas, es claro que X estaba realizando un conducta socialmente permitida como la conducción de automotores que a pesar de su demostrada peligrosidad y tratarse de actividades de riesgo como esta, la ejecución de intervenciones quirúrgicas o la administración de dineros del público como en nuestro caso, son reguladas con el establecimiento de reglamentos que de ser acatados minimizan el riesgo y evitan la producción de resultados lesivos para intereses individuales como la vida o co-

lectivos como el orden económico y social de un país. En otras palabras, para el segundo caso se presentó un homicidio en la modalidad culposa o imprudente ya que primero, X violó el deber objetivo de cuidado de frenar cuando el semáforo anuncia la luz roja, segundo, produjo la muerte de Z por atropellamiento y tercero, se presenta una relación de determinación entre la violación del deber que se encuentra consagrado en los reglamentos de tránsito y la producción del resultado muerte. Como puede verse en la modalidad culposa o imprudente no se exige que el sujeto conozca que esta cometiendo un delito y menos es necesaria su voluntad de consumarlo.

Es así como en términos del sector financiero puede decirse que se trata de una actividad de riesgo que es necesaria y útil en la vida de relación sin la cual se estancarían las relaciones comerciales y, por tanto, no debe ser prohibida sino por el contrario, regulada a través de mecanismos, procedimientos, regulaciones y políticas como las que se reseñaron antes. Producto de esto son los inmensos esfuerzos regulativos, o de regulación de este sector por controlar y prevenir el flagelo del lavado de activos al impedir que las instituciones financieras sean usadas como un instrumento de legalización de las ganancias provenientes del narcotráfico, el terrorismo, el tráfico de armas, la trata de blancas, la extorsión, entre otros.

Como si lo anterior no fuera poco, algunos ordenamientos consagraron la modalidad culposa o imprudente del lavado de activos como ya lo señalábamos.

Desde el punto de vista comunitario, se encuentran el Reglamento Modelo de la CICAD con expresiones como “debiendo saber o con ignorancia intencional”; el Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos de la OEA que propugna por una regulación culposa o imprudente del lavado de activos con atención de criterios interpretativos como “*el hombre medio*”, “*la atención exigida*” y “*el cuidado exigido*”; el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de las Drogas (PNUFID) que apela locuciones como “*sospechando*” y “*cuando habrían debido saber*”; y otros a nivel local, como la Ley Patriótica de los Estados Unidos que de acuerdo con la Ley Annunzio-Wylie acogió el criterio de “*ceguera voluntaria*” y los Códigos Penales de Alemania, Reino Unido, Suiza, España, Cuba, Argentina y el proyecto de código en Colombia que utilizan expresiones como “*no advierta por imprudencia grave*”; “*sospechando*”, “*sin haber verificado con la diligencia que exijan las circunstancias*”; “*imprudencia grave*”; “*debiendo conocer o suponer racionalmente*”; “*temeridad o imprudencia grave*”, y “*tenía la posibilidad de conocer*” o “*si por culpa*”, respectivamente. Todas éstas convirtiéndose en las fórmulas jurídicas consagradas en los ordenamientos para permitir la investigación por lavado de activos en la modalidad culposa o imprudente.

Con todo, debemos decir que para el caso del sector financiero, la estructuración de una operación de lavado de

activos dolosa requiere como tantas veces hemos dicho, que el funcionario respectivo conozca los hechos, es decir, sepa que se trata de dineros de procedencia ilegal y además voluntariamente omita los controles establecidos para identificar este tipo de operaciones y clientes. Por el contrario, para predicar la participación de un funcionario de este sector en una operación de lavado de activos culposa o imprudente es necesario que se haya violado el deber objetivo cuidado, en otras palabras, que por negligencia se haya saltado alguno de los controles, pero además hace falta verificar la producción de un resultado típico y la respectiva relación de determinación entre éste y la violación de los deberes destinados al control y prevención de este delito, es decir, que se haya realizado la operación de lavado y que la misma haya sido permitida o facilitada por esa actitud negligente. Entonces, la utilización de fórmulas jurídicas como las que mencionamos antes, rayan más en una modalidad de dolo eventual que de culpa o imprudencia, ya que exigen un conocimiento valorado de las circunstancias al sujeto, y en ese sentido, siendo este un elemento del dolo mal podría decirse que se trata de la estructuración de un delito de lavado de activos culposo o imprudente.

Esta postura que ponemos a consideración encuentra sustento en la regulación misma de la materia, ya que con esa infinidad de controles, procedimientos, manuales, capacitaciones y políticas que tiene el sector financiero para controlar y prevenir el lavado de activos, es casi imposible que los directivos, o ejecutivos (de una

institución financiera que acojan y cumplan estas medidas actúen negligentemente y de ese modo se facilite una operación de lavado. Es así como una regulación en la modalidad culposa o imprudente para el lavado de activos tiene honda incidencia en el sistema financiero, con implicaciones como las que nos permitimos reseñar a continuación.

Primero, si bien dijimos que existen actividades de riesgo como conducir, realizar intervenciones quirúrgicas y administrar dineros del público, las mismas no pueden prohibirse, sino por el contrario, ser reguladas estableciendo para ello deberes que deben ser cumplidos por los asociados para evitar la consecución de resultados lesivos, como en nuestro caso, el desplome del orden económico y social en el ámbito local o a escala internacional. Pero esto no es óbice para justificar una tipificación culposa o imprudente del lavado de activos que a la postre terminará paralizando las actividades del sector financiero.

Segundo, se está ampliando el marco de responsabilidad penal en esta materia, pues ya no es suficiente tener la intención (conocer y querer) de cometer el delito, sino que la violación de los reglamentos admitiría una investigación de carácter penal por lavado de activos culposos o imprudentes. De la misma forma debe tenerse en cuenta que se trata de una actividad que por su especialidad y división de trabajo implicaría que todas aquellas personas que intervienen en la cadena del negocio pueden ser llamadas a responder penalmente si por la omisión en el cumpli-

miento de los deberes, ya no legales sino institucionales, se efectúa una operación de lavado de activos.

Tercero, se le exige al directivo del sector financiero (representante legal, vicepresidentes, gerentes, y los demás vinculados en la cadena del negocio), que contemple todas las opciones o variables que le permitan siquiera conocer la operación tendente al lavado.

