

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**R.-L. Soriano**, Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo. **J. Lozano Ibáñez**, Suspenso a la jurisprudencia que no suspende. **D. Borrillo**, Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial. **J. Cid Moliné**, Prevención de delitos y utilitarismo. **L. Zúñiga Rodríguez**, Sobre resocialización. **J. Muñoz Llorente**, El concepto de honor en el C. Penal de 1995. **J.-M. Fernández Seijo**, Las cloacas de la jurisdicción civil. **M.-M. Sánchez Alvarez**, La responsabilidad de la CNMV. **E. Calvo Rojas**, Menos tribunales, más jueces. **P. Fernández-Viagas Bartolomé**, Narciso y los jueces. **S. Senese**, Los bombarderos ciegos de la “paz justa”. **D. Iñíguez Hernández**, Las magras rentas del “tercer pilar”. **J.-O. Sotomayor Acosta**, Garantismo y derecho penal en Colombia. **M. Comas D’Argemir Cendra**, Pinochet a juicio.

**En este número:** Borrillo, Daniel, profesor titular de Derecho Privado, Universidad de París X-Nanterre.  
Calvo Rojas, Eduardo, magistrado, Tribunal Superior de Justicia (Madrid).  
Cid Moliné, José, profesor titular de Derecho Penal, Universidad Autónoma (Bellaterra, Barcelona).  
Comas D'Argemir Cendra, Monserrat, magistrada, Juzgado de instrucción nº 3 (Barcelona).  
Fernández Seijo, José-María, magistrado, Juzgado de 1ª instancia nº 35 (Barcelona).  
Fernández Viagas Bartolomé, Plácido, magistrado, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada).  
Iñiguez Hernández, Diego, administrador civil del Estado (Madrid).  
Lozano Ibáñez, Jaime, magistrado, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete).  
Muñoz Llorente, José, profesor de Derecho Penal, Universidad Carlos III (Madrid).  
Sánchez Alvarez, Manuel-Maria, magistrado, Audiencia Provincial (Las Palmas de Gran Canaria).  
Senese, Salvatore, senador (Italia).  
Soriano Díaz, R., catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pablo Olavida (Sevilla).  
Sotomayor Acosta, Juan Oberto, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia).  
Zúñiga Rodríguez, Laura, profesora de Derecho Penitenciario, Universidad de Salamanca.

### **Jueces para la Democracia. Información y Debate**

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Carlos LOPEZ KELLER, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PECES MORATE, Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4º B. 28036 MADRID. Suscripciones EDISA, c/ Torrelaguna, 60. 28043 MADRID.

Precio de este número: 1.250 ptas. (IVA INCLUIDO)

Suscripción anual (nacional): 3.000 ptas. (3 números).

Europa: 4.000 ptas.

Resto: 5.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

# INDICE

	<b><u>Pág.</u></b>
<b>Debate</b>	
— <i>Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo</i> , Ramón-Luis Soriano Díaz.....	3
— <i>Suspense a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional</i> , Jaime Lozano Ibáñez .....	10
— <i>Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial</i> , Daniel Borrillo .....	15
— <i>Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable. (A propósito de "Censurar y castigar", de A. von Hirsch)</i> , José Cid Moliné.....	20
— <i>Sobre la resocialización de los presos terroristas</i> , Laura Zúñiga Rodríguez.....	28
<b>Estudios</b>	
— <i>Aproximación al concepto de honor en el Código Penal de 1995. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)</i> , José Muñoz Llorente .....	31
— <i>Las cloacas de la jurisdicción civil. (La estructura de la ejecución de sentencias civiles en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil)</i> , José-María Fernández Seijo .....	50
— <i>La responsabilidad de la CNMV. Observaciones al artículo 92 de la Ley del Mercados de Valores</i> , Manuel-María Sánchez Álvarez .....	57
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b>	
— <i>Menos tribunales, mejores jueces</i> , Eduardo Calvo Rojas.....	63
— <i>Narciso y los jueces</i> , Plácido Fernández-Viagas Bartolomé.....	70
<b>Internacional</b>	
— <i>Los bombarderos ciegos de la "paz justa"</i> , Salvatore Senese.....	75
— <i>Las magras rentas del "tercer pilar" de la Unión Europea. Seis años de cooperación en los asuntos de Justicia e Interior</i> , Diego Iñiguez Hernández .....	79
— <i>Garantismo y derecho penal en Colombia</i> , Juan Oberto Sotomayor Acosta .....	92
— <i>Pinochet a juicio</i> , Monserrat Comas D'Argemir Cendra.....	99
<b>Apuntes</b>	
— <i>Salas de gobierno y democracia</i> .....	101
— <i>Inspección: un añejo problema irresuelto</i> .....	101
— <i>El extravío de la razón estadística</i> .....	102
— <i>Su inspirada y graciosa señoría</i> .....	103
— <i>Otro que tal baila</i> .....	104

