

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, 1588 páginas.

El estudio del Derecho Procesal Penal ha sido habitualmente considerado como una disciplina accesorio dentro del Derecho Procesal general, y se ha establecido normalmente un forzado paralelismo entre los conceptos procesales-civiles y los propiamente penales. Sin embargo, un análisis profundo de estos conceptos generales del Derecho Procesal o de los principios que deben inspirar la regulación de cada una de sus instituciones pone rápidamente de manifiesto que «una definición plena de sentido sólo puede ser brindada en el marco del Derecho Procesal correspondiente» y que, por ello «un paralelismo con el proceso civil está destinado al fracaso» (1). Por el contrario, la propia definición del Proceso Penal como cauce formalizado a través del cual se hace efectiva la respuesta punitiva del Estado y se garantiza la libertad del individuo revela inmediatamente su íntima conexión con el Derecho Penal sustantivo, cuya realización solamente es posible en un Estado de Derecho a través de la formalidad del proceso.

Desde este punto de vista, la obra que es objeto de esta recensión resulta marcadamente heterodoxa, y no tanto porque su autor es un prestigioso penalista cuyas aportaciones en el ámbito del Derecho Procesal penal son, por otra parte, sobradamente conocidas (2), sino porque la misma contiene una visión nueva y diferente del pro-

(1) Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires 2000, Trad. de la 25ª ed. alemana, p. 6

(2) López Barja de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid 1989; *Código Penal Comentado* (coord.), Madrid 1990; López Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial I*, Madrid 1990; López Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial II*, Madrid 1990; López Barja de Quiroga, *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid 1991; *Teoría de la Pena*, Madrid 1991; *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Madrid 1991; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial III*, Madrid 1992; *Autoría y participación*, Madrid 1996; Bacigalupo Zapater y López Barja de Quiroga, *Contestaciones al Programa de Derecho Penal: parte general, para el acceso a las carreras judicial y fiscal*, Valencia 1998; López Barja de Quiroga y Granados Pérez, *Contestaciones al Programa de Derecho Penal: parte Especial, para el acceso a las carreras judicial y fiscal*, Valencia 1998; *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid 1999; *El principio non bis in idem*, Madrid 2004

ceso penal que se articula en torno a dos premisas esenciales de la obra: De una parte, la ubicación del proceso penal dentro del contexto de la normativa internacional, y muy especialmente los instrumentos de colaboración desarrollados dentro de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su desarrollo por la jurisprudencia del TEDH, en la que el autor es un especialista (3). El autor completa el examen de cada uno de los principios e instituciones objeto de su investigación con una cuidadosa selección de las principales resoluciones del TEDH relativas a cada una de ellas, pero incluye en esta primera parte de la obra una completa exposición sobre el funcionamiento del Tribunal y los cauces de acceso al mismo, especialmente a partir de la entrada en vigor del Protocolo 11 (Cap. IV), y del contenido que conforme a su doctrina integra los principales aspectos del derecho a un juicio justo (Cap. V).

Y, de otra, el análisis del proceso penal y de sus instituciones desde los derechos y principios propiamente penales del proceso, rechazando explícitamente una reivindicación meramente formal de los mismos que nos aleje de su verdadero contenido (p. 73), y ofreciendo siempre al lector una visión exacta tanto de su verdadera esencia, como del Derecho procesal real tal y como se materializa cada día en la Jurisprudencia. En este punto el autor clasifica los principios en cuatro grupos (Cap. XI): principios relacionados con el la organización del sistema de enjuiciamiento, principios relacionados con la iniciación del procedimiento, principios relacionados con la prueba, y principios relacionados con la forma.

Dentro de los primeros el autor ofrece una rigurosa visión sobre el concepto de Tribunal imparcial que incluye una exhaustiva exposición de los principales pronunciamientos del TEDH, así como de las decisiones que sobre algunas de las principales cuestiones que habitualmente se plantean han adoptado el TC y el TS españoles (Cap. XII). La exposición se ve enriquecida por el análisis independiente de la problemática derivada de la incidencia actual de los medios de comunicación sobre la imparcialidad de los Tribunales (Cap. IX), que como es habitual a lo largo de toda la obra, incluye también un detallado análisis de los principales pronunciamientos de la Jurisprudencia. Asimismo, se incluye un profundo examen del derecho al juez predeterminado por la Ley, del principio non bis in idem (4) (Cap. XIII) y del principio de doble

(3) López Barja de Quiroga, *El convenio ...*, cit.; *Instituciones ...*, cit.

(4) La inclusión del principio non bis in idem es consecuente con la posición personal del autor, que vincula la fundamentación de dicho principio con la seguridad jurídica, que debe hacerse efectiva a través del proceso, y no con e principio

instancia (Cap. XIV), al que volveremos a referirnos en el régimen de recursos.

Los principios relativos a la iniciación del procedimiento incluyen un amplio estudio del principio de oficialidad y, especialmente, del principio acusatorio (cuyo contenido impregna constantemente el contenido de la obra), así como del principio de oportunidad (Cap. XV), sobre el que volveremos más adelante.

En el ámbito de la prueba, son los principios los que aportan la luz que permite resolver las diversas cuestiones que el autor plantea a lo largo de la obra: la disposición de las partes sobre los medios de prueba y el principio acusatorio; el derecho a la defensa y su relación con el derecho a no declarar (Cap. XVI); el principio de igualdad de armas y los supuestos de prueba secreta, especialmente de ocultación de testigos; el principio de audiencia y la posibilidad de celebrar juicios sin presencia del acusado; el principio de concentración y los supuestos de suspensión del juicio oral; el principio de inmediación y los problemas que plantean los medios de prueba subrogados, la práctica anticipada de prueba, la reproducción de prueba sumarial, las declaraciones testificales de referencia, la prueba mediante videoconferencia o la lectura de las declaraciones de testigos ausentes; y la libre valoración de la prueba y los problemas de motivación de las resoluciones judiciales.

Finalmente, dentro de los principios relativos a la forma se incluye la exposición del contenido de los principios de oralidad y publicidad, este último también indudablemente vinculado con los problemas que plantea la prueba sin intermediación y la ocultación de testigos.

Desde este punto, la obra se compone de cuarenta y siete capítulos más (XVII al LXI) que pueden ser estructurados en siete partes (jurisdicción, competencia y organización; sistema de investigación; partes y objeto del proceso; medidas cautelares; medios de prueba; juicio oral y sentencia; y sistema de recursos), y la mera lectura del índice ya pone de manifiesto que el autor también aquí ofrece un punto de vista tan inhabitual como necesario sobre cada una de las instituciones objeto de su análisis.

El ámbito de la jurisdicción penal (Cap. XVII) es examinado tanto desde la perspectiva de la vigencia de la Ley penal en el tiempo como en el espacio, y alcanza una especial profundidad en el análisis del controvertido principio de justicia universal. El autor analiza los pronunciamientos de la jurisprudencia internacional (tanto de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso «Yerodia» como

de culpabilidad; vid, al respecto, López Barja de Quiroga, *El principio ...*, cit.; cfr. SSTC 152/2001, y 2/2003 que modifica la doctrina fijada por la primera.

de la jurisdicción belga sobre el caso «Sharon») y ofrece una sólida argumentación sobre la necesidad de vincular su vigencia, y con ello el ámbito de aplicación del art. 23.4 LOPJ, a los principios del Derecho Internacional y a los Tratados (cfr. art. 23.4.g. LOPJ), introduciendo al lector los criterios que posteriormente ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 327/03 de 25 de febrero, caso «Guatemala»; 712/03, de 20 de mayo, caso «Perú»; 319/04 de 8 de marzo, caso «Chile»), que pone a disposición del lector. El examen de este principio con relación al blanqueo de dinero (art. 301.4 CP), de los distintos supuestos problemáticos que, de forma general y con relación a la jurisdicción española pueden plantearse en los supuestos de *male captus, bene detentus* (traslado irregular de detenidos, detención y entrega sin extradición, detención y abordaje en alta mar con infracción de la normativa internacional), y una completa sistematización de los distintos supuestos de exclusión o límites a la jurisdicción por razón de las personas completan el contenido de la obra en este punto, si bien al mismo debe añadirse el examen de las normas sobre competencia (Cap XVIII) y de la organización de la jurisdicción penal (Cap XIX), y un detallado análisis de los problemas sustantivos y procesales que plantean los supuestos de inmunidad e inviolabilidad regulados en el Derecho español (Cap XXIV): el alcance de la inviolabilidad y de la inmunidad, especialmente con relación a las faltas; la determinación del momento desde el cual es preceptiva la obtención del suplicatorio; el juicio de oportunidad en las Cortes; la tramitación procesal; examen de los distintos supuestos posibles, según la condición de diputado o senador haya sido adquirida o perdida antes o después de la obtención del suplicatorio; la falta de doble instancia; y la posible declaración testifical del diputado o senador.

La segunda parte en la que dividimos aquí el examen de la obra aparece referida al sistema de investigación (Caps. XX y XXI). La exposición de la materia resulta aquí igualmente completa: el examen de la normativa relativa a la Policía Judicial, de su composición y funciones resulta especialmente exhaustivo (posibilidades de actuación conforme al Acuerdo de Schengen, actuaciones del Servicio de Vigilancia Aduanera, actuación de agentes encubiertos, entrega vigilada de droga); el Juez de Instrucción; el Ministerio Fiscal (si bien su examen se incluye en el Cap. XXVII, relativo al examen de las partes acusadoras); una precisa visión sobre los sistemas de investigación existentes en el Derecho comparado; y las relaciones entre las investigaciones judiciales y las comisiones parlamentarias de investigación. Esta sucinta referencia al contenido de la obra sobre este particular, que por otra parte ya pone de manifiesto la amplia visión del autor sobre la cues-

ción, no permite omitir una referencia expresa a las interesantísimas aportaciones que se hacen aquí al actual debate sobre el modelo de investigación y, concretamente, sobre cuál debe ser el papel del Fiscal y del Juez dentro del mismo, y sobre el principio de oportunidad.

