

DERECHOS HUMANOS Y DESOBEDIENCIA A LA LEY

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA,
DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen: En el presente artículo se analiza la infracción de la ley, haciendo alusión a algunas cuestiones novedosas como la de si podría existir una justificación "legal" del fenómeno de la desobediencia civil, si cabe hablar de objeción de conciencia "de los jueces" ante las leyes injustas, si podría en alguna circunstancia la "guerra ser justa" o si no es mejor abandonar la punición y tender a la privatización y la "conciliación" en el Derecho penal.

Palabras clave: desobediencia civil, guerra justa, sanción, justificación, Derecho penal, objeción de conciencia, delitos, valores, jueces, ley injusta.

Abstract: In this paper, we study the infraction of the law, specially in relation with new problems, such as the possible "legal" justification of civil disobedience, or the possibility of a conscientious objection "of the judges", or of talking of a "justified war", as well as the current substitution of punishment by a "private" criminal law.

Key words: civil disobedience, just war, punishment, justification, criminal law, conscientious objection, crimes, values, judges, unjust law.

1.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se encuadra en la temática del mayo del 68 y las protestas y revueltas a que dio lugar, actualmente que se cumplen cuarenta años de esos acontecimientos. Nuestra aportación pretende

centrarse sobre la cuestión relacionada con la materia de las distintas formas de desobediencia a la ley. Esta temática ha sido objeto de otros estudios. En éste queremos adentrarnos en algunos aspectos polémicos en relación con el tema: si existe la posibilidad de justificar legalmente algunas formas de desobediencia como la desobediencia civil; si es posible hablar, aunque en un sentido algo impropio- de objeción de conciencia de los jueces, cuando se enfrentan a la aplicación de una norma que consideran injusta; si cabe, y en qué casos, considerar la existencia de una guerra justa; y si es posible conciliar más que sancionar en la desobediencia criminal.

2.- ¿CABE JUSTIFICAR LEGALMENTE LA DESOBEDIENCIA CIVIL?

En los últimos diez años aproximadamente, nos hemos ocupado del tema de la desobediencia civil y la objeción de conciencia como formas de desobediencia al Derecho. Ello se ha plasmado en una serie de publicaciones, monografías y artículos-. A ellos nos remitimos.¹ Aquí,

¹ Ver, María José Falcón y Tella: *La desobediencia civil*. Prólogo de Fernando Garrido Falla, Madrid, Marcial Pons, 2000. Recensionado: Por el prof. Guido Saraceni, en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, julio-septiembre 2001, págs. 424-426. Por la prof^a. Paula López Zamora, en la *Revista de Estudios Políticos*, 111, págs. 312-315. Por la prof^a. Beatriz Castro Toledo, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 94, Curso 1999-2000, págs. 243-266. Por el prof. Oscar M^a Prieto García, en el *Anuario de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 2001, págs. 1026-1035. Por el prof. Juan Antonio Martínez Muñoz, en *Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura*, vol. 53, primavera de 2002, págs. 146-148. Por el prof. Pedro Rivas, en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 34, 2000: "De nuevo sobre la desobediencia civil", págs. 447-450. Id, *Legal Validity and Civil Disobedience*, India, Indian Institute of Comparative Law, 2000. Id, *La désobéissance civile face à la Philosophie du Droit*, Prólogo de Alfred Fernández, Genève, Editions Diversités, 2004. Id, *Civil Disobedience*. Traducción al inglés por Peter Muckley, Prólogo de Martti Koskenniemi, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004. Reseña en Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, Catalogue Spring 2005, *International Law*, págs. 3 y 73. Id, *El ciudadano frente a la ley*. Buenos Aires-Madrid. Editorial Ciudad Argentina-Universidad Complutense de Madrid. 1^a ed., 2004. 2^a ed., 2006. Reseña en *ABC. Blanco y Negro Cultural*, del 27 del 11 de 2004, pág. 17. Id, *A History of Civil Disobedience*. Editions Diversités.

Genève. Diciembre 2004. VVAA, *Guerra, Moral y Derecho*, Madrid, Actas, 1994. Presentación de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: Capítulo 11: "Algunas consideraciones acerca de la desobediencia civil", págs. 215-257. Recensionado: por Ricardo Fortín Esquifino, en la *Revista Española de Derecho Militar*, 64, julio-diciembre 1994, págs. 430-435. Y por Irma-Paz Avellán en la *Revista de Pensamiento y Cultura Ventuno*, 33, primavera 1997, págs. 143-146. VVAA, *Libro Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, III, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. Artículo: "El desobediente civil ante el Derecho penal", págs. 3149-3165. VVAA, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Directores Raul Morodo y Pedro de Vega. Presentación de José Iturmendi Morales, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid- Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo III, 2001, Artículo: "La desobediencia civil y la Constitución de 1978: ¿Un derecho a la desobediencia?", págs. 1563-1597. *Human Rights, Minority Rights, Women's Rights*, Beiheft nº 78 del *Archiv für Rechts-und Sozial Philosophie. Proceedings of the 19th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, New York, June 24-30, 1999. Editado por Alexander Brösl y Marijan Pavnik, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2001, Paper: "Legal Justification for Civil Disobedience: A Right to no Law?", págs. 45-53. María José Falcón y Tella, "Un droit à la désobéissance civile", en Alfred Fernández y Robert Trocme (eds.): *Vers une culture des droits de l'homme. Droits de l'homme, cultures, économie et éducation*, Université d'Été des Droits de l'Homme et du Droit à la Éducation, Editions Diversités Genève, 2003, págs. 147-173. Id, "Los precedentes de la desobediencia civil en el mundo griego", en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 90, 1999, págs. 67-88. Id, "Desobediencia civil y derecho de asilo", en la *Revista Hispano-Cubana*, 6, 2000, págs. 157-163. Id, "Desobediencia paralegal", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Epoca*, Vol. 1, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2000, págs. 37-61. Id, "La obligación política de obediencia del individuo", en la *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, nº 115, enero/marzo 2002, págs. 99-111. Id, "Posibilidad de fundamentación de un derecho a ir contra el Derecho", en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 97, Curso 2001-2002, Madrid, 2002, págs. 255-267. Id, "La justificació jurídica de la desobediència civil", en el número monográfico de *Transversal. Revista de Cultura Contemporànea*, sobre el tema de la Desobediència civil, 19, 2002, dirigido por Ramón Camats, págs. 46-49. Id, "Should We Obey the Unjust Law? The Question of Civil Disobedience", en el *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXIII, 1997, págs. 11-37. Id, "La désobéissance civile", en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, diciembre, 39, 1997, págs. 27-67. Id, "Principal Realist Theories of Efficacy and Obedience to the Law", en el *Indian Socio-Legal Journal*,

en este artículo, nos vamos a limitar a destacar lo más original de las conclusiones alcanzadas en torno a estas cuestiones. Sobre la objeción de conciencia y sus diferencias con la desobediencia civil tenemos publicado un artículo en la Revista "Persona y Derecho", dirigida por el profesor Andrés Ollero.² No es a esta temática a la que queremos aludir aquí. La objeción de conciencia –tanto la militar, como otras variantes– está reconocida expresamente en la mayoría de los sistemas democráticos, en el Derecho positivo –incluso a nivel constitucional– en relación con la libertad ideológica y de conciencia. Por eso aquí y ahora nos vamos a centrar más en la otra cara de la moneda, la nunca reconocida positivamente, la desobediencia civil. Y es que nuestra postura al respecto consiste en afirmar la existencia de un cierto

vol. XXV, nº 1 y 2, 1999, págs. 21-41. Id, "Legal Validity and Obedience to the Law", en el *Indian Socio-legal Journal*, vol. XXV, nº 1 y 2, 1999, págs. 89-101. Id, "La desobediencia civil como derecho", en *Cadernos de Direito da UNIGRANRIO*, ano 1, nº 1, Brasil, 1999, págs. 15-29. Id, "Un droit à la désobéissance civile? Quelles conséquences juridiques?", en la *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, 45, diciembre, 2000, págs. 87-101. Id, "Legal Justification for Civil Disobedience. Is it Possible?", en *Indian Socio-Legal Journal*, vol. XXVI, nº 1&2, 2000, págs. 137-145. Id, "Justified Illegality: The Question of Civil Disobedience", en Arend Soeteman (ed.), *Pluralism and Law, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 2003, Proceedings of the 20th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Amsterdam, June 20-24, 2001, volume 2: State, Nation, Community, Civil Society*, págs. 44-52. Id, "The Presumption of Innocence and Civil Disobedience", en Alexander Peczenik (ed.), *Proceedings of the 21st IVR World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie. Beiheft Nr. 95*, Franz Steiner Verlag, Parte I, Justice, págs. 176-184. Id, "Legal Justification for Civil Disobedience?", en el *Finnish Yearbook of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, XIII, 2002, págs. 19-35. Id, "Civil Disobedience and Test Cases", en *Ratio Juris*, Blackwell, 17, 3, septiembre 2004, págs. 315-328. Id, "Civil Disobedience as a Problem of Justification", en *Rechtstheorie*, 36 Band, Heft 2, 2005, págs. 243-261. Id, "The Main Representatives of Civil Disobedience", coautor: Fernando Falcón y Tella, en *Indian Socio-Legal Journal. An International Journal of legal Philosophy, Law and Society*, vol. XXXI, nº 1&2, 2005, págs. 45-59.