# DEBATE

---

## Los puntos negros de la institución del Defensor del Pueblo

Ramón Luis SORIANO DIAZ

### 1. EL DEFENSOR DEL PUEBLO: SENTIDO Y ALCANCE DE LA INSTITUCION

El Defensor del Pueblo es el garante de los derechos fundamentales de las personas ante los actos de las administraciones públicas. Es un comisionado del Parlamento, que supervisa si las leyes de este órgano son o no cumplidas por los gestores públicos (término que podemos dar a quienes están al frente de las administraciones públicas), a instancia de parte o de oficio.

El Defensor del Pueblo es la institución más próxima a los ciudadanos en varios sentidos: a) cumple una importante función de mediación social en la defensa de los derechos y libertades básicos de la persona ante quienes están en mejor situación para vulnerarlos: los gestores públicos; b) es el órgano de más fácil acceso para las personas; c) es el órgano indicado para la defensa de los intereses sociales generales, debido a la conexión de éstos con los derechos y libertades fundamentales de la persona.

En el primer aspecto, hay que subrayar la importante función de mediación social desarrollada por el Defensor, que supera a la función estrictamente jurídica, consistente en supervisar y declarar si los actos de los gestores públicos se acomodan o no a las leyes del Parlamento. En la medida en que los ciudadanos acuden cada vez más al Defensor, en que la acción del Defensor afecta a intereses sociales generales en defensa de los derechos básicos de colectivos precarios, más desarrolla la institución el papel de mediador social o árbitro, intentando entre los gestores públicos y los ciudadanos encontrar la solución que más se acerque a la defensa de los intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos.

Es evidente que esta función de mediación social depende de la impronta personal del Defensor de turno, que puede estar más o menos sensibilizado por los grandes conflictos sociales y por la situación de los ciudadanos más desfavorecidos; pero, el Defensor no puede evitar convertirse a instancia de parte en un mediador social de mayor o menor alcance, porque los ciudadanos y los colectivos sociales acudirán a él para que ejerza funciones de defensa y arbitraje.

En el segundo aspecto, la institución del Defensor se caracteriza por ser un recurso ciudadano gratuito, de fácil acceso y sencillo procedimiento, en contraste con la justicia ordinaria, cara, lenta y

compleja. Un simple escrito informal, de puño y letra del ciudadano, sin formalidades ni lenguaje técnico, sirve para acceder al Defensor. Por estas sencillas características el Defensor del Pueblo no es a veces un complemento o una alternativa a la justicia ordinaria, sino la única vía del ciudadano sencillo y de escasa formación para obtener justicia. Los sociólogos de la abogacía constatan una línea evolutiva de huida de los ciudadanos de la justicia ordinaria y su sustitución por otros procedimientos de solución de conflictos más accesibles, rápidos y menos costosos: la negociación, la mediación, la adjudicación, etc. Entre estas posibles vías se encuentra la institución del Defensor, que además de reunir las cualidades citadas, tiene la ventaja de ser una institución revestida de la autoridad del Parlamento.

En el tercer aspecto, el Defensor es el órgano adecuado para la defensa de los intereses sociales generales. Es lógico pensar que un ciudadano sensibilizado por esta clase de intereses —medio ambiente, colectivos en precariedad, instituciones de funcionamiento ilegal...—, que a él no le afecte directamente, prefiera acudir al Defensor antes que al juez ordinario, para evitar los costes y atenciones onerosas que exigen la práctica de la justicia ordinaria. Los ciudadanos de espíritu cívico no tienen porqué ser héroes. Precisamente una de las razones de la existencia del Defensor es hacer más liviana la defensa de los derechos básicos de las personas, que en algunos casos están interrelacionados con los intereses sociales generales o de importantes colectivos sociales.

### 2. LOS MALES DE LA INSTITUCION DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Estas páginas no son escritas por la motivación del investigador o diletante, sino derivadas de la propia experiencia como ciudadano recurrente al Defensor en defensa de intereses sociales generales. Esta experiencia me ha hecho ver la relevancia social de esta institución, el extraordinario cometido social que desarrolla, pero también los importantes fallos de su funcionamiento, más en el terreno de las lagunas que de los errores o contradicciones.