El desarrollo de la primera de estas cuestiones se articula alrededor de una doble tesis con la que no es fácil estar en desacuerdo: un modelo de instrucción por el Ministerio Fiscal en el que, entre otras, las decisiones sobre derechos fundamentales y sobre apertura de juicio oral corresponden exclusivamente a una Autoridad judicial hace posible «una más profunda defensa de los derechos y libertades públicas» (p. 692); y no cabe afirmar que la Constitución reserve a los Jueces la función de instruir, al contrario, es el encaje constitucional del Juez de Instrucción el que desde la perspectiva de los arts. 117.3 y 117.4 CE y desde la vigencia del principio acusatorio el que resulta más dificultoso (p. 693).

Y con relación al principio de oportunidad (Cap XV) —el debate sobre el mismo acompañará necesariamente al ya planteado sobre el modelo de instrucción— desarrolla con una profundidad inusual la cuestión utilizando un método que facilita al lector una completa visión del problema dentro de sus verdaderos términos, así como de las alternativas posibles. El autor advierte sobre tres cuestiones de las que debe partir el debate: la finalidad del proceso penal en el marco de un modelo liberal acusatorio no es la búsqueda de la verdad material; no todos los delitos son objeto de investigación judicial, o al menos objeto de investigaciones igualmente intensas, sino que existe un proceso de selección previo (no todas las infracciones son denunciadas; la investigación de los delitos más graves conlleva la utilización de unos medios de investigación más intensos de los que, como no puede ser de otra forma, se prescinde en las causas de menor entidad; y, en ocasiones, el legislador establece filtros previos a la investigación de un delito, por ejemplo, exigiendo la previa interposición de denuncia); y el principio de oportunidad en ningún caso puede ser presentado como una alternativa al principio de legalidad (la vigencia del principio de legalidad en Alemania no ha sido cuestionada nunca, pese a que legislación procesal incluye una amplia regulación del principio de oportunidad). Y, desde este punto, ofrece una amplia visión de las distintas posiciones doctrinales al respecto; una detallada visión del modelo alemán (oportunidad reglada) y del modelo norteamericano (oportunidad discrecional) y, finalmente, una propuesta de regulación para enriquecer el debate y un examen de las manifestaciones del principio de oportunidad en el Derecho vigente español. Una vez más, el lector encontrará sólidos argumentos con los que enriquecer su propio punto de vista sobre la cuestión.

La tercera parte en que, a los efectos de esta exposición, hemos dividido la obra es la referida al objeto y a las partes del proceso penal. Es forzoso advertir que el examen del objeto del proceso penal no es una cuestión cuyo estudio el autor haya demorado hasta este punto, sino que por el contrario, se trata de un cuestión abordada junto con el concepto de proceso penal en la parte inicial de la obra (Cap X).

Si habitualmente el examen del objeto del proceso penal se realiza desde el paralelismo con los conceptos procesales-civiles, aquí encontramos una formulación propiamente penal de los mismos: el objeto del proceso penal se integra con el hecho punible, en cuanto que hecho natural, y la identidad del acusado (p. 314). La relevancia de la calificación jurídica debe ser determinada a partir de los principios del proceso penal: la limitaciones a la posibilidad de modificar la calificación jurídica vienen determinadas por el principio acusatorio y el derecho a la defensa, y no porque se trate de un elemento relevante para la delimitación del objeto del proceso; y si la misma carece de relevancia a efectos de limitar el alcance de la cosa juzgada, ello se debe a la vigencia del principio non bis in idem, es decir a una necesidad impuesta por evidentes razones de seguridad jurídica. Y el objeto del proceso penal, frente a lo que sucede en el proceso civil, debe distinguirse claramente de la acción penal («el hecho de impetrar la actuación de los Tribunales penales» —p. 765—), y de la pretensión, concretada en «la declaración de voluntad tendente a solicitar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad» (p. 766). Los problemas que, con relación a esta cuestión, se habían venido planteando con la modificación de la calificación jurídica y los efectos de la cosa juzgada, el derecho de acceso a los Tribunales, o la formulación de acusación y la inexistencia de un derecho, en cuanto que derecho subjetivo, a obtener u título de condena en el ámbito penal, pueden ser así resueltos con la necesaria claridad.

Y con relación a las partes, la obra propone el examen del proceso penal desde una firme visión del mismo como proceso de partes, consecuencia necesaria de la vigencia del principio acusatorio, sin olvidar un cuidadoso examen de las posibilidades de actuación tanto de las partes acusadoras (Ministerio Fiscal, acusación particular, acusación privada, acusación popular, actor civil), del acusado (que incluye una especial referencia al derecho de defensa, status de detenido y asistencia letrada y régimen de justicia gratuita) y del estatuto de la víctima, materia que carece de un verdadero desarrollo en el Derecho procesal español, si bien aparece actualmente desarrollada en la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001 adoptada en desarrollo del Título VI del Tratado de la Unión Europea, cuyo contenido el autor expone al lector.

Seguidamente la obra acomete el examen de las medidas cautelares reguladas en el Derecho Procesal penal español (Caps. XXIX a XXXII), tanto las de naturaleza real como personal, incluyendo dentro de estas últimas el habitual examen de la detención, la libertad provisional, la prisión preventiva y la medida de alejamiento y la orden de protección, pero ofreciendo también aquí una visión inhabitual y enriquecedora: el examen de la detención incluye su análisis desde la perspectiva del contenido del art. 5.1 CEDH y de la jurisprudencia del TEDH que ha desarrollado el precepto, e incluye una amplia referencia a los principios que sobre protección de personas detenidas adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas; y se dedica un capítulo (XXXII) al examen exhaustivo del internamiento de enajenados dentro del proceso penal, partiendo también en este caso del examen del contenido del art. 5.1.e CEDH y de la jurisprudencia del TEDH sobre la cuestión, así como de las posibilidades de solución que ofrece la legislación española, tanto para los supuestos de hechos delictivos cometidos por personas enajenadas como para los supuestos de enajenación sobrevenida durante la tramitación de la causa o durante la ejecución de la sentencia.

Llegados a este punto la obra se introduce en el examen de los medios de prueba. El compromiso que la obra mantiene en todas sus páginas con los principios y garantías del proceso liberal tiene un reflejo evidente sobre esta materia, en el que las aportaciones resultan espectaculares. Por supuesto que se incluye un detallado examen de la normativa relativa a la regulación de las diligencias sumariales, prueba ilícita y práctica de la prueba en el juicio oral, pero es preciso detenerse en las tres cuestiones que pueden ser calificadas como centrales en la exposición del autor sobre este punto: la reproducción de la prueba sumarial; la prueba ilícita; y las diligencias restrictivas de derechos fundamentales. La primera de estas cuestiones encuentra su desarrollo en la parte de la obra referida al examen del juicio oral, por lo que nos detendremos directamente en las dos últimas.

La prueba ilícita (Caps. XXXIV a XXXVII) es objeto de un profundo estudio que el autor sistematiza en tres grandes bloques. En una primera parte (Cap. XXXIV) ofrece una completa visión de los diferentes puntos de vista doctrinales sobre la admisibilidad o no de la prueba ilícita, tanto de las posiciones que —con mayor o menor amplitud— se muestran favorables a su admisibilidad, de las posiciones contrarias a la misma, como de las posiciones intermedias (teorías del ámbito jurídico, de la ponderación de intereses, y la posición asumida en el Derecho inglés); y, seguidamente, se ocupa de las elaboraciones teóricas que han ofrecido respuesta al problema de los efectos reflejos de la prueba ilícita.

En segundo lugar (Cap. XXXV), y tomando como punto de partida la primera Jurisprudencia constitucional, analiza la regulación contenida en el art. 11 LOPJ, proponiendo una interpretación del mismo que permita excluir la validez de los medios de prueba ilegales con carácter general, y no solamente cuando su práctica ha determinado una violación directa de un derecho fundamental (pp. 988-990). Llegado a este punto, el lector dispone de una amplia visión de cuáles son los puntos de partida posibles: conoce la fundamentación de cada una de las posiciones teóricas que ofrecen respuesta a la cuestión de la admisibilidad de los medios de prueba ilícitos; las elaboraciones doctrinales que proponen una explicación racional para resolver el problema de la conexión entre medios de prueba (¿cuál es el límite del efecto reflejo de una prueba ilícita?); y tiene a su disposición un amplio soporte argumental para la interpretación del art. 11 LOPJ.

Desde estas firmes bases la obra acomete un examen crítico de la jurisprudencia que, con relación a la prueba ilícita y concretamente sobre sus efectos reflejos, ha desarrollado el Tribunal Constitucional español (Cap XXXVI). Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre el particular la conocida como doctrina de la conexión de antijuridicidad: se parte de la idea de que la conexión natural entre la prueba derivada y la prueba ilícita no es suficiente para la exclusión de la primera, sino que es preciso examinar desde el punto de vista interno «el derecho fundamental vulnerado y su resultado de enlace con la otra prueba» (p. 999), y desde el punto de vista externo, la mayor o menor amplitud de tutela que para su efectividad requiere el derecho afectado (p. 999; cfr. STC 81/1998, de 2 de abril y la amplia referencia jurisprudencial incluida en la obra). La doctrina de la conexión de antijuridicidad es certeramente cuestionada por el autor tanto desde el punto de vista de su fundamentación teórica, como desde el punto de vista de sus efectos. En el primero de los aspectos, se llama la atención sobre el hecho de que se utilice una construcción próxima a la teoría alemana del ámbito jurídico, no para resolver sobre la admisibilidad del medio de prueba en el que concurre algún vicio de ilicitud, que es para lo que fue concebida, sino para resolver una cuestión diferente, la conexión entre medios de prueba; y como también añade el autor, se trata de una teoría que se construye sobre la base de la existencia de un conflicto de intereses planteado de forma incorrecta, pues a los derechos fundamentales del acusado parece oponerse el derecho a la prueba para la averiguación de la verdad, cuando lo cierto es que en un Estado de Derecho no existe tal derecho a la prueba con carácter absoluto, sino solamente un derecho a la prueba legal que permita obtener la verdad formalizada en el proceso (p. 1000).