² Ver, nuestro artículo, "Libertad ideológica y objeción de conciencia", en "Cambio Social y transición jurídica. (Veinte años de jurisprudencia constitucional)". Número monográfico de *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 44, 2001, págs. 173-219.

“derecho a la desobediencia civil”. Pero no sólo un derecho de carácter moral, sino un cierto “derecho subjetivo”.

Es decir, que nosotros defendemos en nuestros escritos que, cuando se dan todos los requisitos de la figura, la desobediencia civil puede resultar:

+ “justificada”, en el plano de los valores, a través de la justificación “iusnaturalista” (en base a una ley superior), “relativista” (basada en la propia conciencia individual) o “utilitarista” (fundamentada en el bien público común);

+“explicada”, en el nivel de los hechos-;

+“excusada”, en el ámbito de las normas jurídicas. La diferencia entre justificar y excusar es que si algo está justificado –por ejemplo, matar en legítima defensa- deja de ser algo malo o reprobable. En cambio una excusa –por ejemplo, cuando un menor de edad mata a alguien- no convierte el hecho en bueno o no malo, sino exclusivamente en exento de reproche o responsabilidad jurídica. Es a esta excusa jurídica a la que nos vamos a referir a continuación. Creemos que en ella reside el talón de Aquiles y el posible filón sin explorar de toda esta temática, que permite hablar de un “derecho”, “sui generis” pero derecho, a desobedecer civilmente. En esta temática una palabra clave es “antinomias”.

Las antinomias en materia de desobediencia civil no siempre se producen en el plano axiológico, sino que a menudo se dan más a ras de suelo, en las llamadas relaciones de fuerza o de poder. Así, por citar sólo tres supuestos, se producirían antinomias entre poderes, en primer lugar, cuando se oponen la perspectiva del gobernante y la de los gobernados o, lo que es lo mismo, el principio de sumisión y el de autonomía.

Además de la antinomia producida entre gobierno y gobernados, y a modo de segunda especie de antinomia entre poderes, se encuentra la que opone, en su caso, el poder central o estatal, por un lado, con los poderes federales, regionales o autonómicos, por otro. Aquí será el principio de competencia el que determine cuál es el órgano revestido de autoridad para decidir en el caso concreto, el estatal o el federal. Quizás desobedecemos lo estatuido por el poder central, pero esa desobediencia civil se puede, sin embargo, amparar en lo establecido por los poderes autonómicos, o viceversa.

Por último, cómo no, se produce antinomia entre poderes cuando chocan los mandatos del poder legislativo, del ejecutivo y del judicial. Este choque admite a su vez diversas variantes, según entren en conflicto los poderes legislativo y ejecutivo, legislativo y judicial o ejecutivo y judicial. Quizás desobedezcamos los mandatos del poder ejecutivo, pero podamos amparar esa violación en última instancia en la Constitución, como ley suprema. O bien desobedezcamos civilmente la ley, pero nos amparemos en la práctica judicial existente en otro sentido, especialmente en sistemas jurídicos como el anglosajón, en los que la jurisprudencia es auténtica fuente del Derecho. En todos estos casos el principio que rige en la resolución del conflicto es el principio de división de poderes, ya formulado por Montesquieu, en virtud del cual es preciso que el poder frene al poder, mediante la división y coordinación de funciones.

Pero es el tercer supuesto, el de la antinomia normativa, el que ofrece una mayor relevancia en materia de desobediencia civil, ya que el mismo nos permite saber, entre otras cosas, si podemos hablar de la existencia de un derecho subjetivo a desobedecer civilmente.

Ciertamente en aquellos supuestos en los que se da la desobediencia civil se produce un conflicto de bienes o antinomia en el que intervienen por lo menos tres tipos de normas: 1. La norma que el acto de desobediencia civil viola; 2. La norma que se pretende que la sustituya, que puede ser una simple negación de la anterior. 3. La norma en la que se ampara la violación de la norma 1.

Si nos fijamos solamente en la norma del tipo 1, que es lo que hace la mayoría de la doctrina, llegaremos a la conclusión, a primera vista irrefutable, de que la desobediencia civil, en cuanto violación de una norma jurídica, es un acto ilegal y punible. No obstante, incluso en atención a la norma del tipo 1, a la norma violada, cabe hacer alguna matización y así, por ejemplo, no puede considerarse que la desobediencia civil, aunque acto ilegal, constituya un delito. Si partimos de la definición del delito como acción típica antijurídica, culpable y punible, vemos que la desobediencia civil raramente está contemplada en un tipo penal concreto. Además, podemos encontrar en la desobediencia civil circunstancias que excluyen alguno de los elementos del ilícito penal. Por otro lado, a menudo en la aplicación de una norma cabe, a través del juego de una serie de recursos, tales como la analogía, la equidad, el recurso a la naturaleza de las cosas o a aquellos criterios de interpretación que, como la interpretación lógica, sistemática o

sociológica, van más allá de la estricta interpretación gramatical, que nos apartemos de una aplicación o interpretación estrecha de la norma y que en cierto modo la obedezcamos, aunque a primera vista parezca que la desobedecemos.

Mayor novedad resulta aún de la contemplación de la desobediencia civil desde la perspectiva de las normas 2 y 3. Y aquí puede objetárenos que en la desobediencia civil en realidad no se dan ni una norma que sustituya a la violada, ni otra que ampare la violación de la misma. Sin embargo, a nuestro juicio, y como tendremos ocasión de argumentar, ambas situaciones se producen en la desobediencia civil. Así, podemos hablar de la existencia de una norma que sustituye a la violada al menos como proyecto que se materializa cuando la desobediencia civil llega a buen fin. No olvidemos que la desobediencia civil tiene fines innovadores, de sustitución de la legalidad vigente. No se trata de que los desobedientes tengan y presenten siempre un proyecto de ley alternativo, sino simplemente de que "a sensu contrario", por la vía de la negación de la legalidad vigente, pretendan que a determinada situación o supuesto de hecho se le atribuyan unas consecuencias jurídicas que no sean las previstas para ese supuesto por la norma. Se trataría de una especie de nueva norma negativa, de una norma general exclusiva, simple negación de la que se viola.

Pero, en la desobediencia civil existiría incluso una tercera norma, que bajo la forma de ley eterna, ley divina, ley moral o ley natural -para quienes, en la línea iusnaturalista, otorgan relevancia jurídica al mundo suprapositivo-, o como principio, ley internacional o precepto constitucional -para la generalidad de la doctrina positivista-, ampara, aunque sólo sea de manera tangencial, la desobediencia civil, permitiéndonos hablar de la existencia, si bien en sentido limitado o impropio, de un "derecho" a la desobediencia civil.

Por tanto, podríamos afirmar, a modo de conclusión, que la desobediencia civil en el plano normativo, de la excusa jurídica, sería un acto ilegal en la medida en que viola una norma jurídica 1, pero cuya ilegalidad no responde al esquema rígido de los delitos y que además tiene un cierto respaldo legal por la existencia, junto a la norma violada, de otras normas del tipo 2 -norma que sustituye a la violada- y 3 -norma en la que se apoya la violación normativa-.

3.- ¿CABE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL JUEZ ANTE LA LEY INJUSTA?