Cuarto, se acaba con el *principio de buena fe* que es la base de la actividad financiera, ya que la consagración de normas de ese estilo hace que los controles existentes sean insuficientes y, por ende, se establezcan mayores trabas al momento de empezar la relación comercial con el cliente.

Quinto, en términos procesales, se invierte la carga de la prueba, tergiversando el *principio de presunción de inocencia*, que tan caro ha resultado para los ordenamientos jurídicos del mundo, al ser una garantía en las investigaciones judiciales.

Y sexto, se llega a una responsabilidad patrimonial para las personas jurídicas, ya que estas legislaciones, a más de las multas y sanciones, establecen medidas como la cancelación de las licencias de funcionamiento y otras tendentes a sacar del sector a instituciones que se vean implicadas en procesos por lavado de activos. Al respecto, vale la pena mencionar que regulaciones como la Ley Patriótica cuentan con un "brazo largo" en su aplicación, convirtiéndose en una manifestación clara de la extraterritorialidad de la ley, generando consecuencias nocivas para las instituciones financieras.

BIBLIOGRAFÍA

Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas*, 1988.

XIX Cumbre de Presidentes Centroamericanos. *Convención Centroamericana para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos*, 1997.

Comité de Basilea Sobre Regulaciones Bancarias Y Prácticas De Supervisión. *Declaración de Principios sobre Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario con Fines de Lavado de Dinero*, 1988

Grupo de Wolfberg de Instituciones Financieras Internacionales. *Los Principios Wolfsberg para la Prevención del Blanqueo de Dinero en Banca de Corresponsales*.

Comisión Interamericana Para El Control Del Abuso De Drogas. *Manual de Apoyo para la Tipificación del Lavado de Activos*. Organización de Estados Americanos.

PARA CITAR ESTE ARTICULO

RODRIGUEZ, Juan P. "El Lavado De Activos Culposo O Imprudente y Sus Implicaciones En El Sector Financiero". En: *Revista JUSTICIA Y RAZÓN*, Escuela Nacional de la Judicatura, 3 (2): 30-43, mayo-julio 2006.



MANUEL ESTRELLA RUIZ.

Juez de la Sección de la Cuarta Audiencia Provincial de Cádiz, España y miembro de la Red Judicial Española por designación del Consejo General del Poder Judicial.

Tras cursar estudios de Derecho en la Universidad de Cádiz, ingresa por oposición libre en la Carrera Judicial en 1987.

Ha laborado en los Juzgados de Lebrija (Sevilla) y El Puerto de Santa María (Cádiz), ascendiendo a la categoría de Magistrado en Diciembre de 1989, desempeñando sus funciones en el Juzgado de lo Penal de Algeciras hasta Febrero de 1995, año en que fue nombrado en concurso voluntario Magistrado del Juzgado de lo Penal nº uno de Cádiz. Posteriormente, de nuevo por concurso, fue destinado a la Audiencia Provincial de Cádiz en mayo de 1999, donde continúa en la actualidad.

Ha Publicado varios artículos entre ellos:
Manual de Derecho penal, parte general, publicado por la Agencia de Cooperación Española en Honduras. 2006.
"Intervenciones en el cuerpo humano" dentro del Plan de Formación del CGPJ para la Comunidad de Galicia/1999.

LA ETAPA INTERMEDIA

Resumen: *En este artículo, el Magistrado Manuel Estrella trató en primer lugar, el contexto en el cual el sistema acusatorio, - cuya fuente histórica proviene del Reino Unido y su influjo actual proviene directamente de Estados Unidos - ha llegado a América Latina y finalmente a República Dominicana, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.*

En el cuerpo de este artículo se analiza la fase intermedia partiendo del estudio del Código Procesal Penal Dominicano, con lo que se proporcionan las claves hermenéuticas con las que descifrar los principios, derechos y obligaciones constitucionales que gobiernan su procedimiento.

A dichos fines se trata, entre otros aspectos de relevancia, el proceso y el procedimiento en esta fase, su oralidad, como actúan los operadores, el deber del juez de velar para que en la audiencia preliminar no se pretenda resolver cuestiones propias del juicio, etc.

Palabras claves: *Juicio, Procedimiento, Pena, Litigación.*

Tradicionalmente la legislación de las naciones Iberoamericanas ha recorrido unos caminos jurídicos cuyo punto de partida, en muchas ocasiones, radicaba en España. Sin embargo, ahora los términos se invierten. En la reforma del proceso penal es América Latina quien lleva la delantera. En estos instantes, cuando se fragua una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el diálogo entre ambas orillas del Atlántico se muestra de extremada utilidad para superar errores y caminar con firmeza hacia el futuro.

Parafraseando a los revolucionarios decimonónicos, diríase que un fantasma recorre Occidente. Es el sistema acusatorio. El espíritu que lo anima está toman-

do posesión de toda nuestra civilización, América y Europa por igual. La fuente de esta corriente imparable es el mundo anglosajón. Históricamente el Reino Unido ha sido la fuente de esta corriente. En la actualidad, el influjo llega directamente desde los Estados Unidos.

Alemania, en 1974, fue la primera cabeza de puente del desembarco normativo anglosajón. La enseña de este movimiento fue la atribución de la instrucción al Fiscal, desapoderando al Juez Instructor de sus inveteradas funciones de investigación. Poco a poco, cuál mancha de aceite, se ha ido extendiendo a través del continente. Incluso ha llegado la cuna del modelo inquisitivo: Francia. En estos mismos

momentos la nación gala, como consecuencia del escándalo Outreau, se debate convulsamente para alumbrar un sistema, cuya filiación, más o menos lejanamente, se adscribirá a esta tendencia.

En España la discusión está teñida de un matiz que la ha tornado de gran intensidad. A veces hasta de una insólita pasión. Es la posición del Ministerio Público. Algunos entienden que el Fiscal es el ejecutor de la política criminal del Gobierno. Por eso, aunque esté sometido a la Ley, no debe actuar con independencia. Otros, por el contrario, juzgan inadmisibles que criterios ajenos a la estricta observancia del principio de Legalidad desempeñen papel alguno en la averiguación de la verdad material. Es importante no perder de vista este marco de fondo, pues, de otro modo, no se captaría la sutil trama de los intereses enfrentados.