Reuniones conjuntas de los defensores, nacionales y extranjeros, ya han ido produciendo con el contraste de experiencias y opiniones informes para

la mejora de la institución. También los estudiosos destacaron fallos en la regulación jurídica desde los primeros años de funcionamiento de la institución en el Estado y en las comunidades autónomas... Tenemos por lo tanto los puntos de vista y las propuestas de los propios defensores y de los estudiosos e investigadores de la institución, para quienes la misma ha despertado un mayor interés que otras figuras nuevas introducidas por nuestra Constitución (como el procedimiento de *habeas corpus*, v. gr.). Me sumo a ellos precisando mi punto de vista desde la propia experiencia, desde el lado del ciudadano, que nunca debe faltar en una visión y estudio de conjunto de la institución.

Indico algunos fallos del funcionamiento de la institución, que podrían ser solventados con una reforma legislativa. Fallos que nos hacen ver que el Defensor "aprieta, pero no defiende", si por defender quiere entenderse algo más amplio que el mero cuestionamiento, es decir, dar satisfacción a los derechos vulnerados. La crítica a la institución que sigue podría alcanzar un carácter general, porque, tras la lectura de las leyes reguladoras de la institución de otras comunidades autónomas y de la misma ley del Defensor del Estado, advierto que la regulación de la institución sigue pautas similares en todas partes

### **2.1. La falta de ejecutoriedad de las resoluciones del Defensor**

Es sin duda su talón de Aquiles. Los demandados lo saben y se defienden diciendo que el Defensor "orienta", "recomienda", pero no es un órgano para imponer sus decisiones. De poco valen los muchos esfuerzos del Defensor, las muchas esperanzas puestas en él por los demandantes, si los gestores públicos se apoyan en la falta de exigencia jurídica de las resoluciones del Defensor. La falta de ejecutoriedad de las decisiones del Defensor es puesta de manifiesto en las alarmantes cifras de las encuestas: un 90% de los gestores públicos demandados hacen caso omiso a las resoluciones. Por ello una reforma de la institución pasa necesariamente y en primer lugar por otorgar una mayor fuerza jurídica vinculante a dichas resoluciones.

### **2.2. La inexistencia de deberes jurídicos de los gestores públicos respecto a las resoluciones del Defensor del Pueblo (en opinión de dichos gestores)**

Es un corolario del punto anterior. Si las resoluciones no son ejecutivas, los gestores de la administración no creen tener el deber de cumplirlas. En el mejor de los casos, los gestores públicos demandados creen tener deberes morales, de moral pública, en relación con las resoluciones del Defensor que les afectan, pero no deberes estrictamente jurídicos. Lo lamentable en estos casos es que los deberes morales exigidos por la moral pública no bastan por sí mismos para atender a las decisiones del Defensor en

nuestro país. Debiera tener general cumplimiento una regla moral pública cifrada en la expresión: "deben ser cumplimentadas las resoluciones de los órganos de supervisión y control de la Constitución designados por el Parlamento". Parece obvio este deber primario de una moral pública. Pero no lo es de hecho.

La sorpresa en la dejación de este deber moral aumenta cuando se constata que los gestores públicos demandados ni siquiera atienden a las resoluciones del Defensor previamente aceptadas. La aceptación por los gestores públicos —un alcalde, un consejero, un rector...— de las decisiones del Defensor debiera conducirles a su cumplimiento como exigencia de un deber de moral pública de primer orden, y debiera este tipo de deber ser recogido en las convenciones de los comités y comisiones deontológicas de los partidos políticos y las instituciones públicas, a las que me he referido en otro lugar.

### **2.3. La ausencia de control del Defensor del Pueblo sobre el cumplimiento de sus resoluciones**

Quizás en este apartado los defensores debieran seguir otras pautas de comportamiento. El Defensor del Pueblo archiva el expediente de queja y sus actuaciones, una vez aceptadas por los demandados, que es una práctica desaconsejable. Esta práctica habitual se explicaría por las siguientes razones: a) el Defensor no está obligado a seguir una vigilancia y control del cumplimiento de sus decisiones; b) probablemente esta tarea de control sería muy difícil de desarrollar ante el número creciente de demandantes que acuden al Defensor (tanto en su papel de supervisor de la legalidad como de mediador social) y los escasos medios personales y técnicos de la oficina del Defensor, y c) en consecuencia, en función de las circunstancias anteriores, el Defensor deja que sea el propio recurrente quien controle el cumplimiento de sus resoluciones, reabriendo el expediente de queja a instancia de parte con la aportación de pruebas de incumplimiento.