De todos es bien sabido que la objeción de conciencia en su sentido típico se refiere, aunque en España hoy esté en desuso, a la obligación de prestar el servicio militar. No obstante, cabe amparar otros tipos de objeción a través del artículo 16 de la Constitución española de 1978, regulador de la libertad ideológica. Tal es el caso de la objeción fiscal –negativa a pagar impuestos por considerarlos injustos- y la objeción médica –por ejemplo, ante las prácticas abortivas-. Es también el supuesto de una serie de manifestaciones *sui generis*, algunas muy pintorescas, como la negativa a saludar la bandera, a portar casco en una motocicleta en el caso de los hindúes, a afeitarse la barba en prisión –en el de los talibanes-, a las transfusiones de sangre –en los Testigos de Jehová-, etc.

La pregunta es: ¿cabría que un juez objetase en conciencia ante la aplicación de una ley que considera injusta? En otras palabras: ¿cabe hablar de objeción de conciencia para los jueces? La respuesta, a primera vista, sería negar esta posibilidad, por tener el juez una obligación cualificada de obediencia a la ley, que no está presente en el resto de los ciudadanos.³

La cuestión se ha planteado recientemente en nuestro país en relación con la negativa de algunos jueces a casar a personas del mismo sexo. En estos supuestos: ¿cabe hablar de objeción o estamos más bien ante un supuesto de desobediencia civil? La cuestión no es retórica, pues mientras la objeción –en caso de permitirse al juez esgrimirla- es una figura legalmente reconocida por el Derecho, la desobediencia civil es por definición ilegal –de paralegalidad prefieren hablar algunos, en atención, precisamente a la concurrencia en esta figura de una cierta aceptación de las sanciones y del marco constitucional democrático, frente a la desobediencia criminal, a los delitos, éstos sí completamente fuera de las reglas de juego-.

La labor de aplicar e interpretar la norma jurídica y la decisión sobre la solución a aplicar en su caso corresponden al aplicador e intérprete por

³ Ver, nuestro artículo, “¿Existe un gobierno de los jueces? Redefiniendo los límites actuales del poder judicial”, en Foro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en prensa.

excelencia del Derecho: el juez. La labor del juez está presidida por una serie de principios⁴.

En primer lugar se encuentra el principio de "*independencia de los jueces*". Por tal se entiende, no que el juez pueda actuar según su conciencia con total libertad, sino que su labor debe estar desvinculada de postulados políticos, éticos o económicos.

Un segundo principio que debe presidir la tarea del juez es el de "*sometimiento al Derecho*". Los jueces son independientes, pero deben estar sometidos al imperio de la ley (a tenor de los artículos 9.1 y 117 de la Constitución española de 1978). Esto implica que las decisiones judiciales deben fundarse jurídicamente, para garantizar la seguridad jurídica. No obstante, ello no impide atribuir al juez un cierto margen discrecional de creación, pues en nuestros días la revuelta antiformalista ha supuesto una evolución del principio de legalidad, que hace que la labor del juez no sea meramente declarativa y silogística.

Existe, como tercer principio regulador de lo que debe ser la actuación judicial, lo que se conoce como "*conciencia social del juez*". El juez —el poder judicial—, como integrante del concepto amplio de Estado, debe representar y encarnar la conciencia social, si bien, una vez más, dentro de los márgenes trazados por el ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, al servicio de la certeza jurídica en las relaciones sociales.

Hemos visto, pues, cómo la conciencia social, por un lado, y el ordenamiento jurídico, por otro, actúan como dos puntos de referencia que deben marcar la actuación del juez en la aplicación-interpretación del Derecho en general. Pero nos queda un tercer factor a tener en cuenta en este análisis de los principios que presiden la labor judicial: la *conciencia individual*. El juez, aunque represente al Estado y sirva al Derecho, en cuanto ser individual tiene una conciencia personal de la que no puede renegar. ¿Cuál es el papel de la conciencia individual en la tarea del juez? O, en otras palabras, ¿existe un derecho del juez a la objeción de conciencia? ¿Puede el juez, ante un caso concreto objetar en conciencia contra la ley a aplicar por considerar, por ejemplo, que la

⁴ Seguimos la aportación de Rafael de Asís Roig, "Las tres conciencias", en VVAA: *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1993, esp. págs. 27-31.

misma es, no sólo injusta, sino también falta de equidad. ¿Puede ampararse el juez en la libertad ideológica para objetar en conciencia en estos casos?

A continuación nos vamos a referir a algunas vías judiciales a través de las cuales el juez puede eximirse de cumplir la ley objetando en conciencia. Hacemos la salvedad de que al hablar aquí de objeción de conciencia del juez estamos manejando estos términos en un sentido un tanto impropio, distinto, por ejemplo, a como lo haríamos al aludir a la objeción de un recluta a realizar el servicio militar o de un médico a practicar un aborto. Teniendo en cuenta esta precisión técnica, pasamos sin más preámbulos al análisis de las tres vías de objeción del juez a la ley indicadas.

Un primer cauce de actuación del juez que en conciencia considera injusta la ley a aplicar e imposible la solución en equidad es "*inhibirse y remitir a otro miembro del poder judicial*". Esta vía sería en principio posible, aunque, repetimos, no se llame técnicamente objeción. En este sentido el artículo 4.3 del Código penal español de 1995 establece que: "Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo".

Otra posible vía de actuación del juez ante un caso cuya solución es considerada ilegítima según su conciencia sería "*dictar una resolución conforme a su conciencia, pero contraria a Derecho*". Esta segunda solución parece en principio más difícil de admitir que la anterior, pues el juez es un servidor público con una obligación de obediencia cualificada. A menos, y esto sería ya rizar el rizo, que contraargumentemos diciendo que el juez puede dictar una resolución contraria a Derecho –equidad "*contra legem*"–, pese a ser un funcionario público sometido en el ejercicio de su función a la ley, porque puede objetar también ante esa ley –en este caso, como hemos visto, ante la propia Constitución– que establece los términos y límites en el ejercicio de su función. Pero, decimos, esto parece excesivo porque sería quebrar uno de los principios constitucionales básicos del propio Estado de Derecho: el principio de legalidad.

Finalmente, el juez enfrentado a una ley a su juicio injusta puede optar por una tercera vía de actuación: "*utilizar las causas de abstención*" previstas en la ley. Nuestro ordenamiento jurídico concede al juez la posibilidad de abstención, sin esperar a que se le recuse, por cualquier causa legalmente tasada, siempre que motive la abstención, para evitar actuaciones irreflexivas, pudiendo dicho juez ser objeto de corrección disciplinaria cuando su abstención no se encuentre suficientemente justificada. En el ordenamiento jurídico español una de las causas legales de abstención y, en su caso, de recusación es la amistad íntima o el "tener el juez interés directo o indirecto en el pleito o causa". Es a través de este concepto de interés directo o indirecto en el pleito como tiene entrada la posibilidad de objeción de conciencia del juez en un caso en que la ley le parezca injusta. Podría así el juez argumentar que posee un interés directo o indirecto en la causa, al encontrarse en conciencia en desacuerdo con el sentido de la norma, por estar su conciencia individual en contradicción con la conciencia social del Estado, que él debería representar. Esta tercera vía, de la abstención, es lo más parecido a una objeción de conciencia del juez ante un caso cuya resolución conforme a Derecho le parezca injusta.

4.- ¿EXISTE LA GUERRA JUSTA?

Se plantea la cuestión de la posible justificación de la guerra. En contra de la guerra no hace falta argumentar mucho, pues de todos es sabido la gran miseria y destrucción que origina. Más interesante es abordar la cuestión de los posibles cauces y motivos que convierten la guerra en algo excusable. Al análisis de estas razones dedicaremos el resto de este epígrafe.⁵

En primer lugar es conveniente diferenciar entre el "Derecho de guerra" (*Ius in bello*) –es decir, el conjunto de normas jurídicas que

⁵ Ver nuestros artículos, "Guerra, Moral y Derecho: Sobre la justificación de la guerra", en la *Revista Cooperación Internacional (International Cooperation)*, nº 7, año 4, 2001, págs. 15-23. Id, "Consideraciones acerca de la guerra", en el Volumen Colectivo *Cuestiones de Derecho Internacional y Política*, coordinado por el Prof. Francisco Gago Guerrero, conmemorativo del curso de verano de la Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2007, págs. 729-45. Id, "Las generaciones de derechos y la guerra", en el *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Volumen 4. 2003, págs. 35-55.

regulan los conflictos bélicos, para hacerlos más conformes al Derecho— y el "derecho a la guerra" (*ius ad bellum*) como facultad de declarar y de hacer la guerra. Una justificación de la guerra se referirá a ambos aspectos. No obstante, el aspecto que más destaca sería el segundo, es decir el saber cuando es legítimo emprender una guerra.