Con todo, tales vericuetos doctrinales nos apartarían del objeto de nuestro estudio. Y es que el sistema acusatorio, como tal, no se caracteriza por la naturaleza orgánica de la Fiscalía. Lo que lo define es el papel que cada uno de los actores jurídicos desempeña en la escena procesal. Así, Italia ha aceptado que la encuesta criminal sea atribuida al Ministerio Público. Pero, al mismo tiempo, lo ha pertrechado de salvaguardas de defensa frente al poder político tan intensas que, en la práctica, goza de tanta libertad para investigar como el juez instructor español. Pero, como decíamos, pese a su importancia, no es ese exactamente el tema que nos atañe.

Lo que nos ocupa son los principios inspiradores del sistema y su reper-

cusión práctica. Sólo mediante una radiografía del armazón conceptual del edificio jurídico estaremos en condiciones de consolidar unos hábitos forenses sólidos. La legislación penal ha de proporcionar fuertes columnas para apuntalar la estructura procesal. Por un lado, la eficacia represiva estatal. Por otro, el escrupuloso respeto a los derechos de los ciudadanos. Este difícil (y a veces inestable) equilibrio es la meta a la que aspiramos. Pongámonos, pues, manos a la obra.

Las naciones hermanas de América, una a una, van reorientando el sentido de la regulación de su proceso penal. En este contexto se inserta el nuevo texto dominicano. El análisis de su fase intermedia proporcionará las claves hermenéuticas con las que descifrar los principios, derechos y obligaciones constitucionales que gobiernan su procedimiento.

Suelen emplearse como sinónimas las palabras "proceso" y "procedimiento". Pero, al menos en pureza, no son exactamente equivalentes. El proceso es un conjunto de actos. El procedimiento, en cambio, se refiere a las reglas que rigen la combinación de ese conjunto de actos. Aquél ofrece una perspectiva estática. Éste, dinámica. Ambos se complementan. Para conocer el funcionamiento de cualquier mecanismo es menester inventariar las piezas que lo componen. Pero no sólo eso, también hay que observar el movimiento de la maquinaria, la acción de los engranajes que hacen que eche a andar el sistema. Si nos conformamos con la primera fase, actuaremos de forma parecida al biólogo que prefiriera examinar los es-

pecimenes disecados del taxidermista antes que explorar la naturaleza en busca de la efervescencia de la vida animal.

Llama la atención al lector español, cuando se sumerge en la lectura del articulado del nuevo texto procesal dominicano, la aparición de conceptos que en nuestro Derecho son privativos de la órbita civil. Por ejemplo, las "excepciones". Esta comunicación entre las ramas desgajadas del tronco procesal desvela la médula originaria que comparten. Como veremos, semejante aproximación será harto útil para asimilar el recto sentido de los principios inspiradores. No es una postura pacífica, empero. Hay quienes critican incluso la existencia de que la noción de "acción" sea transferible al proceso penal. Lo mismo con la de "objeto procesal". No compartimos esta opinión. No sólo porque es estéril. Es que choca contra nuestro derecho positivo. Tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento civil españoles (ambos en su artículo cuarto) establecen el carácter supletorio de sus preceptos en los respectivos sectores sustantivo y procesal de la totalidad del ordenamiento jurídico.

Siendo así las cosas, la acción penal aparece como el derecho procesal encaminado a satisfacer la pretensión de castigo del culpable. No quiere decirse que la imposición de la pena sea el único objetivo del Derecho Penal, pero sí que es uno de sus cometidos esenciales. La comparación con el Derecho Civil ayudará a deshacer numerosos malentendidos. Sabemos que la pretensión civil se plantea en la demanda. ¿Cuál es el momento equivalente en el proceso penal?

No es ni la denuncia, ni la querrela, ni la intervención policial que el Código Procesal Penal de la República Dominicana (en adelante CPPRD) regula en los artículos 262 a 266, 267 a 277 y 273 a 278, respectivamente. Antes bien, habremos de dirigir mirada sobre la fase intermedia. Por eso hemos de preguntarnos qué es lo que sucede hasta entonces.

Antes de la fase intermedia está la investigación preliminar. En ella se recogen los elementos que fundamentan el planteamiento de la pretensión penal. A tal efecto el Ministerio Público despliega el ejercicio de la acción penal mediante el desarrollo de las diligencias de investigación (artículo 280 CPPRD). Pero estas diligencias no constituyen la pretensión en sí misma, sino el material sobre el que se construye.

La pretensión penal se ejercita con el escrito de acusación. Tal como establece el artículo 279 del CPPRD es el medio a través del que se solicita la apertura del juicio oral. Ese papel lo desempeña la demanda en el proceso civil. El artículo 399 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española pone de relieve hasta que punto se asemejan en contenido la demanda y la acusación. El demandante ofrece al tribunal un relato coherente, una versión fáctica de lo acontecido. Sobre ella se articula su pretensión.

Pero la confección de esa narración implica la existencia de unas averiguaciones previas. Y en el proceso civil son extraprocesales. El Estado no ha organizado ninguna oficina que, al estilo de la policía, recoja sistemáticamente datos que sirvan a los futuros demandantes. En el proceso

penal sí. Es la policía judicial, de la que se vale el Fiscal o el juez instructor para acopiar el material con el que esgrimir su pretensión ante los tribunales. Esta es una diferencia capital. La única institución análoga en el procedimiento privado son las "diligencias preliminares" del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Su finalidad es la de "preparar el juicio". Es un instrumento limitadísimo, en modo alguno equiparable, a la clásica instrucción, pero que atiende a la misma necesidad: despejar el terreno que obstaculiza el ejercicio de la pretensión.

El revestimiento formal de la investigación preliminar es el "procedimiento preparatorio" de que habla el CPPRD. Es el marco procesal donde se desarrolla la investigación que fundamentará la pretensión penal. Ese es su objeto, como reconoce el artículo 259 del mentado Código, que reza así:

"El procedimiento preparatorio tiene por objeto determinar la existencia de fundamentos para la apertura de juicio, mediante la recolección de los elementos de prueba que permiten basar la acusación del ministerio público o del querrelante y la defensa del imputado".