Y en lo que se refiere a los efectos que produce, parece que los mismos, como pone de manifiesto el examen del autor, resultan ciertamente cuestionables: así, por citar algunos de los ejemplos sobre los que el autor se detiene, la jurisprudencia constitucional ha admitido la validez de los medios de prueba derivados de unas escuchas telefónicas ilegales ante la falta de intencionalidad o negligencia grave en la actuación policial (STC 171/1999); ha permitido habitualmente la introducción en el plenario del resultado de diligencias de registro ilegales mediante la declaración del propio acusado, prestada por el mismo cuando desconocía la ilicitud del medio de prueba que ante él se había expuesto (SSTC 8/2000, de 17 de enero y 167/2002 (Pleno), de 18 de septiembre); o la validez de los medios de prueba derivados de un registro domiciliario practicado sin consentimiento del interesado (el consentimiento únicamente había sido prestado por la esposa del acusado, que por otra parte era la denunciante) ni mandamiento judicial, por entender que la actuación policial venía determinada por un «déficit en la interpretación del ordenamiento jurídico» y que «no había dolo o culpa en los funcionarios actuantes» (STC 22/2003, de 10 de febrero). Llegados a este punto, no puede sorprender que, como el autor pone de manifiesto, haya sido el Tribunal Supremo el que haya reaccionado ante esta situación con resoluciones que ponen de manifiesto la necesidad de elevar las exigencias y restringir de forma más intensa el posible acceso al proceso de medios de prueba tan cuestionables. En este sentido, la cuidada selección jurisprudencial que se ofrece al lector, que como en todas las demás ocasiones incluye la reproducción de las partes más relevantes de las resoluciones citadas, resulta imprescindible (vid. pp. 1008 y ss; y, en particular, las referencias a las SSTS 28/2003, de 17 de enero; 58/2003, de 22 de enero; y 1451/2003, de 26 de noviembre). Como el autor explica, es preciso optar por una construcción teórica suficientemente sólida que permita determinar con la necesaria seguridad cuáles son las condiciones para que los medios de prueba puedan acceder al proceso (prueba lícita); y desde aquí y con relación a la prueba derivada de otra ilícita, si no se acepta como suficiente el criterio de la conexión causal, delimitar cuidadosamente bien conforme a la teoría del descubrimiento inevitable, bien conforme a la teoría de la fuente de prueba independiente el criterio de conexión aplicable.

Este cuidado examen de la prueba ilícita aparece finalmente completado con una referencia específica a los problemas que plantea la prueba obtenida mediante agente provocador (Cap. XXXVII).

Tras el profundo examen de la prueba ilícita, y después de un capítulo (XXXIX) dedicado a las diligencias de identificación del delincuente (reconocimiento en rueda, reconocimientos fotográfi-

cos, mediante vídeo, dactiloscópicos, mediante voz, ADN), la obra se introduce en el estudio de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales:

intervenciones corporales (Cap. XL), interceptación de las comunicaciones (Caps. XLI y XLII), intervención de la correspondencia postal y telegráfica (Cap XLIII), entrada y registro (Caps. XLIV y XLV), escuchas y registros solicitados por el Centro Nacional de Inteligencia (Cap XLVI) y otros supuestos de obtención concreta de pruebas (Cap. XLVII), que incluye los hallazgos casuales, registros corporales, radiografías, registros de automóviles y grabaciones en vídeo.

Cada una de estas materias es objeto de un enfoque distinto del habitual que facilita al lector un punto de vista inusual que le acerca a los verdaderos problemas que cada una de estas instituciones genera, especialmente desde el punto de vista del régimen de garantías del proceso penal, y le facilita los instrumentos teóricos y los conocimientos jurisprudenciales que permiten delimitar con precisión las cuestiones problemáticas y atisbar las posibilidades de solución. Podemos examinar algunos ejemplos especialmente relevantes.

El examen de las intervenciones corporales parte de un cuidado examen de la posición de la Jurisprudencia constitucional (desde la STC 37/1989, de 15 de febrero a la STC 207/1996, de 16 de diciembre), e insiste sobre la necesidad de que la lacónica regulación legal contenida actualmente en los arts. 326 p.3º y 363 p.2º LECR sea interpretada conforme a los parámetros constitucionales, al tiempo que advierte sobre las graves cuestiones a las que la Ley no ofrece respuesta: cuál debe ser la consecuencia legal (no prevista) del incumplimiento por parte del acusado del ¿deber? de someterse a extracciones de muestras corporales para la obtención del ADN; o cuáles deben ser las garantías adoptadas para evitar que la información obtenida pueda llegar a ser utilizada con cualquier finalidad ajena a la concreta investigación del delito.

Otro ejemplo igualmente claro lo encontramos en el caso de las escuchas telefónicas (5), en el que un profundo examen de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se opone a la insuficiente regulación legal, si bien el autor alcanza a ofrecer una propuesta de interpretación restrictiva del texto del art. 579 LECR. La visión de la situación actual es completada con una amplia referencia a las exigencias impuestas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde su conocido auto de 18 de junio de 1992 y a la urgente necesidad de reforma puesta especialmente

(5) vid. López Barja de Quiroga, *Las escuchas ...*, cit..

de manifiesto reiteradamente por el TEDH (SSTEDH caso Valenzuela Contreras vs. España, y Prado Bugallo vs. España) e incluso por el Tribunal Constitucional (STC 184/03, de 23 de octubre).

Y, como es habitual, dentro del estudio de cada una de estas instituciones, el examen exhaustivo de cada una de ellas y de la jurisprudencia relativa a las mismas, se enriquece con el análisis de cuestiones concretas de trascendencia práctica particularmente importante: las intervenciones postales, y la circulación mediante entrega vigilada o el examen de paquetería con «etiqueta verde»; o la determinación de la legitimación para prestar el consentimiento en las entradas domiciliarias, o el problema que puede plantear el examen de las agendas electrónicas halladas en los registros; y los registros de buques apresados y abordados en alta mar y la posible intervención del Servicio de Vigilancia Aduanera en estos casos.

La sexta parte en que hemos dividido la obra contiene el examen del juicio oral y de la sentencia. Como hemos adelantado, a una completa exposición general de la materia, se suma, en este caso, un cuidado examen del desarrollo de la prueba en el juicio oral realizado desde una firme perspectiva de defensa de las garantías y de los principios, es decir, desde la defensa de un verdadero juicio acusatorio en el que la prueba se practique con verdadera inmediación, publicidad, contradicción y posibilidades de defensa. Es forzoso renunciar en esta reseña a una exposición completa del conjunto de aportaciones que sobre esta materia podemos encontrar en cada página de la obra, pero sí que resulta posible apuntar algunas cuestiones especialmente relevantes relativas a la declaración del acusado, la prueba testifical, la pericial y las posibilidades de reproducción de prueba sumarial.

La referencia a la declaración del acusado parte de una circunstancia a la que, habitualmente, no se presta atención: la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé que el acusado sea sometido a interrogatorio en el juicio oral, y solamente dispone que ante la falta de conformidad del acusado, y tras la dación de cuenta, se pase a «la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos». La declaración del acusado, que sí tiene regulación como diligencia sumarial, carece de régimen legal como prueba del juicio oral. Posiblemente los redactores del texto decimonónico mantuvieron una coherencia mayor que la actual con la vigencia del principio acusatorio, que excluye la consideración del acusado como medio de prueba. El punto de partida no puede resultar más llamativo y sugerente, y al mismo se añade la amplia exposición dedicada al derecho a no declarar (vid. Cap. XVI), la posibilidad de introducir las declaraciones sumariales cuando existen discrepancias con las vertidas en el juicio oral, o el problema de la valoración de las declaraciones prestadas por coimputados. La referencia al

derecho a no declarar, a la vista del profundo análisis de que es objeto, requiere una mención más extensa: nuevamente, el autor renuncia a imponer al lector su visión particular del problema, y opta por facilitar un amplio soporte dogmático y jurisprudencial que facilita el enfoque de la cuestión. La obra ofrece una primera aproximación al posible contenido del derecho a no declarar; analiza la relevancia que la información previa al interesado tiene para la admisibilidad de la validez de su declaración; y se centra seguidamente en los supuestos más habituales de declaración ¿inducida?, esto es, los interrogatorios mediante ardid, las declaraciones autoinculpatorias obtenidas del acusado cuando éste ignoraba la falta de validez de las pruebas de cargo existentes, o la declaración obtenida tras el ofrecimiento de ventajas. Tras ello, un amplio estudio de la jurisprudencia del TEDH, y de su limitada recepción por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, aunque todavía hay espacio para la esperanza (vid STS 1736/2000, de 15 de noviembre; p. 561).