Los orígenes del "Derecho de guerra" se remontan muy atrás en el tiempo. Ya los pueblos antiguos conocían instituciones como las alianzas y las treguas. Pero durante largo tiempo la regulación de la guerra se llevó a cabo por cauces principalmente consuetudinarios, si bien algunas legislaciones primitivas contemplaban algunas normas bélicas. La idea central era la discriminación del extranjero, del "bárbaro", así en Roma. Los romanos no desconocieron tampoco las leyes del honor guerrero. Pero hay que esperar a la Revolución Francesa, y a la generalización de la práctica de intervenir en la guerra, para que, por primera vez, se ensayase una reglamentación de la guerra sobre el papel, a través de Convenios internacionales. Este movimiento codificador de las leyes de la guerra se consolida tras las dos guerras mundiales. Baste citar aquí los Convenios de Ginebra y de La Haya sobre la suerte de los prisioneros de guerra, la protección de la población civil, la salvaguarda de los bienes culturales en caso de guerra, etc.

Es más interesante el examen de si existe un "derecho subjetivo" de los Estados a declarar la guerra. En la Edad Moderna, así en la Escuela española de los siglos XVI y XVII, por ejemplo en Francisco de Vitoria, se intenta justificar la guerra a través de la conexión con el "*ius gentium*" —o "*ius inter gentes*"— de los pueblos entre sí, de la comunidad universal.

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de estudiar la posible justificación de la guerra, su equidad, es el hecho de que la coerción es un elemento esencial en la regla jurídica. Un elemento constitutivo del Derecho es su cumplimiento voluntario o, en su defecto, la imposición de una sanción sustitutoria. Pero, ¿cómo es esto posible en el Derecho internacional, que carece de la fuerza vinculante respecto de sus sujetos, los Estados, que mantienen su soberanía, y respecto de los cuales no se pueden hacer casi más que recomendaciones? Al faltar una autoridad internacional, y unas instituciones internacionales —aunque hoy en día contamos ya con el Tribunal Penal Internacional— similares a las de los órdenes internos, no parece descabellado —tras agotar, eso sí, la vía diplomática— reconocer un derecho, aunque sólo sea de legítima defensa, a salvar los derechos conculcados.

Un pacifismo a ultranza es algo irreal, bonito en teoría, pero imposible en la práctica. El hombre es un ser en el que hay malicia, lo que da lugar no pocas veces a conflictos, a injusticias, a quebrantamientos de los derechos humanos. Del mismo modo ocurre con los pueblos, donde a menudo los más poderosos y ricos subyugan a los más pobres e indefensos. Hasta tal punto ocurre así que incluso una institución tan defensora de la paz como la Iglesia no veía incompatibilidad en principio entre el oficio de soldado y la profesión de la fe cristiana.

Otra cosa es que luego la guerra sea injusta en la forma y en los métodos que desarrolla. Pero, como último recurso, existiría por lo menos el derecho a prepararse para defenderse de posibles agresiones – guerra defensiva, no ofensiva–. Pensemos en la situación de guerra fría a nivel mundial mantenida durante años entre el bloque occidental, capitaneado por EEUU, y los países del Este, con la URSS a la cabeza. El orden internacional permite a los Estados "hacia afuera" lo que ellos "hacia adentro" deben prohibir forzosamente a sus nacionales. Una cuestión distinta de la legitimación de la guerra defensiva, como viene siendo aceptada en el Derecho internacional, se plantea en nuestros días respecto a la justificación de una guerra "*preventiva*", por parte de algunos Estados, que se anticipa a posibles conflictos y abusos terroristas. En este punto la opinión de la comunidad internacional se encuentra dividida.

Llegados a este punto, hay que decir que no es lo mismo la guerra justificada que la "guerra justa" tal como ésta se entiende en su sentido estricto, como una manifestación histórica de la guerra. La primera sería el género en el que se encuentra la segunda, a modo de especie. No toda guerra justificable, o incluso justificada, pertenece a la categoría de "guerra justa". La doctrina de la "guerra justa" tiene su manifestación en una serie de pensadores y doctrinas que han desarrollado los presupuestos y requisitos de tal figura. Si echamos una rápida mirada retrospectiva, históricamente se entiende por "guerra justa" aquella doctrina que parte del pensamiento de los clásicos –Aristóteles, Cicerón–, que es recibida en la Edad Media –San Agustín, Santo Tomás de Aquino– y que de ahí pasa a la Edad Moderna, básicamente a la Escuela española de los siglos XVI y XVII –Vitoria, Suárez, Molina–.

Las normas tradicionalmente empleadas en la doctrina de la guerra justa son las siguientes: 1.- La causa debe ser justa. 2.- La guerra debe ser el último recurso. 3.- La guerra debe ser declarada por una autoridad

pública competente. 4.- Debe existir un deseo razonable de victoria. 5.- La intención del gobierno que se enzarza en la guerra debe ser ajena al odio, la crueldad o los deseos de venganza. 6.- Debe existir proporcionalidad entre el bien que se intenta alcanzar y los efectos nocivos que se causarán. 7.- La guerra ha de ser llevada a cabo correctamente, a través de los medios adecuados.

Tanto en el caso de guerra justa, como en el más amplio de guerra justificada, estaríamos ante figuras contrarias a la justicia en abstracto – que defiende a ultranza la paz y se opone a todo germen de violencia–, pero próximas a la equidad –como justicia del caso concreto–, que ante determinada situación internacional podría, llegado el caso, hacer aconsejable el uso de la fuerza. Habría que estudiar detalladamente la situación concreta para ver si tal justificación está presente⁶.

Resulta clásica la distinción entre la "*auctoritas*" y la "*potestas*". Alguien tiene *autoridad* en el nivel de los valores, mientras que la potestad o poder se incardina en el plano empírico. Cuando digo que un reputado pensador o un Premio Nóbel tienen una gran autoridad moral sobre la opinión pública en determinado tema en el que son maestros, con una trayectoria científica o moral acreditadas, estoy aludiendo a una obediencia voluntaria y a una adhesión incondicional a la opinión de dicho pensador o experto, derivada de conceptos como los de prestigio o respetabilidad. La autoridad moral es a lo que todos deberíamos aspirar

Por el contrario, cuando contemplo a un dictador que tiene sojuzgado a un pueblo bajo un régimen tiránico, las razones de la obediencia aquí no radican ya en que la gente sienta fervor y respeto hacia él, por su autoridad moral, sino más bien en el temor que, a nivel fáctico, les inspira la posibilidad de que utilice la fuerza contra ellos. Antes que forzosamente, y con riesgo para sus vidas, los súbditos –más que ciudadanos– se pliegan a sus mandatos. Aquí la adhesión no se produce en el momento inicial mismo de gestarse la voluntad del que obedece, sino en el último tramo, antes de ejecutar o llevar a la acción esa orden. Estamos ante el fenómeno del *poder*.

Junto a los dos conceptos anteriores, la autoridad –con connotaciones morales– y el poder –más compulsivo–, y a medio camino entre ambos, se encontraría la noción de *influencia*. Cuando decimos que un ministro o un rector de una Universidad tienen influencia –con

⁶ Ver nuestro trabajo: *La desobediencia civil*, op. cit., págs. 110-116.

independencia de que puedan tener, por su prestigio personal, o no, también autoridad-, nos referimos a que tienen la capacidad de "incidir" sobre la voluntad ajena obteniendo la obediencia. En este caso el sujeto obra como quiere, pero no autónomamente, porque esté convencido; tampoco porque alguien le obligue "*de facto*", por la fuerza, a actuar de esa manera; sino porque, a la postre, en un momento intermedio entre la formación autónoma de la voluntad y su ejecución fáctica, una fuerza ajena a su voluntad inicial le ha "influido" y ha desviado la misma orientándola en otro sentido distinto al inicialmente previsto.