La inserción de esta fase previa al juicio se justifica por el interés del Estado en intervenir en unos asuntos que, dada su trascendencia social, no han de ser abandonados al mero voluntarismo de los particulares. Un sistema acusatorio absolutamente puro prescindiría de esta fase. Ese ha sido el decurso histórico durante siglos. En la Grecia clásica no estaban claramente separados el procedimiento civil

y el penal. Simplemente el agraviado presentaba su denuncia e, inmediatamente, se convocaba el jurado, que decidía sobre la pretensión. En el Derecho Romano, no obstante, se crearon órganos estatales permanentes encargados de ejercer la acción penal por infracciones especialmente graves. Ninguno de los procesos de nuestro entorno es enteramente acusatorio. Las reformas recientes acentúan la naturaleza acusatoria del diseño legal, pero, en mayor o menor medida, conservan elementos mixtos.

La primera consecuencia práctica es que existe un derecho a que se ponga en marcha la investigación judicial. No está dejado al completo arbitrio del Ministerio Público. Esa es la opción de la legislación española y de la dominicana. Pero, como apuntábamos, no tiene que ser forzosamente de esa manera. Un mayor énfasis en la orientación acusatoria relegaría a la discrecionalidad el momento inicial del proceso penal. Es famosa la sentencia *Gouriet vs. Union of Post Office Workers* (1977). En esta resolución de los tribunales ingleses se avaló el derecho de la Corona británica a no perseguir un determinado asunto penal. Está en consonancia con la tradición anglosajona, en la que prima el principio de oportunidad sobre el de legalidad. Otro ejemplo es el actual Código Procesal de la República Búlgara, que ha entrado en vigor recientemente. Ante la decisión del Fiscal de no incoar procedimiento de investigación cabe reclamar ante su superior jerárquico, mas no impugnarla ante los tribunales. El mismo debate se planteó en Italia, con la reciente reforma de

su legislación. Esta nación mediterránea, por el contrario, se inclinó a favor de que fueran los jueces los que tuvieran la última palabra.

El artículo 283 del CPPRD somete a revisión jurisdiccional la decisión de archivo de las diligencias investigativas. Y ni siquiera esta decisión es arbitraria. Está tasada en el artículo 281. Más aun, debe ponerse en conocimiento del querellante y de la víctima para que, de este modo, gocen de la oportunidad de oponerse.

La legislación española maneja el concepto de *notitia criminis* para explicar el presupuesto de la investigación penal. Consiste sencillamente en que el conocimiento que el órgano encargado de la investigación adquiere de la existencia de unos hechos aparentemente delictivos. Todavía no hay prueba, sólo una primera y superficial apariencia. Precisamente para verificar si esta noticia está respaldada por hechos lo suficientemente sólidos se emprende la investigación criminal.

El criterio interpretativo es amplio. Aquí no han de ponerse cortapisas. No sería coherente con los principios compartidos por nuestros respectivos sistemas, como hace el Código Procesal Búlgaro, tasar los motivos de iniciación del proceso. Sólo es menester un mínimo de verosimilitud fáctica y la abstracta coincidencia con algún tipo penal. Nada más.

Resulta especialmente ilustrativo acudir a la visión dinámica que se esbozó al principio. Desde que surgen las sospechas hasta que se impone una pena se va recorriendo un largo camino procesal. El punto de partida es la mera posibilidad de

la comisión de una infracción criminal. Esa es la *notitia criminis*. El Ministerio Fiscal dominicano o el juez instructor español sólo han de fijarse si los hechos que se le participan encajan dentro de alguna de las previsiones del articulado del Código Penal. Solo en caso de atipicidad o de notoria falta de rigor fáctico cabría archivar de plano el proceso. No es este el momento de las trabas a la acción penal.

Luego viene la “instrucción” española o la “investigación preliminar” dominicana. Es la fase, como se ha dicho, en la que se van recopilando los materiales con los que dar forma a la pretensión acusatoria. Pero no son pruebas en el sentido estricto del término. Al menos desde la terminología española, que reserva esa denominación sólo para la actividad que se desarrolla en juicio oral. Y es que obedecen a objetivos distintos. Las diligencias de investigación apuntan a la apertura del juicio oral. Ese es el objeto de la fase procesal en cuyo seno se practican. Las pruebas, por el contrario, se dirigen a la condena del culpable (o a la absolución, desde la posición de la defensa).

El transcrito artículo 259 del CPPRD habla de “elementos de prueba”, si bien, al mismo tiempo el artículo 261 les niega valor probatorio para fundar la condena. Y es que para lo que sirven es para basar la acusación del ministerio público o del querellante y la defensa del imputado, según el citado artículo 259. Por eso, distinciones terminológicas aparte, la idea de fondo es la misma.

Sólo una vez que haya terminado la investigación se procederá a decidir so-

bre si hay material suficiente para acusar. La expresión tradicional española son los "indicios racionales de criminalidad". Entonces hay más que una mera posibilidad de delito: una probabilidad. No es sólo que los hechos estén abstractamente encuadrados dentro de la descripción de algún tipo penal; es que se ha apreciado datos indicativos de que realmente han sucedido y de que son imputables a alguna o algunas personas previamente identificadas. Es un concepto muy próximo al de la *probable cause* anglosajona. La doctrina norteamericana ha discutido extensamente sobre este punto. No es una probabilidad en términos matemáticos. Como si se dijera que se precisa algún porcentaje determinado, un cincuenta o un setenta por ciento, por ejemplo. Es otra cosa. De lo que se trata es de que contemos con una historia creíble con un mínimo de respaldo fáctico.

Un caso estadounidense ayudará a aprehender la inteligencia de la *probable cause*. Imaginemos que la policía detiene un automóvil con cuatro ocupantes. En el maletero halla una bolsa con cocaína. De entrada, a falta de cualquier otra información adicional, sobre cada uno de los cuatro sospechosos recae una probabilidad del 25%. No sería correcto decir que no habría lugar a la imputación porque no se haya rebasado el 50% o cualquier otra cifra. Como tampoco sería acertado sostener que bastase un 25%. Y es que, asumiendo un cuarto de probabilidad como el mínimo válido si, en vez de cuatro pasajeros hubiese habido cinco, ya estaríamos por debajo del umbral. No nos confundamos. No es un problema numérico. Es de lógica.