Sin embargo, teniendo en cuenta que al Defensor acuden personas sencillas con frecuencia, quizás con un juicio negativo respecto al mundo del derecho y de los profesionales del mismo, la falta de un directo control por el Defensor del cumplimiento de sus decisiones puede provocar indefensión en esta clase de personas. Sería por esta razón muy eficaz el recordatorio en plazos determinados a los gestores públicos del cumplimiento de sus resoluciones aceptadas y la petición de pruebas al respecto. Lamentablemente, el Defensor del Pueblo no cumple este mínimo procedimiento.

### **2.4. Las escasas competencias atribuidas al Defensor**

Las competencias legales del Defensor se reducen a la supervisión de la legalidad de los actos de las administraciones en materia de derechos y li

Le puede ofrecerle lo mismo  
 Le presentamos la última tecnología

# DVD ROM

Todas las obras de nuestra biblioteca en este único



- B.D.A. Bibliografía
- B.D.A. Bibliografía de Derecho
- B.D.A. Jurisprudencia
- B.D.A. Jurisprudencia Laboral
- B.D.A. Jurisprudencia Mercantil
- B.D.A. Jurisprudencia Penal

- B.D.A. Tratados Convenciones
- B.D.A. Tratados Internacionales
- B.D.A. Jurisprudencia Social
- B.D.A. Jurisprudencia Económica
- B.D.A. Jurisprudencia Fiscal
- B.D.A. Jurisprudencia Tributaria
- B.D.A. Jurisprudencia Administrativa

El único producto jurídico que presenta estas ventajas:  
 rapidez • eficiencia • interacción total • exhaustividad • personalización

**ARANZADI**

## Solicitud de Información.



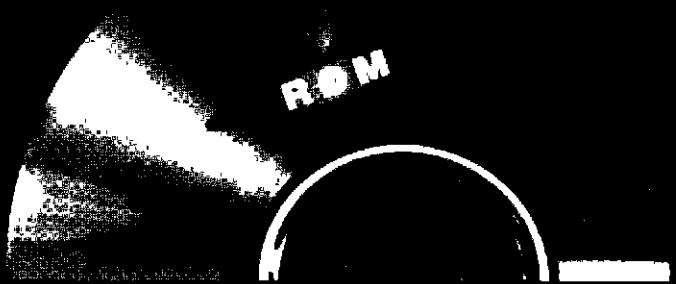
Ref. J. dem

Rellene sus datos personales y envíe una copia al número de fax 948 330 845 / 948 297 200 o por correo a Editorial Aranzadi Carretera de Aoiz, km. 3,5, 31486 ELCANO (Navarra)

Apellidos: \_\_\_\_\_  
 Nombre: \_\_\_\_\_  
 Profesión: \_\_\_\_\_  
 Especialidad: \_\_\_\_\_  
 Empresa: \_\_\_\_\_  
 Actividad: \_\_\_\_\_  
 Domicilio: \_\_\_\_\_  
 Tlno.: \_\_\_\_\_ Fax: \_\_\_\_\_  
 C.P.: \_\_\_\_\_ Población: \_\_\_\_\_  
 Provincia: \_\_\_\_\_ NIF/CIF: \_\_\_\_\_

Sí, deseo recibir información más

O bien llame al Centro de Atención al Cliente en el **902 100 155**



Consulte en Internet: [www.aranzadi.es](http://www.aranzadi.es)

bertades fundamentales, haciendo las oportunas recomendaciones, advertencias y recordatorios a las autoridades administrativas en el caso de infracciones legales. En el caso de que sus resoluciones no sean atendidas, el Defensor puede poner en conocimiento de la autoridad jerárquicamente superior al demandado del incumplimiento por éste de sus resoluciones, y puede además incluir este incumplimiento en el informe anual o en informes especiales del Defensor al Parlamento.