Estos tres conceptos -autoridad, poder e influencia- nos pueden servir para intentar una propuesta de solución, que, aunque un tanto utópica, lo reconocemos, permita orientar el problema del derecho a la paz, a través de un intento de convertir la fuerza bruta en autoridad legítima. Como decía –o al menos a él se suele atribuir el dicho- Talleyrand a Napoleón: "Con las bayonetas, Sire, se puede hacer todo menos una cosa: sentarse sobre ellas". La coacción debe convertirse en reconocimiento si se quiere a medio y a largo plazo obtener la obediencia.⁷ En la guerra, como en tantas otras situaciones de la vida real, al más fuerte no le es necesario emplear los medios más duros, puesto que cuenta con la capacidad de convencer. Estamos pensando en este momento en el papel de la superpotencias mundiales, que lideran a nivel planetario las reglas del juego de la guerra y que mueven los hilos de las vidas de tantos seres humanos de a pie, a los que de nada les sirve que se les reconozcan los derechos humanos de primera y segunda generación, si la guerra hace mella en sus vidas privándoles del más básico de ellos: el derecho a la propia existencia. Por ello éste es un alegato para que los "señores de la guerra" se den cuenta de que, pese a los embates del terrorismo internacional y a los delicados del tema de la

⁷ Es el tema de las teorías de la coacción -basadas en la fuerza- frente a las teorías del reconocimiento -fundadas en la aceptación- como fuentes de legitimación del poder. Al respecto, ver María José Fariñas Dulce: *El problema de la validez jurídica*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid. Civitas. 1991, págs. 108-121. José María Rodríguez Paniagua: "La validez del Derecho desde un punto de vista jurídico, sociopsicológico y filosófico", en *Sociología y Psicología Jurídicas*. 1975, 2, págs. 49-61, esp. págs. 54 ss. Y María José Falcón y Tella: *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*. Prólogo de François Ost. Madrid. Civitas. 1994, págs. 259-293. Hay traducción al portugués por Stefani Borba de Rose Trunfo –*Conceito e Fundamento da Validade do Direito*. Brasil. Livraria do Advogado. 1ª ed. 1998. 2ª ed. 2000- y al inglés por Peter Muckley –*The Validity of Law: Concept and Foundation*. Brasil. Livraria do Advogado. 2000-.

seguridad internacional, no se deben violar derechos básicos, como el derecho a la libertad de expresión o el derecho a una información veraz, por mucho que un "hipotético posible peligro futuro" aceche.

Tal vez en este enfrentamiento entre Oriente y Occidente que subyace en el problema del terrorismo y en la cruzada que contra él se lleva a cabo hoy en día, haya que recordar lo que ya el pensador alemán de la Escuela de Frankfurt –hoy retirado en Stanberg- Jürgen Habermas⁸ señalase sobre el diálogo, el consenso y la comunicación como medios de ayudar a que el poder se haga autoridad y ésta, paz, en vez de intentar la solución por la vía de retroceder en lo que eran conquistas ya adquiridas, de la libertad de los derechos de primera generación. De otro modo estaremos ante un proceso de involución, más que de evolución, en la lucha por los derechos humanos. Las generaciones de derechos no deben echar por tierra conquistas tan difíciles de alcanzar y tan importantes como las que dieron lugar a las clásicas declaraciones –la francesa y la norteamericana- de derechos civiles y políticos. El Derecho es una conquista que hay que revalidar, una lucha constante que hay que mantener contra los peligros que se presenten. Pero la lucha no es un fin en sí misma, sino un medio al servicio de un fin mayor: la paz.

Muchas veces la solución más adecuada frente al mal no es la de oponer otro mal en sentido contrario. Tal como propugnara, y llegase a hacer realidad, Gandhi en la India, la solución pacífica de los conflictos a menudo es posible y, lo que es más importante, es eficaz. Medidas como

⁸ Ver Jürgen Habermas: "Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?", en *Moralität und Sittlichkeit*. 1986. Ed. W. Kulmann. Frankfurt. Suhrkamp, págs. 16-37. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires. Ed. Amorrortu. 1975. "Problemas de legitimación en el Estado Moderno", en *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid. Taurus. 1981. Juan Antonio García Amado: "Justicia, Democracia y validez del Derecho en Jürgen Habermas", en *Sistema*, 1992, pág. 107 y ss. También Robert Alexy: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford. Clarendon Press. 1989, págs. 131 a 138: "Habermas Consensus Theory of Truth". Del mismo autor: "On Necessary Relations between Law and Morality", en *Ratio Juris*. 1989, 2, págs. 167- 183. José Manuel Aroso Linhares: "Habermas y la argumentación jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 79. Curso 1991-1992, págs. 27- 55. André Berten: "Légalité et Légitimité. A propos de J. Habermas", en *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*. 1980. 4. págs. 1-29. Innerariy: "La teoría discursiva de la legitimidad de Jürgen Habermas", en *Persona y Derecho*. Navarra. 1986. 14, págs. 233 ss.

el boicot, la no cooperación o la huelga, preconizadas y protagonizadas por el Mahatma, echaron por tierra en la India uno de los mayores imperios coloniales del momento, el británico. Esto no implica que siempre se pueda vencer por las buenas, pero al menos no hay que descartar que en un gran número de situaciones de la vida real la vía pacífica en la resolución de las enemistades sea una estrategia apta.

Pensemos por un momento a través de una metáfora: un coche a gran velocidad que se sale de la carretera y colisiona. Si -primer supuesto- choca con otro coche en la misma dirección y sentido contrario, el impacto será muy grande, el producto exponencial de las fuerzas opuestas de ambos vehículos. Pero pensemos -segundo supuesto- que el automóvil colisiona contra un muro. En este caso el impacto para los ocupantes del mismo será menor, pues no multiplicará dos fuerzas opuestas, sino simplemente una fuerza en determinado sentido, contra una pared, que ofrece una resistencia menor. Por último, vayamos más allá y supongamos -tercera posibilidad- que en realidad contra lo que choca el vehículo es contra algo que no ofrece resistencia, por ejemplo, contra un tendido de ropa que hubiese en los terrenos próximos al arcén. En este último supuesto el impacto de la colisión sería mínimo, pues el coche iría perdiendo fuerza y desacelerándose, al no encontrar obstáculo alguno en su camino.

Lo mismo que en el ejemplo anterior puede observarse con frecuencia en la vida diaria, tanto en la experiencia individual de cualquier persona, como a nivel internacional, en las relaciones entre Estados -caso Palestino-Israelí-. Si a cada golpe de una parte la otra responde con un golpe equivalente, el odio se enquistará y la solución del conflicto se hará muy difícil, cuando no imposible. Habría que recordar ahora las enseñanzas bíblicas del Sermón de la Montaña, cuando ante una afrenta se recomienda “poner la otra mejilla”, si nos piden la capa se nos conmina a dar también el manto, y si nos requieren para caminar una milla, se nos llama a recorrer dos. Es el tema de la no resistencia al mal, tan presente en las doctrinas de los pacifistas de todas las épocas y lugares. Aquí lo traemos a colación no como una solución mágica, infalible, que nos permita poner fin automático a todos los conflictos. No se trata de eso. Estamos más bien ante una utopía, una visión o un sueño de algunas mentes humanas que históricamente demostraron la viabilidad de esta alternativa. Pensemos en los casos de

Sócrates,⁹ Jesucristo o Martin Luther King, Jr., que han pasado a la posteridad por sentar un ejemplo de acatamiento de una sanción injusta, amor fraterno o no discriminación.

Esto no quiere decir que haya que obedecer siempre al poder establecido. A veces es preciso, como Thoreau en Norteamérica, alzar la voz y protestar contra la ley injusta. De hecho a menudo es más fácil seguir la corriente y continuar los dictados de la opinión mayoritaria que nadar contra el sistema e intentar mejorarlo. Ya Fromm nos advirtió contra los riesgos del “miedo a la libertad” y cómo para desobedecer hay que estar dispuestos a cortar con la seguridad que nos proporciona el vernos arropados por la sociedad. Es el tema de la desobediencia civil, como alternativa “paralegal” que nos permite, sin romper por completo los lazos con el sistema, criticar, no obstante, algunas leyes injustas que pudieran estar obstaculizando los cauces democráticos e imponiendo dictados injustos de la mayoría a determinadas minorías que, precisamente por su condición de tales, nunca serán oídas, ni siquiera en democracia.