Esta noción es muy útil, ya que no sólo se invoca para evaluar el resultado de la investigación, sino sobre cada caso particular a la hora de decidir acerca las medidas cautelares.

Pero lo que más interesa ahora es su posición dentro del engranaje de las fases procesales. La investigación concluye cuando aparecen suficientes indicios racionales de criminalidad. O bien, cuando está claro que no los va a haber. Sólo desde esta óptica cobran pleno sentido los actos conclusivos del procedimiento, como marca el artículo 293 del CPPRD. Es entonces cuando el Ministerio Público requiere la "apertura del juicio mediante la acusación" (las otras dos alternativas, "el procedimiento abreviado" y "la suspensión condicional" no alteran el esquema básico, sino que lo matizan). En este momento se abre la puerta para que acceda al proceso la pretensión de la parte. Volviendo al paralelismo con el proceso civil, el particular ya ha confeccionado su historia y está en condiciones de plasmarla por escrito en una demanda. Y, por supuesto, de pedir prueba al juez.

Instamos, lo que se ha hecho hasta entonces, como regla general, no ha sido recoger material para condenar, sino para abrir el juicio oral. Sólo la actividad probatoria que se desarrolle en juicio servirá para fundar una hipotética condena. Obviamente, sin perjuicio de la prueba anticipada, tal como prescribe el artículo 287 del CPPRD. Por eso se hablaba en términos generales. Pero tal eventualidad sólo supone el adelanto de una porción del juicio oral a la fase del procedimiento pre-

paratorio. Se le incrusta un segmento de un tracto procesal posterior, mas no por ello se la priva de su naturaleza.

La condena sólo sobrevendrá como consecuencia del debate contradictorio en el juicio oral. Este es el tercer escalón, donde se exige la necesidad de certeza incriminatoria. Certeza que sólo se alcanza merced a las pruebas del juicio, no a las diligencias investigativas de la fase preliminar. Es el momento de la convicción del tribunal.

Una mirada retrospectiva a la senda procesal que hemos recorrido vislumbra una incriminación que se va formando gradualmente. Desde una mera posibilidad hasta la certeza final. Es esta la reflexión dinámica que nos interesa. Si contemplamos el proceso como una sucesión de compartimentos estancos desconectados, se nos escapará el espíritu vivo del procedimiento. La dimensión material es un continuo. La convicción se va consolidando poco a poco, sin fronteras definidas. La dimensión formal, por el contrario, la encasilla dentro de unas fases con contornos bien definidos. En suma, posibilidad, probabilidad y certeza, eslabones de una cadena procedimental en la que se engastan los actos procesales.

Sentadas estas bases, es lícito preguntarse cuál es el papel de la fase intermedia. En teoría sería factible pasar a juicio,

sin más preámbulos. Con todo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos disponen una zona intersticial entre la investigación y el juicio. Opera como una suerte de ensamblaje, que facilite sin fricciones la transición de un momento procesal a otro. ¿Por qué?

En primer lugar, para evitar lo que se ha llamado la “pena de banquillo”. Esto es, el mero hecho de comparecer ante un tribunal como acusado es sumamente aflictivo. El Estado, pese a su interés en la represión criminal, no desea someter a ninguno de sus ciudadanos a cargas excesivamente gravosas. En defensa del imputado se instituye la fase intermedia como filtro para impedir acusaciones infundadas.

En segundo lugar, para ahorrar el costo que ocasionaría la obligación de que todas y cada una de las investigaciones desembocasen en un juicio. El principio de la economía procesal invita a suprimir los trámites innecesarios.

En tercer lugar, para depurar las fases precedentes de cualesquiera defectos formales que potencialmente vicien el acto del juicio, es una auténtica audiencia saneadora.

Incluso el proceso civil español articula una fase similar. El artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.) establece para el procedimiento ordinario que:

***Cuando más
minúscula sea
la labor del juez
de la instrucción
en la audiencia,
menos trabajo le
quedará al tribunal
sentenciador.***

"(...) el tribunal dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba".

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (Lecrim) también articula un mecanismo de transición para el procedimiento abreviado (que en España es la forma más habitual de tramitación). Es lo que el texto positivo llama "preparación del juicio oral" y que la doctrina califica de "fase intermedia". Abarca los artículos 780 a 784 de la ley procesal.

La legislación estadounidense, pese a la heterogeneidad de sus singulares regulaciones estatales, también está dotada de una fase parecida. Es la *preliminary hearing* la traducción de cuyo nombre coincide literalmente con su homóloga dominicana. El propósito del trámite norteamericano es el de ponderar la presencia de *probable cause*. Si el magistrado que preside la Audiencia encuentra indicios racionales de criminalidad envía la causa a juicio. Antes, empero, se lo cita a otra audiencia en la que al imputado se lo hace objeto de "*arraignment*". O sea, se le

pregunta si se declara culpable o inocente. Y todavía no se llega al juicio, puesto que más tarde se le permite la interposición de "mociones preliminares" (*pretrial motions*). Son peticiones relativas a cuestiones probatorias, entre las que es admisible la remoción de pruebas que sean atentatorias contra los derechos fundamentales.

Pero hay más. En algunos estados, justo después de la audiencia preliminar, se incluye otro incidente. Es la comparecencia ante un "Gran Jurado". Se produce un nuevo examen sobre la procedencia de la acusación. Esta vez a cargo de los jueces legos. Si se convencen de la existencia de la *probable cause* se dictará un "*indictment*". Es la resolución que da luz verde a la celebración del juicio.

En el caso dominicano, no obstante, la audiencia preliminar es un instrumento extremadamente provechoso. Y es que su alcance es mucho mayor que el equivalente español. La ley de Enjuiciamiento Criminal no incorpora ninguna vista pública, todo el trámite es escrito. Además, la capacidad de maniobra del juez instructor español es mucho más restringida. Ni decide acerca de la prueba que se practicará en juicio, como tampoco filtra los defectos formales que se hubieren cometido. Ese cedazo purificador compete al tribunal sentenciador. A éste órgano también toca la admisión de la prueba, que realiza en un incidente anterior al comienzo del juicio. Es el proceso civil, no el penal, el que más nos acerca al modelo de la República Dominicana. Nuestra "Audiencia Previa" es su "Audiencia Preliminar".