La prueba testifical es objeto de un desarrollo igualmente exhaustivo: la necesidad de garantizar un desarrollo acusatorio del interrogatorio de testigos, el problema de la introducción de las declaraciones sumariales no concordantes, la testifical de referencia o las pruebas testificales anónimas y ocultas son objeto del detenido examen del autor. Se ofrece una amplia sistematización de los distintos supuestos en los que la identidad del testigo puede permanecer oculta (testigos anónimos; protección de testigos), aquéllos en los que se limita el contacto físico directo entre el testigo y el acusado, y en ocasiones también con el Tribunal (declaraciones de testigos ocultos tras biombo; declaraciones mediante videoconferencia) y se incluye también una amplia referencia a la problemática derivada de la introducción de declaraciones de testigos (fundamentalmente niños víctimas de agresiones) mediante la declaración de peritos o de otros adultos que hayan podido recibir el testimonio de los primeros. Todos estos supuestos son objeto de examen desde una perspectiva que supera el ámbito de la Ley de Protección de Testigos y que incluye una amplia recopilación sistematizada de los principales pronunciamientos del TEDH, TC y TS. En suma, se ofrece un cuidadoso examen de cada uno de ellos desde la perspectiva de la necesaria vigencia y afectación de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Desde esta misma perspectiva resulta imprescindible examinar los problemas que plantea la prueba pericial, especialmente en los casos en los que se pretende su reproducción meramente documental (en este caso el art. 782.1 LECR es sometido a una rigurosa crítica que encuentra su primer apoyo en la propia Jurisprudencia del Tribunal Supremo).

El examen del desarrollo de la prueba en el juicio oral no podía terminar sin una referencia expresa a las limitaciones a la reproducción de la prueba sumarial y a la necesidad de superar nuevamente la teoría de la lectura sanadora, con la que ya deberían haberse ajustado cuentas definitivamente tras la STEDH 1988,1 caso Barberá/Messegué/Jabardó vs. España y la STC 10/1992 de 16 de enero.

La sentencia (Cap. LII) y sus especialidades en el juicio por Jurado junto con la regulación del veredicto (LIII) concluyen esta sexta parte en que a los efectos de facilitar esta recensión hemos dividido el contenido de la obra. Las precisiones del autor sobre la valoración de la prueba, admisibilidad y construcción de la prueba indiciaria y sobre motivación en la sentencia de cuestiones particularmente delicadas (tipo subjetivo, relación de causalidad en los supuestos de cursos causales complejos) contienen de nuevo aportaciones y puntos de vista tan infrecuentes como enriquecedores que hacen imprescindible su lectura.

La parte final de la obra, dejando aparte el Capítulo LXI, referido al archivo y a los expurgos, está dedicada al estudio del sistema de recursos. Tras un primer examen (Cap. LIV) de cuestiones generales de especial relevancia (la necesidad de vista en los recursos; el problema de la legitimación de las acusaciones con relación a los derechos fundamentales; la delimitación del objeto del recurso), la obra se va deteniendo en el examen detallado del recurso de apelación (Cap. LV), el recurso de casación (Cap. LVI), los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado (Cap. LVII), los recursos de revisión y anulación (Cap. LVIII) y los recursos contra las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (Cap. LIX). Debemos prestar especial atención a dos cuestiones íntimamente relacionadas y objeto de polémica en las que la posición del autor es clara: defensa del Tribunal Supremo y del valor de la jurisprudencia, y necesidad de articular un verdadero sistema de doble instancia.

La obra se introduce en el problema de la doble instancia en el Cap XIV (pp. 451 y ss), donde expone los argumentos a favor y en contra de su establecimiento; las obligaciones asumidas por España conforme a lo dispuesto en el art. 15.5 PIDCP; y analiza si el actual sistema de recursos cumple dicha necesidad de regulación, especialmente a la vista de las posibilidades revisorias que el recurso de casación ofrece en la actualidad. En todo caso, el sistema actual es sometido a examen desde la perspectiva de las exigencias impuestas por el TEDH (cuya doctrina una vez más es puesta a disposición del lector) y de las derivadas del dictamen emitido respecto de esta cuestión y con relación a España por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (caso

Gómez Vázquez). La posición de la jurisprudencia posterior al dictamen, y el resto de dictámenes que con relación a nuestro país se han dictado después son también puestos a disposición del lector.

Pero independientemente de que el actual recurso de casación puede satisfacer las exigencias impuestas a nuestro país por los Tratados Internacionales, la necesidad de regulación del recurso de la doble instancia penal no solamente puede vincularse a la articulación de un sistema que ofrezca mayores garantías que el actual, sino que resulta imprescindible para que el Tribunal Supremo pueda cumplir la misión de unificación del ordenamiento jurídico que le corresponde: la idea de que la regulación de la doble instancia penal es una vía para la ampliación del ámbito competencial de los Tribunales Superiores de Justicia en detrimento de las competencias del Tribunal Supremo responde a una visión desenfocada del problema. Al contrario, la regulación de la doble instancia penal permitirá al Tribunal Supremo cumplir su verdadera función unificadora de la doctrina legal en todo el territorio español, pues permitirá articular el recurso de casación como un recurso selectivo en el que el criterio relevante para la admisibilidad del recurso no sea el de la gravedad de la pena, sino el del interés casacional o trascendencia social del caso, cuya determinación correspondería al propio Tribunal; se haría posible la existencia de doctrina legal sobre todos los supuestos en los que pudiera resultar necesaria, y no solamente sobre los delitos de mayor gravedad, como sucede en la actualidad; haría posible una importante disminución del número de sentencias que facilitaría la unidad de la jurisprudencia y que el Tribunal pudiera decidir mediante Salas integradas por la mayor parte de sus miembros; y el distanciamiento del Tribunal respecto de las circunstancias del caso concreto le facilitaría su labor unificadora de la doctrina otorgándole «un decisivo papel de guía interpretativo en relación con las normas jurídicas» (p. 1497). Como argumenta el autor, la reforma del sistema de recursos resulta esencial para que la jurisprudencia pueda cumplir su verdadera función unificadora del ordenamiento jurídico «garantizando la seguridad jurídica y la aplicación igualitaria del Derecho (...) aspectos del principio de igualdad en su plena dimensión constitucional que no tendrían verdadera efectividad, al no poder ser desarrollados por otras instituciones, si no los plasmara en hechos concretos el Tribunal Supremo» (p. 1465). Con relación a este punto, la obra incorpora un sólido análisis del problema que deriva de la tensión entre el valor de la jurisprudencia y la independencia judicial, pues como apunta el autor es posible sostener que la independencia judicial frente al resto de poderes del Estado es compatible con una cierta vinculación «no en cuanto al

juzgamiento, sino en orden a la determinación de la interpretación legal» (p. 1461) con la jurisprudencia.

Esta firme defensa del valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que solamente podrá adquirir su verdadera dimensión tras una adecuada reforma del sistema actual de recursos, se completa finalmente con otra de las sugerentes aportaciones del autor en este punto, en este caso sobre el valor de la doctrina del Tribunal Supremo con relación a la doctrina del Tribunal Constitucional: como advierte el autor, los arts. 164.1 CE y 40 LOTC imponen a los Tribunales el respeto y sometimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en los autos y sentencias que resuelvan «recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» (cfr. art. 40 LOTC); pero el art. 5 LOPJ extiende dicha vinculación a la doctrina contenida en las resoluciones que resuelven recursos de amparo. La propuesta que el autor introduce aquí parece destinada a resolver con la necesaria claridad el problema derivado de los conflictos que han vivido estos dos órganos constitucionales y a facilitar la posibilidad de que la consolidación de los principios y garantías del proceso pueda encontrar nuevos caminos que amplíen su efectividad. Con relación a la primera cuestión, el autor propone que el art. 5 LOPJ sea interpretado en relación con los arts. 123, 117.1 y 164.1 CE: la vinculación de Jueces y Tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en resoluciones dictadas en procesos de inconstitucionalidad es incuestionable; y la doctrina contenida en las resoluciones que resuelven recursos de amparo vincula indudablemente al órgano judicial que conozca la causa concreta de que se trate, pero solamente puede mantenerse que dicha vinculación pueda ser extendida a todos los órganos judiciales, cuando se trate de resoluciones que se pronuncian sobre cuestiones de legalidad ordinaria, cuando se ajuste a la doctrina que sobre tal materia haya fijado de forma consolidada el Tribunal Supremo, pues «es necesario tomar en consideración el ámbito competencial que la Constitución ha reservado para cada uno de estos Tribunales» (p. 1555).

Respeto a la segunda cuestión, la propuesta es aún más sugerente: la doctrina constitucional fija, en materia de protección de derechos y garantías, los límites mínimos de lo que ya es ajustado a la Constitución; pero no puede excluirse que «los Tribunales ordinarios (y con mayor razón si es el Tribunal Supremo) marquen niveles más altos de protección y de amplitud en el ámbito de los derechos fundamentales» (p. 1556).

Ciertamente las garantías y principios del proceso no viven en el momento actual su mejor momento, pues habitualmente considerados como algo ya dado se ven sometidos a un continuado desgaste provocado por la imparable expansión del Derecho Penal

que desde uno y otro lado constantemente se impulsa. Sin embargo, la publicación de obras como la reseñada abre un hueco a la esperanza: no es fácil encontrar en el panorama actual una obra que sin renunciar a una exposición global de todo el proceso ofrezca una visión diferente de cada institución que, alejada de los tópicos y de las declaraciones vacías, facilite siempre al lector el soporte argumental necesario que le permita advertir el verdadero alcance de los principios liberales y del sistema de garantías. Afortunadamente, ese verdadero alcance de los principios del proceso liberal puede ser aprendido, y la lectura de este libro aparece como una buena forma de hacerlo.