Dicho en otras palabras, que la guerra debe ser el último recurso, una vez ensayadas las vías pacíficas previas de resolución de conflictos – desobediencia civil, resistencia pacífica, manifestaciones, gestiones diplomáticas,...-. Además la guerra, como cualquier producto humano, tiene su manual de empleo. Simplemente, no todo vale. Existen unos usos y reglas de la guerra, ciertas cosas que deberán evitarse a todo trance, no pudiendo excusarnos en el dicho de que “estamos en guerra”. Estas normas y usos bélicos han cambiado y evolucionado con los tiempos, cierto. No pueden regir las mismas máximas en la actualidad, cuando los avances de la técnica a todos los niveles implican situaciones impensables hace años, por ejemplo, en la Edad Media. Pero, ¡cuidado! Una vez más hay que advertir que no todo vale, que no podemos sustituir las tradicionales exigencias que a lo largo de los siglos el Derecho internacional clásico esgrimió como únicos supuestos en los que una guerra se consideraría conforme a la justicia y, por lo tanto, legítima, por más que el ritmo de los tiempos y las nuevas exigencias de la seguridad internacional parezcan llevarnos por otros derroteros. De nuevo habría que preguntarse: ¿quién custodia a los que custodian? Ningún país, por muy superpotencia que sea –a nivel militar, económico

⁹ Ver José Iturmendi Morales, “Proceso y muerte de Sócrates. Un sabio ante la justicia de su tiempo”, en *Grandes Abogados, grandes procesos que hicieron historia*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 155-159.

o político- puede hacernos olvidar que existen postulados como el respeto de los derechos humanos y de las libertades civiles y políticas que todos, absolutamente todos, deben respetar.

5.- ¿CABRÍA LA CONCILIACIÓN MÁS QUE LA PUNICIÓN DE LOS DELITOS?

Una de las corrientes más novedosas que afectan al Derecho penal y al Derecho procesal penal a escala mundial es la llamada privatización, también llamada por otros como la reprivatización o consensualización. Hay algunos civilistas que defienden que en realidad de lo que se trata es de una civilización del Derecho penal, aludiendo a la influencia del Derecho civil en el Derecho penal.¹⁰

En esta materia se manifiesta una relajación o relativización del sistema de la estricta legalidad penal, donde el principio de legalidad pierde sustento. Ello se debe en parte al fenómeno globalizador, que trajo como consecuencia nuevos riesgos aparejados a las sociedades modernas y una “inflación sancionadora”. Ello hizo surgir la necesidad de que la víctima se considerase partícipe central en el conflicto y el Derecho penal debiese buscar acentuar su interés por regresar al momento anterior al delito, a través de medios alternativos para la resolución de conflictos al tradicional de la prisión. Este modelo disuasorio –a través de la mediación, la conciliación o la reparación- está lejos de identificarse lisa y

¹⁰ Ver, sobre el tema, entre otros, Antonio García-Pablos de Molina, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996. Gonzalo Quintero Olivares, “La llamada privatización del Derecho penal”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, 2001, 6, págs. 13-21. Alberto Alonso Rimo, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002. Ricardo Manuel Rojas: “El poder represivo del Estado: ¿Se justifica la existencia del Derecho penal?”, *Themis*, 35. María José Falcón y Tella – Fernando Falcón y Tella: *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Prólogo de Antonio García-Pablos, Madrid, Marcial Pons, 2005. Hay traducción al inglés: *Punishment and Culture: a Right to Punish?*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006. Hay traducción al portugués en *Revista dos Tribunais*, 2008. Y al italiano, por Raffaello Dal Col, en *Milano, Giuffrè*, 2008. E. Highton – G. Álvarez – C. Gregorio, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1998.

llanamente con la reparación “económica” del delito. A ella se suman otras importantes formas de superar el delito, como, por ejemplo, una reparación “simbólica”, consistente en prestaciones personales, las excusas, disculpas, en fin, todo lo que pueda arribar a una solución pacífica del entuerto, de desjudicializar el asunto, y de permitir la entrada de agentes extraños a la instancia penal estatal, como los mediadores, psicólogos, trabajadores sociales, etc. Esto es especialmente válido en el sistema de justicia “juvenil”. Porque si la reparación se limitase a tener un contenido económico ello pondría a menudo al imputado, con escasos recursos, en una situación de desprotección. A diferencia de la mediación “civil”, la penal es más compleja, pues las partes generalmente no se conocen entre sí y existe un considerable desequilibrio entre el poder de la víctima y el del victimario.

Hay que recordar aquí que tradicionalmente, hasta el siglo XIII y la aparición del Estado, el sistema penal que conoció la Humanidad fue el “acusatorio”, basado en una verdadera contienda privada entre el acusado y el acusador, en una época en la que, en vez del poder central estatal, existían tribus y grupos parentales, donde era la víctima la que iniciaba el proceso penal para hacer justicia, limitándose el tribunal a juzgar, y estando compuesto por asambleas del pueblo o jurados. Con la aparición del Estado, el Derecho penal se hace público, trasladándose a él el poder penal del individuo o del grupo.

Hoy en día dicha situación está cambiando progresivamente ya que la función persecutoria estatal se encuentra en crisis. El Estado otorga mayor papel al individuo en la solución de los conflictos y, cuando se trata de bienes jurídicos individuales, pueda disponer iniciar o no el proceso penal cuando así lo considere conveniente. Se han introducido formas de negociación entre los sujetos procesales, tales como el procedimiento abreviado, la conciliación, la suspensión del proceso y el principio de oportunidad. Aparece la figura del acusador privado, en los delitos de acción privada y en los delitos de acción pública perseguibles a instancia de parte. Esto no significa retornar a la ley del talión y a la venganza privada, en las que la víctima se hacía justicia por su cuenta.

Actualmente el castigo ha de ser intencionalmente “infligido” (frente al arrepentimiento) por seres humanos (frente al castigo divino) distintos del ofensor (frente al autocastigo) que poseen

autoridad institucionalizada para castigar (frente a la venganza privada). El castigo se impone al ofensor como consecuencia de la acción humana. Cuando voluntariamente se restituye el beneficio indebidamente obtenido o se recompensa el mal derivado de la ofensa sin que medie la voluntad de una autoridad punitiva no hablamos de castigo, sino de *arrepentimiento*. Los castigos no sólo se nos imponen contra nuestra voluntad, sino que además deben ser impuestos por una voluntad ajena a la nuestra, por otros seres humanos. No basta con que se presenten imprevistamente *–just happened–*, como una suerte de imposición –como el daño que nos causa el dentista cuando no nos anestesia adecuadamente- o que sean inevitables, aunque intencionados –como en una intervención quirúrgica en la que por algún motivo no pueden administrársenos analgésicos contra el dolor-. Por el contrario, tiene que tratarse de una imposición deliberada por parte del agente o autoridad que lo aplica.¹¹

Los desastres naturales o los daños accidentales no pueden ser considerados castigos, salvo desde una perspectiva *religiosa*. Recordemos al Dios del Antiguo Testamento, que enviaba plagas y castigos divinos a los mortales. La doctrina suele coincidir en la exigencia de que el castigo ha de ser infligido por seres humanos, frente al castigo religioso, de origen *divino*. Lo contrario requeriría asumir la existencia de una vida ultraterrena, lo cual es una profesión de fe, algo que no todo el mundo está dispuesto a admitir. En esa hipotética vida futura se distribuirían los premios y los castigos. Otro rasgo del castigo divino sería la ausencia de institucionalización, tanto en el sentido de que no hay necesariamente reglas concretas a la hora de determinar qué *acciones* han de contar como ofensivas, como respecto al modo de surgimiento de la *autoridad* para infligir el castigo.

Por otro lado, lo que el castigo divino busca no sería la *eficacia* u obediencia de un sistema de reglas y normas –al modo del castigo terrenal-, pues aquél se produciría como una reacción aplazada en el contexto hipotético de una vida ultraterrena. Lo que tendría de positivo el castigo divino es que es *infallible*, no cabe el error, corresponde con la culpabilidad real y efectiva de quien ha cometido la ofensa, ya que quien inflige el castigo es conocedor absoluto y directo del grado de culpabilidad de quien lo ha de sufrir. Dios nunca

¹¹ J. Kleinig, *Punishment and Desert*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1973, pág. 23.

castigaría a un inocente. Otra cosa sería la posibilidad de castigos divinos colectivos.