Al fin y al cabo, todo se reduce a

aquilatar el objeto procesal. La meta es que, una vez que se inaugure la sesión del juicio, el tribunal sentenciador se centre en la misión de apreciar la prueba. Que se le haya allanado el camino para que se dedique solamente a la función jurisdiccional por excelencia: la determinación de la culpabilidad o la inocencia.

Este principio define el nuevo papel del juez instructor. En realidad, ya no es juez de instrucción, sino "juez de la instrucción". Participa en la instrucción, no la dirige. La investigación no es suya, sino del Fiscal. Otras denominaciones que se manejan en nuestra patria son "juez de garantías" o "juez de libertades" (por influencia francesa). Abandona su función pesquisidora y se consagra a una tarea jurisdiccional. En efecto, no nos vayamos a engañar. El juez desempeña una labor estrictamente jurisdiccional cuando se pronuncia acerca de la procedencia de la apertura del juicio oral. Ante los estrados se escenifica un genuino "enjuiciamiento". Lo que ocurre es que el objeto es distinto. Es el que consigna el mentado artículo 259 del CPPRD.

Por consiguiente, antes de que se imponga condena alguna se ha de saltar una doble barrera: la de la audiencia preliminar y la del juicio. He aquí el sentido garantista de esta fase intermedia. Este es uno de los ejes en torno a los que gira el montaje estructural del sistema acusatorio. Recordemos como al principio se advertía que en España se suscitaba una a veces agria polémica sobre este punto. Y es que se teme que, al despojarse al juez instructor de la facultad investigado-

ra, esta vaya a parar a manos de un Ministerio Fiscal que, a la fecha de hoy, corre el riesgo de funcionar como un apéndice gubernamental.

Pero el debate, planteado en estos términos, está desenfocado. Lo que define al sistema acusatorio no la sumisión de los investigadores al poder ejecutivo. Antes bien, es la necesidad de que toda condena vaya precedida de una acusación. Acusación que, directa o indirectamente, no debe depender de ningún juez, sea instructor o no. Sólo de las partes. Aquí se muestra el doble interés del Estado: una investigación eficaz y un juicio imparcial. El equilibrio, como se adelantaba al comienzo, es a menudo precario. Este múltiple interés se satisface mediante una transmutación tricéfala aparato estatal. Por un lado está el Ministerio Fiscal, por otro, el tribunal sentenciador. En medio de ambos otro juez, no investigador, sino garante. Si el Ministerio Público está o no sometido a los dictados del ejecutivo es una cuestión ajena a este esquema. Los países más cercanos al modelo americano configuran una investigación de carácter más discrecional, en la órbita del poder político. Los de tradición continental se inclinan hacia la absoluta neutralidad del órgano investigador, dentro de los dominios de la judicatura. En el fondo no es sino una plasmación de la tensión dialéctica entre el principio de oportunidad y el de legalidad.

Este es el modelo triunfante. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha perfilado un bosquejo parecido, en el que la investigación se asigna al Ministe-

rio Público. También se barrunta algo similar en el ámbito de la Unión Europea. Hoy día no existe una Fiscalía Europea. Únicamente está su embrión: Eurojust, del que se espera que en el futuro se metamorfosee en un genuino Ministerio Fiscal de alcance continental. Pero precedieron trabajos muy interesantes, como el Libro Blanco sobre la Fiscalía Europea. Tal vez más atractivo sea el proyecto del Corpus Iuris. En la actualidad sólo es una propuesta doctrinal, nacida en el seno de la Universidad a instancias de la Comisión Europea. Aun así, su influencia ha sido muy notoria. En la versión del Florencia se configura un Ministerio Público Europeo (MPE) con funciones de investigación (artículo 20) ante un juez de libertades (*Le juge de libertés*, artículo 25bis) en una fase preparatoria (*phase préparatoire*).

Llegados a este punto es conveniente recordar una de las mayores críticas que se ciernen sobre la regulación española actual del procedimiento penal. Aunque en teoría las diligencias nacidas en el curso de la instrucción carecen de valor probatorio, en la práctica influyen sobre el pronunciamiento del tribunal sentenciador en juicio. La misma redacción del texto legal lo propicia. Así, el artículo 714 de la Lecrim autoriza a que se interroge a un testigo acerca de la discrepancia existente entre su deposición ante el juez de instrucción y lo que dice en juicio. En la misma línea, el artículo 730 de la norma citada permite la lectura en juicio de las diligencias instructoras siempre que, por causas independientes de la voluntad de las partes, no sean reproducibles.

Los trabajos en marcha para la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal están barajando algunas soluciones radicales. Por ejemplo, la supresión de la constancia documental de las declaraciones que los testigos emitieron su declaración durante la instrucción. En el acta sólo se mencionarían el nombre, la fecha y los demás datos circunstanciales de la deposición. No su contenido, empero. Así no habría riesgo de que por la vía de los hechos se resucitara el artículo 714 de la Lecrim. El testimonio valdría sólo para convencer al Fiscal de que debe acusar. De ahí que no haya motivo para reflejar nada por escrito.

Claro que estos esbozos apuntan hacia un Fiscal con un área de competencias excluida del control judicial. El texto dominicano es mucho menos secretista. Su Audiencia Preliminar es la arena pública donde los litigantes pugnaran en igualdad de armas en torno a la pretensión acusatoria.

¿Cómo han de actuar los sujetos del proceso al llegar a esta fase?

Las partes acusadores, ya sea el Ministerio Público o el querellante, han de convencer al juez de la instrucción de la concurrencia de indicios racionales de criminalidad. Es la *probable cause*. A tal efecto deben ofrecer una prueba específica que se practicará durante la Audiencia. Son los llamados "medios de prueba". Se utiliza esta expresión para distinguirlos de las pruebas que se proponen para el jui-

cio. El objeto de los primeros es acceder al juicio oral. El de las segundas obtener una sentencia condenatoria.