JAIME REQUENA JULIANI
Magistrado

No se puede negar que, en los últimos tiempos, se ha producido un aluvión de reformas en los planes de estudios de las diversas Universidades españolas. Modificaciones que han incidido claramente en el área de Derecho penal que ha visto como se han reducido de forma muy considerable los créditos, por lo menos de estudio obligatorio —asignaturas troncales y obligatorias—, que se asignaban para la enseñanza del Derecho penal tanto en su Parte general como especial. Tendencia que, por otra parte, parece amenazar por profundizar en dicha línea, fundamentalmente, cuando se culmine la adaptación de nuestro sistema universitario a los criterios de la Declaración conjunta de los Ministros Europeos de Educación de Bolonia, de 19 de junio de 1999, que conlleva la implantación de un nuevo sistema de créditos —ETCS— y que en la medida que posibilita la obtención de los mismos fuera de las instituciones de educación superior puede terminar por desencadenar en un sistema universitario en el que la impartición de las diversas materias va a exigir de nuevas herramientas docentes que permitan a los alumnos adentrarse en los conceptos fundamentales de las diversas disciplinas, con un menor número de clases presenciales.

Por otra parte, en nuestra disciplina, la línea apuntada contrasta con la más que reconocida tendencia expansionista en la que se mueve el Derecho penal. Un repaso de la, por otra parte, inadecuadamente frenética, actividad legislativa en materia punitiva en el año 2003 con cinco reformas —Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la Garantía de la Democracia en los Ayuntamientos y la Seguridad de los Concejales; Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reformas para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana e Integración Social de los Extranjeros; Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder judicial y del Código penal— pone claramente de manifiesto el crecimiento punitivo apuntado y la dificultad a la que han de enfrentarse los docentes que, día a día, afrontan el reto de explicar un cada vez más complejo Derecho punitivo, en el que, además, conviven con mayor dificultad los principios limitadores del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho y las pretensiones represoras del

legislador empeñado constantemente en acudir de forma abusiva al Derecho punitivo y adelantar sus barreras de intervención.

Con esta perspectiva, no se puede negar que los profesores de Derecho penal de las Universidades españolas se encuentren ante una gran dificultad que puede resumirse en el siguiente binomio: cómo desarrollar, en términos eficaces, una materia cada vez más extensa y compleja en cada vez menos tiempo.

Ante tan complicada situación, únicamente, con una gran dosis de experiencia, conocimientos, ingenio, inteligencia y brillantez se pueden conseguir instrumentos docentes que hagan posible una seria enseñanza del Derecho penal. Es éste, precisamente, el lugar que le corresponde al libro elaborado por los Profesores Cobo del Rosal y Quintanar Díez que haciendo gala de sus más que sólidos planteamientos han continuado con una línea que inició hace mucho tiempo el primero de ellos y que se traduce en una permanente dedicación al conocimiento y la enseñanza del Derecho penal, afanada en la constante búsqueda de medios y mecanismos que consigan un más estudiado y mejor Derecho punitivo.

En efecto, el libro del que tengo el honor de dar noticia, y que está dividido en siete partes, tiene la virtud de exponer en un espacio necesariamente limitado por las razones anteriormente expuestas, y con un excelente nivel de seriedad, rigor y claridad, prácticamente todas y cada una de las cuestiones de la Parte General del Derecho penal. Así, la primera de ellas, dedicada a cuestiones introductorias y fundamentales y a los principios limitadores del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho destaca por la nitidez con que son abordadas dichas materias. Además, y en un momento tan crucial para la vigencia de dichos principios, gravemente amenazada por la tendencia legislativa anteriormente apuntada, la exhaustiva enumeración y concreción que de los mismos se hace pone de relieve el compromiso de los autores hacia un más que garantista Derecho punitivo, lo que indudablemente se traducirá en unos juristas futuros más sensibles y comprometidos con las garantías básicas de los ciudadanos. No se puede silenciar, al aludir a la exposición de los principios que realizan los Profesores Cobo del Rosal y Quintanar Díez, la amplia, acertada y completa mención que hacen de la más relevante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia.

En la línea de la obra, la segunda parte aborda las cuestiones más relevantes y complejas de la Ley penal. Sorprende que en un espacio reducido, en aras de facilitar el acceso rápido a los conocimientos, se puedan desarrollar con gran claridad un más que elevado conjunto de cuestiones penales y ello sin obviar las grandes discusiones en materia de Ley penal. Reseñable una vez más es la apuesta por las garantías y el férreo respeto al principio de

legalidad que se manifiesta en general en toda la obra y en particular, a título de ejemplo, en la crítica de los autores al excesivo empleo de las leyes penales en blanco. Así, afirman que: «debe decirse que el Código penal español de 1995 registra algunos lamentables ejemplos de leyes penales en blanco como el art. 360 CP que conmina con pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para profesión u oficio a dos años al que «hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos mencionados en el artículo anterior los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las leyes y reglamentos respectivos»» (pág. 87).

En la tercera y cuarta parte se trata la siempre compleja teoría jurídica del delito. Con una sistemática avanzada y moderna de corte neoclásico que hunde sus raíces en los planteamientos de CARRARA, RADBRUCH, ROCCO, DELITALA, BINDING, BELING y MEZGER y que, aunque no ha estado en el núcleo de la discusión en los últimos años, dominada por las cuestiones que surgen al hilo del funcionalismo, se va fortaleciendo con el transcurrir del tiempo en la medida que se puede comprobar, al analizar las críticas vertidas al funcionalismo moderado representado por ROXIN y al radical auspiciado por JAKOBS, que la línea magistralmente desarrollada y renovada en esta obra por los Profesores Cobo del Rosal y Quintanar Díez representa hoy una, por no decir la única, de las mejores alternativas existentes en esta materia, puesto que ofrece, con un insuperable nivel de coherencia, los principales problemas que surgen al hilo del delito.

Como se ha venido apuntando la exhaustividad es una de las características del trabajo. Dicha virtud es predicable de todo él y se manifiesta, claramente, con una lectura mínimamente pausada del mismo. Desde esta perspectiva, el libro es sumamente útil no sólo para los estudiantes de nuestra Universidad, sino también para especialistas y aplicadores del Derecho que pueden encontrar en la obra datos de suma trascendencia para abordar los problemas que día a día surgen en la resolución de los casos que se les plantean. Un breve repaso del análisis de la imputabilidad y de las causas que la niegan (págs. 165 a 185) o de la inexigibilidad (págs. 202 a 216) justifica, sobradamente, las afirmaciones que vengo vertiendo en esta exposición.

La quinta parte se centra, dentro de las consecuencias jurídicas del delito, principalmente, en la pena, aunque también aborda las llamadas consecuencias accesorias. Constituye un estudio muy completo de los principales aspectos que surgen en relación con la pena, en el que bajo ningún concepto se obvian, sino todo lo contrario, las grandes innovaciones que se han introducido en el Código penal, fundamentalmente, por la Ley Orgánica 15/2003 y

que, como el trabajo destaca con profundidad y en clave crítica, entre otros aspectos ha eliminado la pena de arresto de fin de semana e introducido la errática de localización permanente. Por ello, esta obra no se debe quedar en un excelente instrumento de estudio para nuestros universitarios, sino que debe tener mayor repercusión porque aporta soluciones atractivas e interesantes a figuras de reciente aparición.

Finaliza el libro con una exposición de los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil *ex delicto* —sexta parte— y de las medidas de seguridad —séptima parte—. Con ello se culmina una magistral aportación que, con toda seguridad, marcará una nueva forma en el estudio de la Parte General del Derecho penal en la que se combinan, con excelente resultado, las necesidades de brevedad, concreción y utilidad, con las exigencias de rigor y seriedad propias de la Universidad. Por ello, asisto con verdadera ilusión a la aparición de esta extraordinaria aportación que, con toda seguridad, va a posibilitar un mejor y más rápido conocimiento del Derecho penal y por la que desde aquí no puedo más que felicitar a sus autores.

JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ
*Profesor Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Granada*

DELMAS-MARTY, Mireille: *Global Law. A triple Challenge*. Transnational Publishers, Inc., Nueva York, 2003, 163 páginas.

La autora realiza un estudio sobre la posibilidad de que pueda haber un Derecho global, y en concreto un Derecho penal global, mediante un análisis de la influencia del fenómeno de la mundialización de la economía en la creación del Derecho y las recientes tesis de la lógica difusa. Para ello se plantea tres cuestiones a las cuales va a tratar de dar respuesta y, una vez se vean sus conclusiones, determinar si es viable un Derecho Global.

I

Estas tres preguntas son: ¿es posible?, ¿es razonable? y ¿es deseable? Para resolver la primera va a abordar la influencia de la economía y de los derechos humanos en la globalización de determinadas ramas del Derecho.

En lo referente a la economía distingue la autora tres técnicas legales de imponer las normas. La primera consistiría en el Derecho imperial. Con esta expresión se refiere a los casos de la ley Helms-Burton de 12 de marzo de 1996 y de la ley D'Amato-Kennedy de 5 de agosto de 1996. En la primera se prohíbe actividades comerciales con Cuba mientras la segunda con Libia e Irán. El incumplimiento de estas normas trae aparejadas sanciones económicas. Como respuesta la UE declaró en la Acción 96/668/PESC que este tipo de regulaciones violaban el Derecho internacional y al mismo tiempo acompañó de medidas para proteger directamente a los agraviados por la legislación americana. En estos casos son un claro ejemplo de extraterritorialidad de las normas sancionadoras.

En la globalización la toma de decisiones se encuentra determinada no por una única potencia, sino que nos encontramos ante un sistema multipolar en el que las organizaciones regionales tienen un poder de equilibrio al poder establecer sus propias normas.

La segunda técnica consiste en la negociación del Derecho. Cuando se intenta adoptar normas sancionadoras en determinadas áreas puede ocurrir que las personas de ese Estado se vean desfavorecidas respecto a los no nacionales. Es el caso de la ley americana de prácticas corruptas en el extranjero aprobada en 1977. Los efectos extraterritoriales de esta norma se reflejaron en una disminución de la competitividad de las empresas americanas hasta el punto de presionar a la ONU para que se crease un acuerdo internacional que impusiese el modelo americano en todo el mundo.