Por otra parte, quienes aplican el castigo han de ser individuos distintos al ofensor, con lo que se excluiría de la definición *standard* de castigo el *autocastigo*, que uno se impone a sí mismo. Nada de castigos no intencionados, ni de castigos impuestos por el destino, ni de castigos divinos; tampoco de castigos que podamos infligirnos a nosotros mismos.¹²

Finalmente, destaca como nota característica del castigo que el mismo ha de ser impuesto por las personas a las que *institucionalmente* se otorgue la facultad de castigar –por ejemplo, un juez–, frente a la idea de que cualquiera puede tomarse la justicia por su mano. Esto último sería más propio de la venganza privada típica del estado presocial, anterior a la constitución del Estado.¹³ Lo que no parece necesario es restringir el concepto de castigo a la organización estatal y a los jueces; bastaría con la existencia de cualquier *autoridad* capaz de elaborar reglas, con unos *agentes* que las apliquen.

El Derecho penal actual simplemente no funciona en muchos aspectos y se convierte en un mecanismo para desplazar el interés individual de los reales agraviados hacia un supuesto interés estatal abusivo y escasamente eficiente. No se pretende reparar a la víctima sino al Estado, que persigue a quienes quiere y deja de perseguir también cuando le parece. Creemos que debe privatizarse en buena medida la acción penal y que sea el individuo el que analice el costo-beneficio de iniciar una acción y buscar una reparación. Nosotros no compartimos la idea de que el Estado deba poder imponer penas en su propio nombre –lo que Zaffaroni denomina “Derecho penal subjetivo”–.

La denuncia o querrela y el perdón, necesarios para “poner en marcha” e “interrumpir” respectivamente la maquinaria judicial punitiva han visto ampliados sus ámbitos de aplicación a un buen número de delitos con el Código penal de 1995 –además de a las

¹² Th. McPherson, “Punishment: Definition and Justification”, en *Analysis*, 28, 1967-1968, págs. 21-27, esp. pág. 22.

¹³ E.L. Ayers, *Vengeance and Justice: Crime and Punishment in the Nineteenth Century American South*, New York, 1984.

infracciones contra el honor, contra la libertad sexual, el abandono de familia o los daños imprudentes, a los delitos contra la intimidad, los societarios, los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, etc.-.

Fue en los países anglosajones, muy en concreto en los Estados Unidos de Norteamérica, donde, a finales de la década de los 70 del siglo pasado, comenzó a hablarse de una justicia “restitutiva”. En esta línea, en Estados Unidos se encuentra el movimiento de los derechos de las víctimas –“The Victim’s Rights Movement”-, la “condonation”, el “settlement” o composición de delitos menores, o los llamados “compounding crimes”. En Alemania se trata el tema de los “Antragsdelikte” y los “Privatlagdelikte”. Otro tanto puede decirse de la “querela” italiana –con los hechos impeditivos o preclusivos, y extintivos de la misma-.

Frente a la justicia retributiva, se trata de que se puedan reparar los prejuicios, restablecer las relaciones y el daño concreto de la agresión –reparar entuertos, desagraviar ofensas...-. No hay que olvidar que el fin último del Derecho es lograr la paz social y esto, al igual que en la esfera privada, a menudo podría alcanzarse mediante una “conciliación víctima-victimario”.

En esta línea, el tribunal puede suspender la realización del juicio durante un período de tiempo que puede abarcar varios años, con el fin de que si durante ese período el implicado no comete otro hecho criminoso, repara los daños y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinga la acción penal.

La pregunta que nos hacemos es: ¿Y si no castigásemos? ¿Y si tendiésemos hacia modelos de conciliación más que de punición y represión? Existe una corriente en Psiquiatría y Psicología que es la terapia cognitiva. La misma pone de manifiesto la gran relación existente entre los sentimientos y los pensamientos, de tal manera que lo que pensamos influye en lo que sentimos y modificando nuestras ideas podemos modificar nuestras emociones, evitando sensaciones tan incómodas como la frustración, la depresión o la ansiedad. Esto se encuentra en relación con la conciliación, porque en realidad no es tan fácil el arrepentimiento. A menudo alguien quiere llegar a un acuerdo conciliador simplemente porque esa solución le conviene al ser más benigna. Pero en realidad el cambio de actitud es algo más profundo,

una cuestión de “trayectorias” más que de latidos del corazón o de actos instantáneos.

Por eso la conciliación no puede consistir en una mera “conversación”, sino que es un “proceso” que requiere su tiempo de maduración. De la misma manera que no obtenemos idéntico resultado culinario con un plato cocinado en un “microondas” que con uno “elaborado siguiendo las pautas de la cocina tradicional”, del mismo modo no es lo mismo un acuerdo por conveniencia que un cambio permanente de conducta en el tiempo. Todo lo bueno se hace esperar. La cultura de la satisfacción instantánea, del “microondas” –siguiendo el símil anterior-, no conduce al poso y a la sedimentación que serían recomendables en materia de conciliación como en tantas otras.

La mediación tendría que ser una teoría “educativa” y, como tal, un proceso. Todos somos conscientes de lo arduo que es educar, al menos educar bien, ya se trate de los hijos, los alumnos o la opinión pública en general. Educar implica un continuo “intercambio” de “aciertos y errores” que el sujeto comete, y en ese camino se va aquilatando y forjando la personalidad.

Y para educar hace falta la comprensión y la “empatía”, del mismo modo que para dialogar. No se puede pretender tener siempre la razón y estar en posesión del 100% de la verdad. Para educar y dialogar hace falta ponerse en la piel del otro, intentar, al menos intentar, comprender su punto de vista, sus circunstancias, lo que le ha llevado a ser como es y lo que le puede empujar a cambiar. Si no, estaremos, más que dialogando, realizando un monólogo, que lo más probable es que no llegue a penetrar en el otro, sino que, como en el juego del “frontón”, rebote en él como en una pared. Hay que meterse en los zapatos del otro e intentar ayudarlo a andar con ellos, más que tratar de venderle un par de zapatos nuevos, bonitos y relucientes, pero que le harán daño al andar.

Para lograr el cambio en el que la conciliación tiene que consistir hay que “crear” en la capacidad de transformación del otro. Todos somos conscientes de lo difícil que es cambiar si no creemos en nosotros mismos, y de lo difícil que es creer en nosotros mismos si nadie más confía que podremos lograr nuestros objetivos. La solidaridad, el apoyo familiar y de expertos –como los profesionales

de la mediación-, pueden ayudar realmente a esas personas que intentan cambiar a conseguirlo.

Pero creer en la capacidad de cambio del otro no basta. No se trata de una solución que dependa sólo de una parte. Se trata de una “colaboración” entre el mediador y el, llamémosle, “cliente”. Ambos tienen que formar un “equipo” para que las cosas funcionen. Y es aquí donde entra en juego de nuevo la profesión del mediador, que debe “motivar” al sujeto para que mejore.

¿Cuáles son las condiciones para que el cambio se produzca? En primer lugar se requieren cualidades como el desarrollo moral y la autonomía del sujeto y esto es una auténtica forja, que se aquilata con el tiempo, es una lucha constante contra los impulsos que nos incitan a rendirnos al desaliento y a sucumbir a la desidia, al “nothing works”. Y en esta tarea la “voluntad” es muy importante. Pero, una vez más, la voluntad es una conquista que tarda en alcanzarse. El autodomínio, la capacidad de esfuerzo, el no ceder a la satisfacción instantánea de nuestros deseos, sino marcarnos objetivos a medio o largo plazo, que pueden chocar incidentalmente contra el placer, es algo que lleva años, a veces toda una vida. Se trata de una cuestión de “hábitos”. Se ha dicho, no sin razón, que las virtudes son hábitos “buenos” y los vicios hábitos “malos”. Un hombre virtuoso no se hace de la noche a la mañana. Requiere un entrenamiento. Del mismo modo, los hábitos malos –como el tabaco o el alcohol- requieren de un período de habituación y, cuando se quieren dejar, ¡que se lo pregunten a los que lo intentan!, de un arduo trabajo de deshabituación.

Lo que ocurre es que muchos menores y jóvenes no han forjado su voluntad. La sociedad de consumo en la que vivimos, invadida por los medios de comunicación de masas y por la oferta de confort y seguridades perentorias y a bajo coste, hacen que perdamos la ilusión por conseguir metas más altas y arduas, que requieren cierta constancia y esfuerzo. Volviendo al mundo de las metáforas y los símiles, podríamos afirmar que es como si viviésemos en la “generación minipimer”, en la que el uso de este artilugio permite a los niños llegar a los tres años de edad sin haber aprendido a masticar, porque todo se les da previamente triturado.