En este momento se ejercita la pretensión. La acción penal, hasta ahora, ha servido para activar la maquinaria judicial. Ahora se requiere más. Hay que convencer al juez de que no se comete una injusticia si se sienta en el banquillo al imputado. El contenido del escrito de acusación es el del artículo 294 del CPPRD. Es lo más parecido a la demanda civil. Sólo las conclusiones finales del artículo 331, ya al término del juicio, serán más detalladas. Entonces se concretará la pena que se impetra del tribunal. Pero el artículo 294 supone la irrupción de la pretensión de forma reconocible. Ni que decir tiene que se irá enriqueciendo a medida que se desenvuelva el debate. No olvidemos la formación gradual de la acusación. El proceso penal cuarteja la realidad en segmentos, estructura el curso procedimental en estadios discretos, pero la dimensión material es más flexible. Va creciendo, conformándose, recorriendo una pendiente ascendente hasta que, a la postre, fija los hechos y suministra los presupuestos fácticos de una condena. El *factum* de la sentencia.

A veces parece suscitarse cierta duda sobre la información que los acusadores están obligados a mostrar. Diríase que tienen derecho a no revelar su estrategia y a guardarla para el juicio. Esto es verdad sólo hasta cierto punto. Sobre todo en lo que concierne al Ministerio Público. La misión del Fiscal no es la de empecinarse en la condena, sino la de actuar en interés de la Ley. El artículo

260 del CPPRD le obliga a tomar tanto los elementos de cargo como de descargo, amen de a guiarse por la objetividad. Ningún tipo de añagaza o ardid son admisibles. Ni siquiera la ocultación de datos relevantes. No se trata de convertir el juicio en un espectáculo circense y sorprender con revelaciones inesperadas. El artículo 305 del texto dominicano prevé la resolución con carácter previo al juicio de las excepciones y cuestiones referentes a la ocurrencia de hechos nuevos. Consecuentemente, los señores fiscales y los abogados acusadores no adelantarán sus futuros argumentos forenses, pero sí explicarán con cuanta minuciosidad fuere menester el relato de hechos incriminatorios, la calificación jurídica que les corresponda y la necesidad de las pruebas de las que pretenden valerse. Insistamos en que no hay secretismo. El interés del Estado no es condenar, sino la resolución del conflicto conforme a Derecho.

La defensa, tal como le pauta el artículo 299, escogerá entre el variado abanico de opciones que se le presenta: atacar la misma acusación para hacer fenecer el procedimiento en ese momento procesal; resignarse a plantar batalla en el juicio y, en consonancia con su estrategia, acopiar el material probatorio pertinente; o bien, explorar alguna fórmula transaccional inspirada en el principio de oportunidad. Todo lo que se ha dicho con respecto a la acusación, pero esta vez desde la postura dialécticamente opuesta, le es de aplicación con el mismo rigor.

Frente a ellos el juez. No es un investigador, el juez-policía de nuestra tradición.

Es un tercero imparcial que, con distancia y neutralidad, dará en su caso el *placet* para que la pretensión acusatoria llegue a juicio. Ha de ser muy cuidadoso en el cumplimiento de sus funciones. Repasémoslas:

El artículo 298 establece un plazo de cinco días para que la defensa se instruya del material incriminatorio que recogió el Ministerio Público. La interpretación será siempre extensiva a favor de la defensa. En modo alguno debe cercenarse, so cualquier pretexto, el tiempo que la Ley le otorga para el estudio de la causa. Y, retornemos a lo anterior, será del todo punto inaceptable que posteriormente se echara mano de piezas de convicción o elementos probatorios que se le hayan ocultado.

El artículo 300 dedica unas escuetas palabras al desarrollo de la Audiencia. No es necesario explayarse con una prolija regulación ya que por vía de la analogía, deberán integrarse supletoriamente las lagunas con arreglo a lo preceptuado para el juicio oral. Con todo, permítasenos algunos consejos, acaso revolucionarios para la práctica forense dominicana. El juez deberá evitar que la Audiencia se transforme en una réplica del juicio. Si no tiene cuidado, correrá el riesgo de prejuzgar la sentencia. Aunque suene extraño, no debería como regla general interrogar a testigos ni a peritos. Pero esto no significa que su papel sea pasivo. Al contrario, tendrá que involucrarse con firmeza en el debate. Antes de nada, exigir de las partes que construyan un relato sencillo pero claro y completo de su respectiva visión de lo acaecido. Luego, contrastar ambas versiones para detectar los puntos de discrepancia. A continua-

ción, preguntarles cuáles son las pruebas que solicitan para sustentar su interpretación de los hechos. No de todos, sino de aquellos de donde emerja la divergencia, de los puntos de fricción entre el relato de la acusación y el de la defensa. Entonces justificarán la pertinencia de cada una de las pruebas que pidan. Obviamente, este grado de compromiso requiere un conocimiento profundo de las actuaciones. Nada sería más nocivo que el panorama de un magistrado indolente que se sienta en la tribuna *in albis* en espera de que los asistentes lo iluminen. Su cometido no es el de juzgar, sino el de preparar el juicio. Y para esto hay que estar preparado.

Estas sugerencias están inspiradas en los artículos 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, que disciplinan la Audiencia Previa al juicio civil. En la actualidad esta pieza procesal se ha convertido en una brújula para orientar al procedimiento a través de un rumbo seguro hacia la sentencia, resguardando el juicio de un naufragio por culpa de errores procesales. Como se decía antes, el juicio es la sede de la actividad judicial por antonomasia: el pronunciamiento sobre las peticiones de condena de las partes. El fallo de la sentencia es el correlato judicial de la pretensión. Por eso no tiene sentido que se reproduzca en miniatura lo que luego se va a practicar en juicio.

Algo parecido es lo que sucede en la actualidad en el procedimiento penal español. No en una inexistente audiencia pública, sino a largo de las cansinas diligencias instructoras que, a mayor abundamiento, son un anticipo de las que ul-

teriormente se practicarán en juicio. Se escenifica un ritual casi mágico: declaración en comisaría, más tarde en el juzgado de instrucción y, finalmente, en estrados. Teóricamente el peso probatorio va creciendo a medida que se va ascendiendo por esta pendiente que se corona en el juicio. Es frecuente, no obstante, que el primer momento, el policial, sea el decisivo. Los actos sucesivos, formalmente impecables, aparecen preconfigurados por el resultado de esa primera actuación extrajudicial. A mayor solemnidad, menos virtualidad. Mucha forma y poco contenido. A los jueces sólo les queda una onerosa liturgia para revestir de legitimidad la actuación de los funcionarios policiales.