Es ésta una nueva forma de colonialismo en el que ya no es necesario ocupar ningún territorio sino que basta con exportar el sistema legal que controla la organización social. Esta imposición de las leyes no solo las realizan los Estados, las multinacionales negocian con los Estados para imponer las normas que más le benefician, creando un mercado de leyes en el que triunfan las más beneficiosas para los intereses económicos de éstas. Nos encontramos pues ante una situación en la que el imperio de la ley se encuentra sujeto a la competencia entre los centros financieros. Es por esto por lo que cuando algún actor financiero encuentra alguna norma que no le es favorable se va a cualquier otro sitio donde le permitan llevar a cabo sus intereses. Llevado al extremo nos lleva al primer paso para la privatización de la norma, el segundo paso es seguir pensando que la norma sigue teniendo un origen formal nacional pero dejando zonas grises no al Derecho sino al capital internacional, llegando, no ya a sustituir al mercado, sino a imponerse a él. Así, algunos autores sugieren que la competencia entre sistemas legales acabará con conceptos sin utilidad como la distinción entre Derecho civil y Derecho penal, llegando a eliminar un número significativo de materias del control del Estado. Un ejemplo de esta situación ha sido la crisis de los mercados asiáticos, en donde los flujos de inversión incontrolada han desestabilizado aquellos países en los que existían sistemas financieros anárquicos y opacos. Para Delmas-Marty, la idea subyacente en su planteamiento es evitar el riesgo de privatización de la norma con el fin de beneficiar a los inversores y asegurar el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional.

La segunda parte de la globalización es desde el lado de los Derechos Humanos. Empieza la autora señalando una diferencia con la globalización de la economía. Mientras ésta tiene las mismas reglas en todo el mundo, la universalización de los Derechos Humanos no corresponde a un único modelo o a un único punto de salida. Al contrario, surgen diferentes puntos de vista con el mismo deseo de garantizar los mismos derechos para todos los seres humanos. Es aquí donde se producen las primeras disfunciones. Si tomamos como punto central de los Derechos Humanos la Declaración de 1948 cabe observar como no existe una universalización de los mismos. Los países ricos de norte y oeste se centran en los derechos políticos y civiles mientras que los pobres, principalmente los del este y sur, se centran en los derechos económicos desde un punto de vista de la solidaridad. Todas estas diferencias producen una decodificación de dichos derechos que se encuentran separados. Por un lado nos encontramos con los Derechos civiles y políticos, por otro los económicos y políticos. Esta falta de unidad se refleja también en una falta de aplicación en determinados países

en los que no se ha ratificado alguna de estos dos sectores. A todo ello hay que añadir un retraso considerable en la creación de los órganos encargados de su protección, la Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Derechos sociales y culturales.

En el ámbito regional encontramos que se han producido Declaraciones de Derechos en Europa, América, África y en la Liga de Estados árabes que, sin duda, indican una cierta resistencia a su universalización. Salvo el caso de la Carta de Derecho árabe, el resto de Declaraciones regulan una Comisión para asegurar su defensa. No acaban ahí los problemas, el que un Estado ratifique un texto internacional no impide que hagan un uso abusivo de las reservas a su aplicación permitiendo que al final su aplicación sea tal y como él quiera. Y es que la gran diferencia con los Tratados internacionales es que no se basan en la reciprocidad entre Estados.

Ante este abuso de las reservas, el Comité de Derechos Humanos de la ONU decidió, en 1994, que tenía el poder de determinar cuales de ellas son compatibles con los fines y esencias del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto no significa que las reticencias de los Estados nación en estos ámbitos hayan acabado, en concreto porque la adopción de los textos internacionales sobre Derechos Humanos viene separada del contexto económico.

En este punto en concreto se detiene la autora para demostrar que ambas economía y Derechos Humanos son interdependientes. Tal y como señalaron los creadores de la Declaración Universal de Derechos sólo se pueden respetar estos en concreto con el respeto de todos ellos. Por tanto, no existe una jerarquía ni preferencia de unos sobre otros. El hecho de infligir alguno de dichos derechos implica la lesión de los otros. Como consecuencia todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes. Así en el Convenio de 1966 de la ONU en el Preámbulo se destaca que el ideal de los Derechos Humanos no puede realizarse sin que las condiciones necesarias para su realización hayan sido creadas.

La crítica que realiza Delmas-Marty se centra en dos puntos de vista: uno práctico y otro teórico. Desde el primero no podemos hacer efectivos derechos de una categoría independientemente de los de otra. Nos encontramos con la siguiente paradoja, la eliminación de las libertades políticas y civiles tendría consecuencias catastróficas para la economía y la cohesión social. Al mismo tiempo, la protección de los Derechos civiles y políticos también tiene un coste económico.

Desde el punto de vista teórico la división entre los derechos políticos y civiles y los derechos sociales y culturales se basaba en

el diferente rol que jugaba el Estado. Así los primeros sirven de protección frente a su poder mientras que se le exigen los segundos requiriéndolos en la vida privada de sus ciudadanos para garantizar la sanidad, la educación, etc. Esta disociación, que refleja las dos concepciones sobre el papel del Estado, la liberal y la socialista, no expresa necesariamente una diferencia real en la naturaleza de los Derechos. Los del segundo grupo constituyen una amalgama en la cual los Derechos económicos están separados de los sociales, mientras que los, así llamados, culturales son el origen del conjunto de todos estos Derechos, en la medida en que son las diferencias culturales los que los definen.

En realidad se encuentran entrelazados. Todos los derechos se pueden agrupar en cinco categorías: civiles, de reconocimiento legal de la ciudadanía; políticos, de participación activa en el Estado; económicos, de reciprocidad e intercambio; sociales, de integración en la sociedad democrática; y culturales, de pertenencia a una comunidad.

Esta indivisibilidad no significa unión. Al contrario, reconocer las cinco relaciones citadas arriba nos da como resultado la separación de poderes, principal diferencia entre democracia y totalitarismo. La actual división de los poderes de un Estado protege a los dos primeros grupos de derechos: los civiles y políticos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los económicos, sociales y culturales. Con los dos primeros la relación sería entre el Estado y los poderes económicos, mientras que en el segundo la relación sería entre el primero y la comunidad. Ante estos tres grupos es necesario reorganizar los medios de control para garantizar la eficacia de estos derechos, por ejemplo, extendiendo la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los asuntos que afectan a los Derechos económicos, sociales y culturales. En cualquier caso es necesario un nuevo reequilibrio de los controles a favor de los Derechos económicos, sociales y culturales.

El afirmar su indivisibilidad significa el reconocimiento de que son complementarios y compatibles los unos con los otros. Se restringen entre sí sin que lleguen a derogarse, es una cuestión de proporcionalidad y equilibrio. Esto no lleva consigo la no existencia de una jerarquía. Todo lo contrario, hay una primacía en la protección de algunos, como el derecho a la vida, sobre otros. Esta distinción puede realizarse incluso entre los de un mismo nivel. Así, en los Derechos civiles y políticos se agrupan en derechos derogables (que pueden ser restringidos) e inderogables, como puede ser en los casos de estados de excepción. También se puede observar una jerarquía implícita en la que en la cúspide se encontrarían los derechos con absoluta protección, como pueda ser el derecho a la dignidad que impide la tortura y los tratos degradantes.

En un segundo nivel se encontrarían aquellos que tienen una protección cuasi absoluta. Son inderogables pero pueden estar sujetos a excepciones, como el derecho a la vida. Finalmente se encuentran los que tienen una protección fuerte, en un tercer nivel, y los que tienen una protección débil, en un último lugar, dependiendo de las limitaciones que se apliquen según el artículo 5 de la Convención europea. Para los derechos culturales, sociales y económicos la jerarquía es menos clara. No existe una mención explícita de algún derecho como inderogable.

Los economistas consideran que el mundo económico está aislado del resto de la sociedad. Sin embargo, es con la globalización cuando ha salido a la luz los desastres sociales, ecológicos y humanos que ha llevado consigo el desarrollo económico guiado solo por las leyes económicas. Ante el gran desafío de la exclusión social que se da entre países ricos y pobres, pero que también surge en determinadas regiones o barrios en los países desarrollados, es necesaria una cláusula social. Esta consiste en crear un mínimo de normas sociales que se respeten como requerimiento para la participación en el comercio internacional.

Desgraciadamente los intentos llevados a cabo por la Organización mundial de comercio (OMC) para la creación de una normativa sobre comercio internacional uniforme para todos los Estados, así como la inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de la OMC no han dado resultado. Al mismo tiempo la OMC insistió en la necesidad de llegar a acuerdos regionales para limitar el riesgo de prácticas monopolísticas por parte de las empresas. Sin embargo, la diversidad de los sistemas legales nacionales sobre las condiciones laborales ha hecho imposible tales acuerdos. Incluso en los países europeos, que tienen legislaciones más homogéneas, surgen inconvenientes de esta clase. Esto muestra la dificultad que hay en la defensa de los Derechos individuales mediante los Derechos sociales con las clásicas armas del Estado-nación.

Tras los escándalos de la explotación laboral de menores, las empresas han empezado a crear códigos éticos en sus actividades de negocio para solventar la mala imagen que dan y que, al final, repercute sobre sus beneficios. Con la creación de estas normas internas se están adelantando al control que puede realizar los sistemas jurídicos y obstaculizando la intervención legislativa. La única forma de evitar esta situación es dar validez legal a estos códigos de conducta de tal forma que se puedan utilizar desde el Derecho laboral al de competencia.

Estos mundos de la economía y de los Derechos humanos se han descubierto mutuamente y están comenzando a comunicarse. Las tensiones entre ellos no solo no han desaparecido sino que tienden a hacerse mayores. En un primer vistazo parece difícil com-

binar la flexibilidad del derecho económico, que se basa en la negociación y desregulación, y la rigidez de los Derechos humanos. Sin embargo, la lógica de ambos se superponen siendo necesario un pluralismo de colorido legal.