La voluntad es un paso de lo “pre-decisional” a lo post-decisional”. No basta decidir cambiar, o conciliar. Es necesario perseverar en el esfuerzo. Hacer una carrera –la que sea-, formar una

familia,... todas estas son decisiones que se toman en un momento –el pre-decisional-, pero que no se consiguen sino a través de una serie de años, a veces de toda una existencia. Esto es necesario tenerlo en cuenta.

¿Qué importancia e influencia puede tener la “comunidad” en este proceso? ¿Se trata de una conquista puramente individual o la sociedad tiene algo que decir a la hora de reinsertar y resocializar? Es muy antiguo el debate sobre el papel de la cultura en la vida humana. ¿Nacemos buenos/malos o nos hacemos así como fruto del aprendizaje? En este tema surgieron en el debate contemporáneo dos corrientes opuestas. Me estoy refiriendo al individualismo y al comunitarismo. El primero ponía el énfasis en la capacidad individual, el segundo en la influencia del grupo. A nuestro juicio, la solución a este enfrentamiento de puntos de vista ha de hallarse en el término medio: Existe una cierta influencia de la cultura en la vida personal, pero no hay que subestimar el papel de la voluntad individual. No debemos caer ni en el comunitarismo extremo –que nos invita a dejar que la sociedad cubra nuestras demandas y necesidades- ni en el individualismo feroz –que conduce al aislamiento-.

En realidad la verdad es la suma de perspectivas. Frente a los que opinan que la verdad es “una” y “absoluta”, nosotros creemos más bien en la obtención de una verdad “consensuada”, fruto del diálogo, en la línea habermasiana. Por eso no son inútiles, al menos no del todo, las conferencias o los proyectos de investigación que se dan en ámbitos como la Universidad, en la medida en que ponen en relación a sujetos diferentes, que intercambian sus vivencias y puntos de vista, produciéndose un canje de ideas que puede resultar muy fructífero. Una misma partitura de música, según quien la interprete, quien la escuche, etc. da lugar a experiencias diferentes.

Aplicando lo anteriormente dicho al caso de la medicación y de la conciliación, que nos ocupa, habría que destacar un factor importante: el papel del mediador, del terapeuta, del supervisor, que enseñe al sujeto todo esto que hemos dicho y que le proponga modelos alternativos –al modo del conferenciante o el director de orquesta con sus discursos artísticos e intelectuales respectivamente-. Es preciso que el cliente-paciente aprenda a desarrollar “destrezas”.

Lo mencionado aquí tiene que ver con las condiciones de la mediación, aquellos ingredientes necesarios para que el campo esté

abonado y la planta crezca y, en su caso, florezca. Pero la mediación tiene sus límites. ¿Cuáles son estos? Resulta muy claro uno: la mediación debe tener como límite la protección de terceros, de la sociedad en su conjunto. Esto nos recuerda el tema del terrorismo. Es cierto, el terrorista debe gozar de un tratamiento digno, pero no hay que olvidar que la verdadera ofensa se ha infligido a la víctima y que “nunca” puede protegerse al verdugo más que a ésta.

En tal sentido hay que permitir la conciliación, pero saber bien a quien aplicarla y dentro de qué límites. Por eso la Ley de jóvenes y menores, al recoger la figura la limita a este sector de la población. Y aquí surge la duda de si sería esta medida trasladable al “adulto”. En este punto existen estudios de resultados transversales, pero no longitudinales –de trayectorias-. Por eso habría que ser cautos en la materia y, como se suele decir, hacer los “experimentos con gaseosa”, no con champagne. Tendrían que seleccionarse grupos en determinados tramos de edad, tutelados siempre por expertos. Habría que tener en cuenta además que el concepto actual de “niño” no tiene nada que ver con los “niños de antes”, en cuanto a pérdida de la inocencia, precocidad, etc. No olvidemos que vivimos en un mundo globalizado y multicultural, acechados por los medios de comunicación –televisión, radio, cine,...-, que nos “exponen a diario a un bombardeo” de informaciones e imágenes que a veces son difíciles de asimilar adecuadamente por un menor. Se ha dicho al respecto que si bien los medios de comunicación no crean el medio del delito, sí lo “gestionan”.¹⁴ En este sentido algún grupo político ha propuesto

¹⁴ Aquí cabe preguntarse si la realidad supera a la ficción o a la inversa. Cabe también hablar del papel que tienen en la educación de los menores, no sólo los centros educativos, sino también el entorno familiar. Cuestiones como el mal uso del ordenador por un menor pueden influir sobre las conductas futuras. En este sentido, una línea de pensamiento -a nuestro juicio algo extrema- intenta hacer a determinados padres “corresponsables” de la conducta antisocial de sus hijos. Se trata de un tema delicado, puesto que a veces los padres más que responsables son las propias “víctimas” de su prole y en absoluto causantes del mal. En cualquier caso se trataría de una corresponsabilidad a lo sumo civil, por negligencia, pues la paternidad se elige e implica también una responsabilidad. Pero siempre cabe la pregunta: ¿por qué dos hermanos educados igual luego se comportan uno correctamente y el otro delinquiriendo? La herencia y la libertad a la hora de cometer un acto no deben ser dejadas de lado. Lo contrario podría suponer un paso atrás en la evolución del Derecho penal, una auténtica involución. No hay que olvidar tampoco la otra cara de la moneda: el que muchos padres son víctimas –sin haberlo merecido- del maltrato de los hijos.

rebajar la edad penal, para evitar la impunidad ante hechos tan graves como el acoso escolar o los malos tratos en la familia. Tal vez esta medida, a primera vista ciertamente impopular, podría tener su explicación en el sentido de buscar rebajar la edad penal más que para mandar a prisión al menor, para poder intervenir. Además es un tema estudiado el de cómo a partir de determinada edad ya se ha formado la “corteza” en la personalidad de la gente y es muy difícil modificar su conducta. Se solía situar este límite de edad en los veinte años, más que por factores biológicos en sí por las condiciones psico-sociales que rodean al autor de la ofensa –matrimonio, trabajo, hijos...-. Estas condiciones que circundan a la persona pueden actuar en un doble sentido: o como refuerzo y apoyo –ante el miedo a perderlos- o como estorbo –por el ambiente malsano de compinches delincuentes, falta de empleo, hogar roto, que sirven de “humus” de cultivo ideal para la reincidencia-.

Por otro lado, en la conciliación se exige que los delitos “no sean graves ni cometidos con violencia” Además, es un requisito para que haya conciliación que el menor “pida perdón”.

Es vedad que el sistema punitivo actual se ha convertido en muchos casos en “ladrón de los conflictos”, que deberían ser devueltos a las partes, del mismo modo que en una afrenta privada se permite llegar a un acuerdo. Aquí es donde entran en juego medidas como la “sentencia por conformidad”. No hay que olvidar que la pena más eficaz no es necesariamente la más severa –la pena ejemplar-, sino la que la sociedad percibe como más justa.

En cualquier caso, y en esto existe una cierta unanimidad en la doctrina, habría que evitar el adoctrinamiento o la moralización en la conciliación, el entrometerse en la propia conciencia individual, que por esencia debe ser libre. No olvidemos que en el ser humano hay tres ámbitos o esferas personales, que no hay que tocar: el físico –en contra de las torturas o malos tratos-, el afectivo, y el espiritual.

Es también importante hacer alguna matización en cuanto al tema del perdón, puesto que el mismo tiene una doble cara: hay que pedirlo, y debe ser aceptado. En cuanto al primer aspecto -la petición del perdón-, insistimos en que ello debe implicar la intención de cambiar de conducta y adquirir hábitos nuevos. Además, en ningún caso se debe pedir perdón coaccionado por los padres o por un tercero, por meras razones de utilidad, porque es lo más conveniente, pero sin

la existencia de un arrepentimiento efectivo. En cuanto al segundo aspecto: la aceptación del perdón, ¿qué ocurre si la víctima no quiere perdonar, e insiste en vengarse?

En cualquier caso, y a modo de conclusión de estas someras reflexiones de Psicología evolutiva y conductual, cabría afirmar que la solución no puede ser nunca tajante, que las cosas no son blancas o negras, buenas o malas, con carácter absoluto, que en la vida impera más bien la gama de los grises y el relativismo. No hay algo bueno o malo al 100%. Eso no implica, no obstante, que todo valga o que cada uno se de sus propias normas a capricho. Pero las soluciones a menudo son las “viables”, las “posibles”, no siempre las “perfectas u óptimas”, sino, con frecuencia, las menos malas.