No caiga el compañero dominicano en similares vicios. El juez de la instrucción reclamará de las partes que elaboren un relato coherente, sin lagunas ni contradicciones. Apuntalado en cada uno de sus episodios por la prueba que sea necesaria. Al juez se le ha de hacer ver que la pretensión se erige sobre una sólida base fáctica. Se le ha de indicar cómo las pruebas son útiles y conducentes a la demostración de la versión de cada parte. Pero no se ha de esperar que evalúe el resultado de la prueba propuesta. Esa labor ha de reservarse para el tribunal sentenciador.

Al juez de la instrucción dominicano se le plantea en el artículo 301 del CPPRD una encrucijada: o abrir el paso a la acusación o cerrárselo. El artículo 303 fija el contenido de la primera opción. El 304 de la segunda.

La legislación dominicana entrega amplias facultades al juez de la instrucción.

En España la discusión doctrinal ha sido muy profunda. Jiménez de Asúa propugnaba que el juez de instrucción, en nuestro clásico auto de procesamiento, sólo verificara si se daba una acción típicamente antijurídica. O sea, que se fijaba en el aspecto descriptivo de la infracción penal, sin adentrarse en la culpabilidad u otras circunstancias anejas. En el extremo opuesto López Rey, quien reivindicaba para esa fase procesal el examen pleno de todos y cada uno de los elementos dogmáticos del delito. La postura del CPPRD está más cercana a esta segunda aproximación.

Por otro lado, es de destacar la irrecurribilidad del auto del artículo 303. Aunque en España es igualmente inimpugnable el auto de apertura del juicio oral (salvo en lo relativo a la situación personal del imputado), sí que lo es el de inculpación (artículo 779.1.4º de la LECrim, conocido como “de transformación a procedimiento abreviado”). Y es que en nuestro ordenamiento jurídico esta fase procesal desemboca en una bifurcación procedimental con dos autos (uno al principio y otro al final de la fase intermedia).

Con todo, a santo de la tramitación parlamentaria de la ley 38/02 se debatió en el Congreso de los Diputados la supresión de los recursos contra el auto de transformación. No prosperó la innovación, ya que chocó contra el informe de ocho de abril del año 2002 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Opinaban los magistrados que vulneraba el derecho de defensa de las partes. No andaban descaminados. Aunque a la postre, las mismas alegaciones de fondo se subs-

tanciarán en el juicio oral, no es coherente con la línea delimitadora que se ha venido marcando vedar el camino a una impugnación autónoma del acto conclusivo de la fase procesal previa al juicio. La fase previa al juicio y el juicio mismo encarnan pretensiones distintas, luego deberían ser objeto de controles judiciales separados.

Diferentemente, el CPPRD autoriza la apelación del auto por el que se acuerda el archivo. Está en consonancia con el respeto al principio de legalidad que se recalca supra. No todo está en manos de la acusación.

Antes de acabar es ilustrativo demorarnos en una consideración de futuro. No perdamos de vista que en el Audiencia Preliminar también se ventilan pretensiones cautelares. Son las medidas de coerción, entre las que se halla la privación de libertad del imputado. Es una materia muy delicada que exige el mayor de los celos. En lo que respecta a este punto sí que sería aconsejable una superior amplitud en el debate procesal. De todas formas, en España es muy raro que en la audiencia que también se celebra al efecto se oigan testigos o se aporten documentos, a no ser que a la parte que le interese los lleve de antemano consigo. Todo se resuelve con bastante prontitud. Por supuesto que eso no quiere decir que tenga que ser un hábito que copien los demás países. Lo que se quiere poner de relieve es que al entrar en la discusión de las medidas cautelares es muy difícil no abordar aspectos propios del juicio. Traigamos a colación la advertencia que el artículo 300 del CPPRD hace in fine: *El juez vela especialmente*

para que en la audiencia preliminar no se pretenda resolver cuestiones que son propias del juicio.

Y aquí asoma una paradoja. Cuando más minuciosa sea la labor del juez de la instrucción en la Audiencia, menos trabajo le quedará al tribunal sentenciador. Es meridiano, tal como se ha insistido a lo largo de toda esta exposición, que conceptualmente son netamente escindibles ambos planos procesales. Consiguientemente, lo es la labor que toca a cada órgano jurisdiccional. Pero en la práctica no será tan fácil.

Es curioso que, en materia civil, los incidentes de medidas cautelares, si se desarrollaban bajo la batuta de un juez muy exigente, suelen abortar el juicio. Es común que las partes alcancen un acuerdo. Sucede habitualmente en Alemania. También en España en las medidas provisionales previas a los procedimientos de separación y divorcio. Tal vez porque los abogados ya han provocado un primer pronunciamiento del magistrado y auguran que la sentencia, más o menos, vendrá a ser lo mismo. Dado que el juez de la instrucción y el del tribunal sentenciador son distintos, quizás esté peligro esté conjurado. Pero recordemos como la sombra de la instrucción se proyecta sobre los juicios penales españoles. Ya lo esbozamos antes. No sería de extrañar que una regulación tan bien trabada como la dominicana desembocara a la postre en un panorama donde el juicio oral se convierta en la rúbrica de la Audiencia Preliminar. Sería un largísimo rodeo para volver al principio. Esa es la razón por la que se insistía en la sabiduría de las lecciones del proceso civil.

BIBLIOGRAFÍA

España [Leyes] *El Código Civil Español.*

España [Leyes] *Ley de Enjuiciamiento Civil Española.*

España [Leyes] *Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (LECRIM).*

United Kingdom. *Sentencia Gorniet vs. Union of Post Office Workers* 1977.

República Búlgara [Leyes] *Código Procesal de la República Búlgara.*

Estados Unidos [Leyes] *Código Procesal Penal Estadounidense.*

Italia [Leyes] *Código Procesal Penal Italiano.*

PARA CITAR ESTE ARTICULO

ESTRELLA, Manuel. "La Fase Intermedia". En: *Revista Justicia y Razón*, Escuela Nacional de la Judicatura, 3 (2): 44-59, mayo-julio 2006.



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA

República Dominicana