II

En el segundo capítulo, en el que se responde a la pregunta *¿es razonable?*, la autora propone un Derecho global sensato que evitará lo que Max Weber llamó la inevitable antinomia entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y las consideraciones de justicia social, política y ética al mismo tiempo que se reconcilia con el rigor de la prueba matemática y la fuerza persuasiva de la argumentación los cuales a veces son contradictorios. La pretensión de Delmas-Marty es buscar soluciones al gran desorden que se genera con la producción anárquica de normas, que van desde el «Derecho suave» que regula los asuntos económicos al «Derecho borroso» de los Derechos humanos. Ambos han contribuido a desdibujar los tradicionales límites que ayudan a entender la coherencia de los sistemas legales. Tradicionalmente los Estados sirven de referencia para situar en un tiempo y un espacio a las normas, sin embargo, en la actualidad con la globalización este sistema se haya en transformación.

Hoy por hoy, nos encontramos ante una producción en masa de normas sin precedentes históricos que, al mismo tiempo, es anárquica ya que es difícil saber cual es la que se encuentra en vigor. De esta forma, en la economía, la desregulación lo que produce no es tanto la eliminación de normas, sino el crear un derecho flexible que requiere de un rediseño de las mismas de acuerdo con uno mecanismos más complejos, menos transparentes y diferentes. Mientras, con lo Derechos humanos se produce otra paradoja, al tener que estar poco determinados para su posterior aceptación se requiere de un interprete que determine para los casos concretos su aplicación creando un riesgo grande de relativismo.

Entrando en el «Derecho suave» de la economía hay que señalar que no se trata, como se ha dicho antes, de una desregulación, entendida como ausencia de norma, sino es otro tipo de derecho concebido como autorregulación. Estas nuevas reglas tienen un origen privado. Al mismo tiempo cuando surge una disputa se recurre a las nuevas técnicas de resolución de conflictos en las cuales quien resuelve el caso es un mediador privado. Este riesgo está presente en procedimientos civiles y penales. En concreto en materia penal la mediación se usa de forma extensiva, no solo para conseguir favores de compensación de las víctimas y la reintegra-

ción de los delincuentes, sino porque se ahorra tiempo si no se llega a imputar los cargos.

El espacio en el que se desarrolla el «Derecho suave» se concibe como abierto y heterogéneo organizado de acuerdo a conexiones múltiples. Este no entra en conflicto con el espacio piramidal normativo ya que no hay simetría entre ambos. Esto hace que no siempre hay una sustitución de la norma sino la mera adición que actualiza a la primera.

En lo referente al «Derecho borroso» que caracteriza a los Derechos humanos hay que destacar la labor de interpretación que hacen los jueces para adaptar las regulaciones que tratan sobre estos a la legislación nacional. Esta discrecionalidad judicial se vuelve especialmente incomoda cuando se trata de aplicar las normas internacionales sobre Derechos humanos ya que se consideran que una intromisión en la soberanía estatal. Ante este tipo de situaciones se han de tomar precauciones. En este punto la autora expone el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se ponen diferentes barreras para evitarlas. En primer lugar el Tribunal no es competente para interpretar el Derecho nacional, además se tiene que examinar la admisibilidad y los meritos de los recursos con el fin de aplicar la Convención Europea. En su labor se pueden distinguir tres funciones. Por un lado, como juez interpreta la norma europea, pero al mismo tiempo, por otro lado, al tomar una decisión está ejerciendo una influencia sobre el Derecho nacional ya que se tiene que respetar la norma interpretada. La última de estas funciones es particular de los jueces que interpretan y aplican las convenciones de Derechos humanos, los cuales al realizar esta función general un código cultural genuino que se impone a todo el mundo y que dicta las soluciones que se han de adoptar. Cuando se lleva a cabo esta función nos encontramos con una primera paradoja: si la interpretación se realiza literalmente, no se consigue definir el contenido material de los mismos, y si se realiza subjetivamente entonces se rompe con la universalización de los mismos. Aún así el principal problema viene de la segunda paradoja que se puede dar: el margen de interpretación nacional es incompatible con la universalización. En primera instancia un Estado podría derogar temporalmente ciertos derechos para preservar la vida de la nación. En segunda podría restringir ciertos derechos en interés del orden público en sentido amplio.

Si por algo se caracterizaba un ordenamiento jurídico *clásico* es porque las normas estaban asociadas con un espacio geográfico definido como Estado y eran escritas con un fin de permanecer en el tiempo un periodo largo. Sin embargo, la globalización ha desnacionalizado el espacio normativo y desestabilizado el tiempo normativo creando confusión: deslocalización y flexibilidad

son eslóganes del mercado global, pero no para los derechos humanos globales. Aunque la deslocalización no es contraria a supranacionalidad implica límites diferentes; flexibilidad se parece a la evolución temporal de los derechos humanos, pero la evolución de los derechos humanos es irreversible.

En el campo de los derechos humanos existen también las interacciones que se producen en la globalización económica (la existencia de una estructura en red basada en relaciones infranacionales y supranacionales). Así, es necesaria la existencia de un espacio supranacional. En Europa coexisten dos instituciones de este tipo: la Unión Europea y el Consejo de Europa. El primero tiene una finalidad económica, con el Tribunal Europeo de Justicia con competencias en materias relativas al mercado europeo y la aplicación de la legislación comunitaria. El segundo está encargado de velar por el respeto de los Derechos humanos, utilizando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver los litigios que surjan en la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos. En principio las cuestiones a resolver por ambos tribunales son diferentes, están perfectamente separadas sin entrar en conflicto la una con la otra. Sin embargo, se solapan. Ante esta posibilidad de confrontación es por lo que la autora se decanta por la necesidad de la armonización. La compatibilidad de este sistema dual puede ser resultado de la similitud de las normas aplicables.

Al mismo tiempo que la armonización se plantea como posible en un espacio desnacionalizado, también puede serlo en tiempo desestabilizado. La flexibilidad y evolución del tiempo tiende a romper con la estática y tradicional duración de la norma simbolizada por los Códigos, pensados para que sean eternos. Al igual que las empresas, el Derecho económico ha de ser flexible y adaptable con el fin de que sea pragmático. Por otro lado, en lo referente a los Derechos humanos su abierta naturaleza evolutiva hace referencia a derechos concebidos como un ideal común a alcanzar, que todavía han de ser desarrollados y hechas efectivas mediante sucesivas medidas.

Se puede considerar que estas dos áreas exhiben varias de las características del tiempo virtual: la posibilidad de ser continuamente reescritas y la ausencia de un creador determinado, en la medida en que autor y receptor aparecen como intercambiables en la producción interactiva de normas en una red, como se puede apreciar en la actuación del juez europeo que, al mismo tiempo, predeterminan, codeterminan y sobredetermina el sentido de la norma actuando como juez constitucional y legislador.

Este concepto de tiempo virtual, como flexible y en evolución, implica la reversibilidad de la norma, lo cual es incompatible con

los Derechos humanos. Al mismo tiempo la reversibilidad niega la noción de desarrollo continuo, que es lo que da a los Derechos humanos su naturaleza evolutiva, y obliga a ésta a una única y predeterminada dirección: la progresiva expansión de estos derechos.

El caos producido por la multiplicidad de normas rompe con la concepción clásica del ordenamiento jurídico representado por la pirámide kelseniana. El peligro de esta producción normativa reside en su dispersión y complejidad producida por la internacionalización de las soluciones que requirieren un número elevado de conflictos jurídicos que llegan a ser más y más complicados conforme las normas nacionales e internacionales se superponen.

Las soluciones posibles a este problema pueden ser de dos tipos: unificación o armonización.

Desde el siglo XIX los expertos en Derecho comparado abogaban por la unificación del Derecho en todos los Estados mediante el estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos. Esto produciría un acercamiento de las normas de cada Estado al adoptar la mejor solución al problema generado. Sin duda, desde el desarrollo de la globalización esta disciplina del Derecho es cada vez más necesaria, pero no hay que olvidar sus fallos y se debe rechazar la idea de que generará un Derecho común a todos. Sólo en Europa existen dos sistemas jurídicos diferentes; el proveniente del Derecho romano, el *ius commune*, y otro, el *common law*. Si ampliamos el marco de estudio a todo el planeta tendríamos, además, los sistemas jurídicos provenientes del Derecho chino y los variados ordenamientos de los países islámicos.

Si nos centramos en Europa podemos ver que existen puntos de convergencia sectores muy variados y numerosos. Sin duda, en lo relacionado con los Derechos Humanos existe un gran consenso. Dentro del Derecho penal existen muchos puntos en común en cuestiones de Derecho penal económico, en particular, en materias de corrupción y falsificaciones. Aun así, siguen existiendo diferencias como pueda ser la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. También encontramos ejemplos de puntos en los que difieren, como pueden ser los procedimientos prejudiciales (la prisión provisional, la existencia de un juez de instrucción, etc.) o la existencia del procedimiento acusatorio.

El análisis de las divergencias da una pista de la extensión de las dificultades que implica la unificación, sobre todo si se tiene que llegar a un acuerdo en cada una de ellas para llegar a conseguir el objetivo previsto. Al mismo tiempo, los puntos en los que ya existe un acuerdo han de ser definidos para evitar las discrepancias que existen entorno a su significado en cada ordenamiento.

La unificación se produce raramente de forma espontánea. Generalmente hay que recurrir al Derecho Internacional y su desarrollo se basa en acuerdos internacionales que sustituye diferentes normas nacionales por un conjunto de normas comunes. Sin embargo, la «uniformidad» sería un proceso deferente. Consistiría en incorporar normas idénticas en cada ordenamiento jurídico que han sido previamente definidos por acuerdos internacionales.

En cualquiera de los dos casos, las normas comunes tienen una mayor posibilidad de ser adoptadas cuando se basan en una síntesis de varias tradiciones legales. Esta condición es más fácil de ser cumplida cuando es una cuestión de comercio internacional que cuando se trata de Derechos Humanos. A medio camino, ya que afecta a intereses económicos y el derecho a un juicio justo, se encuentra el *Corpus Iuris*, que muestra como incluso en materias penales la unificación es posible, o al menos imaginable. Con la creación del mercado único y después de la eliminación de las fronteras interiores se han creado nuevas oportunidades para el fraude y el tráfico. La paradoja que se ha dado es que bienes, servicios, capital y personas pueden circular libremente pero no así las autoridades judiciales, que normalmente tienen competencia sólo dentro de Estados. La idea de que del Derecho Penal es inseparable de la soberanía nacional porque sirve para proteger el orden público del Estado no se puede mantener cuando se tiene que reconocer que existe una necesidad de proteger el orden público europeo. Éste estaría compuesto por el fraude a la Hacienda comunitaria ya que los intereses de que se trata no son nacionales sino supranacionales.

La armonización es más fácil de aceptar cuando hay una gran divergencia ya que realiza un acercamiento de los sistemas sin eliminar completamente las diferencias. Se permite un concepto de Derecho plural y tolerante, pero la pluralidad en este caso está ordenada. Cuando la identidad es imposible, es necesaria una cierta proximidad de un sistema a otro y las grandes diferencias son consideradas incompatibles y se excluyen. Por tanto, se deja un margen de maniobra a los Estados para adaptar la norma según sus intereses. Esta posibilidad dependerá del nivel de acercamiento que se necesite: si éste es alto el grado de maniobra del Estado será menor; mientras que cuando sea bajo, el margen será grande. La armonización no responde a la lógica de contrarios (compatible o incompatible) sino que responde más bien a la razón de los procesos impredecibles o de datos variables. El proceso de armonización es complejo: no es suficiente con hacer compatibles las diferencias, las variaciones tiene que ser previsibles.

Una forma de hacer compatibles las diferencias es mediante una referencia común, en nuestro caso, normas comunes mínimas.

Los encargados de precisar el contenido de éstas en cada Estado son los jueces, quienes las aplican respetando la coherencia del sistema. Esto puede traer problemas de arbitrariedad. La armonización no será aceptada si el nivel de incertidumbre no es determinado en una manera transparente y objetiva. Estas características junto con el rigor son condiciones sin las cuales la globalización se encuentra sin soluciones para hacer frente al caos normativo que existe.

III

Tras este análisis entra de lleno en el tercer capítulo en el que se intenta dar respuesta a la tercera y última pregunta: ¿es realmente deseable llegar tan lejos para fomentar la globalización del Derecho que bien puede ser más peligrosa que eficiente?

Para ello primero hay que describir quién tiene el poder en la sociedad global. En la actualidad existe un desequilibrio de poderes a nivel nacional, que si lo observamos en un entorno internacional es todavía mayor. Esto es reflejo de una primera causa: la debilidad de las instituciones en comparación con los nuevos poderes que dominan el mundo, organizados en redes que sirven primero a un interés privado, ya sea económico, mediático o científico, que, una vez globalizados, oscurecen los intereses públicos. Una segunda causa de este desequilibrio proviene de la inadecuación de las instituciones internacionales para solucionar los problemas.

El invento de estas redes, que se ha desarrollado de espaldas a los Estados, deja a uno un poco perplejo: el Derecho Estatal y el regional, en nuestro caso la Unión Europea, son más necesarios que nunca, sin embargo, aparecen como insuficientes. La existencia de estos nuevos poderes nos da la respuesta a la pregunta ¿es deseable promover el Derecho global? La respuesta es que no nos queda otra elección. El Derecho estatal y el Derecho internacional tradicional son insuficientes. Es necesario que las diferentes disciplinas legales se junten y que los especialistas en Derecho comparado y en Derecho internacional trabajen conjuntamente.

El derecho supranacional tiene un déficit democrático ya que en la actualidad no se limita a las relaciones interestatales sino que puede ser utilizado por personas individuales o en su contra. Esto es lo que Jürgen Habermas ha denominado derecho cosmopolita. Pero, para que realmente se dé esta situación de sujetos cosmopolitas, estos han de ser verdaderamente libres e iguales y sus derechos han de ser garantizados por las instituciones democráticas.

En esta situación, en la que no existe un sistema democrático para la adopción de las normas supranacionales, el ejecutivo consigue un poder predominante, en especial en las instituciones internacionales. Así, en Europa, tenemos el Consejo de Europa, en materia de Derechos humanos, y la Comisión Europea, para la unión económica. La primera está formada por un representante de cada Estado miembro y tiene competencias tanto legislativas como ejecutivas. La Comisión está compuesta por miembros independientes de cada Estado y tiene poder ejecutivo y, dentro del complejo sistema de creación de normas que existen en las Comunidades, tiene importantes facultades legislativas. Ambas instituciones se encuentran muy alejadas de la transparencia que exige la democracia, pero mucho más cercanas que las decisiones que se toman en la ONU o en la Organización Mundial de Comercio. Este desproporcionado poder de los ejecutivos se podría superar dando un mayor poder a los órganos judiciales

De esta forma se han ido creando los Tribunales necesarios. En la Unión Europea se creó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aceptado con reticencias por los Estados miembros no quedó más remedio que un órgano independiente resolviese los litigios que surgieron con la aplicación de los tratados constitutivos para garantizar la integración económica. Algo parecido ocurrió con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, institución que ha ido consiguiendo más poder en su actuación. Como intérprete de la Convención Europea de Derechos Humanos puede, con sus decisiones, influir en todas las materias jurídicas, incluidas aquellas que tradicionalmente han sido consideradas de política interna, incluso penal. La ONU estableció el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya como un tribunal de arbitrio para resolver asuntos de especial importancia, sin embargo, no tiene competencia para que los Estados acepten los mecanismos de la justicia internacional. En casos más concretos ha sido necesaria la creación de organismos de justicia *ad hoc* para un lugar y un tiempo determinado, como pueden ser el Comité de Derechos Humanos y los tribunales para juzgar los crímenes contra la humanidad de Yugoslavia y de Ruanda. El paso decisivo ha sido la creación del Tribunal Internacional Penal ya que no va a realizar su labor con normas diseñadas al efecto, sino que se vale de normas materiales y procesales comunes a todos los Estados que han ratificado el acuerdo para su constitución. La Organización Mundial de Comercio no ha creado una instancia judicial para resolver los conflictos que puedan aparecer. Aún así, se ha incrementado el papel del Derecho en el sector económico que le afecta.

En el sistema supranacional o global se produce un claro debilitamiento del poder legislativo. Ello se puede ver en la propia

Unión Europea en donde a menudo se reprocha el déficit democrático por la falta de un verdadero poder legislativo independiente del ejecutivo. Aunque en la evolución del Parlamento Europeo se le han ido concediendo más y más competencias, le falta la de legislar autónomamente, en particular en materias penales, ya que éstas son un símbolo de la soberanía nacional. Aún así, el Parlamento ha utilizado sus competencias en materia presupuestaria para ganar, poco a poco, más control sobre el mismo que ha acabado por convertirse en competencia legislativa. Esta transformación se ha podido observar en las diferentes propuestas para la protección de los intereses financieros de la Unión. Este poder de imponer sanciones que restrinjan las libertades individuales no puede dar en manos del ejecutivo, ya sea nacional o europeo, teniendo el Parlamento una oportunidad de concederse la facultad de dictar normas. Ante situaciones como ésta, la única posibilidad de que venza la democracia es, en palabras de esta autora, reinventándola.

El triunfo de la democracia consiste en, el mundo global, en que el Derecho nacional y las instituciones. Éstas van a seguir siendo necesarias para contener la expansión de las redes de intereses privados y para organizar los Derechos colectivos e individuales. Esta idea no se puede conceptuar en torno a los conceptos de los modelos federal o confederal. Para encontrar una solución a este dilema hay que basarse en dos puntos importantes la unificación y armonización para ordenar la multitud de normas, y que delimita el pluralismo, que establece las fronteras que no se pueden franquear.

Un punto importante de relación entre estas dos facetas es la reequilibrio de poderes. Éste tiene que realizarse, según esta autora, conforme a un modelo como el realizado en la UE con el objetivo de respetar la soberanía de los Estados miembros. En esta estructura se puede diferenciar dos grupos: a) uno que expresa la soberanía de los Estados (el Consejo Europeo y el Consejo de Comunidades Europeas), que denomina centrífugo, y otro, b) que integra a las instituciones comunitarias (Comisión, Parlamento y Tribunal de Justicia) que tiene un carácter centrípeto. Es justo esta división la que permite que los Estados tengan su representación en la toma de decisiones a nivel supraestatal. Como el poder de los ejecutivos se ve mermado por este necesario reparto de competencias, una confrontación entre los dos sectores paralizaría el sistema. Es por ello que es necesaria una mayor precisión en conceptos como la subsidiaridad y el margen de apreciación nacional. Estos dos puntos son un claro exponente de los problemas que han tenido los diferentes proyectos de proteger los intereses financieros de la UE.

Como Delmas-Marty indica en este mundo globalizado queda poco margen a la ciudadanía para expresar sus opiniones. Y es que la representación a nivel internacional de la ciudadanía no viene representada en un parlamento sino por medio de la presión de las ONG. Estas han conseguido introducir en sistema político conceptos como el derecho de intervención humanitaria, la creación de Tribunales *ad hoc* para los casos de Ruanda y de Yugoslavia y, finalmente, la creación del Tribunal internacional penal.

JAVIER VALLS

*Doctor en Derecho y Becario del Departamento
de Derecho penal de la Universidad de Granada*