Si el gestor público demandado no cumple las resoluciones, el Defensor puede poner este hecho en conocimiento de su superior jerárquico. Esto no deja de ser una concesión a la galería de escasa virtualidad, al menos en la línea de máximos responsables administrativos pertenecientes, como suele ser habitual, al mismo partido político, y que ostentan sus cargos por designación. Funciona aquí el sentido corporativista de los partidos políticos: sus miembros se protegen recíprocamente ante las interferencias ajenas de las que pueda traslucir una mala imagen pública para el partido; máxime si se trata de un órgano de la relevancia (al menos socialmente) que supone el Defensor. La autoridad superior que designó a la autoridad demandada, probablemente por pertenecer al mismo círculo de intereses o a la misma "familia" dentro del partido, se mostrará renuente a tomar en consideración las resoluciones del Defensor. A veces, la experiencia puede presentar ribetes esperpénticos: el superior jerárquico de un rector de universidad andaluz demandado ante el Defensor en 1995 era el director general de universidades de la Junta de Andalucía, que precisamente había sido incluido en la "lista negra" del Defensor (lista de las autoridades que se habían significado por el incumplimiento y el obstruccionismo de las resoluciones del Defensor, que consta en el informe anual del Defensor al Parlamento de 1995). ¿Cómo va a actuar contra el inferior jerárquico por desobedecer al Defensor quien ha dado muestras de una persistente desobediencia a las decisiones de esta institución, además de obstruir sus actuaciones?

Por otro lado, el informe anual y los informes especiales o extraordinarios al Parlamento no han tenido hasta la fecha unas directas consecuencias en las actuaciones de los parlamentarios. Estos dieron una lamentable imagen con ocasión del informe anual leído por el Defensor andaluz en 1997 en el Parlamento: las escasas señorías asistentes al acto se limitaron a conversar entre sí desatendiendo al Defensor, quien, visiblemente enojado, abandonó el hemiciclo rápidamente sin esperar al turno de preguntas. Ni siquiera tiene consecuencia alguna la lista de autoridades remisas a cumplir las resoluciones del Defensor, que acompañan a los informes anuales ante el Parlamento. Estas listas debieran, cuando menos, ser hechas públicas en los medios de comunicación social, y afectar negativamente a la carrera política de los incursores en las mismas. De lo contrario, los ciudadanos conservarán la mala opinión que actualmente tienen (a juzgar por las encuestas) de sus políticos y del funcionamiento de la política; la po-

lítica para el medro personal y predio donde los inmorales campan impunemente.

Al no ser coactivas las resoluciones del Defensor, el respeto a las mismas depende en gran medida del prestigio social de la institución, del talante del propio Defensor en el celo por la observancia de sus decisiones y del sentido del derecho y de la moral pública de las autoridades administrativas. El respeto al Defensor y a sus decisiones es una obra conjunta de los ciudadanos, los gestores públicos y el propio Defensor.

Ahora bien, concediendo que las resoluciones del Defensor no sean directamente ejecutivas por su falta de coactividad, no obstante el peso de la institución y la eficacia de sus resoluciones cambiarían favorablemente y en gran medida, si al Defensor se le concediera una sola facultad: la legitimidad procesal activa para interponer directamente recursos ante la jurisdicción correspondiente, de oficio o a instancia de parte. Esta posibilidad con seguridad haría a las autoridades administrativas demandadas cumplir con mayor celo y diligencia las resoluciones del Defensor, para no arrostrar los inconvenientes de un posible proceso, teniendo como acusador al mismo Defensor.

## 2.5. La politización de la institución del Defensor

La regulación posconstitucional de la institución del Defensor del Pueblo ha querido romper con el mal histórico de los órganos de control externo, que tradicionalmente dependían del Gobierno. Se ha pretendido que, al igual que el Parlamento controla al Gobierno, los órganos de control comisionados del Parlamento —Defensor del Pueblo, Cámara de Cuentas— para controlar a los Gobiernos y Administraciones dependan del mismo Parlamento para garantizar su independencia. Pero esta pretendida independencia deja bastante que desear, porque los partidos políticos reproducen en la institución del Defensor del Pueblo el sistema de cupo o cuota, llegando incluso a designar a destacados líderes políticos para ocupar los cargos de Adjuntos al Defensor del Pueblo. Consiguientemente, la institución del Defensor del Pueblo no puede quedar al margen de los intereses de los partidos políticos y de los gestores públicos (hombres de partido), a los que está obligado a controlar.

Los medios de comunicación se han hecho eco de dos operaciones de "ocupación" de la institución del Defensor (del Estado y de Andalucía) por los partidos políticos a través de sus parlamentarios y poniendo en funcionamiento el sistema de cupo. El cupo de los partidos consiste en la colocación de hombres del partido en las instituciones, de cualquier clase, en función del porcentaje de representación parlamentaria. No hay ni que decir que es un excelente instrumento de interferencia contrario al principio de la división de los poderes del Estado, si por este procedimiento los parlamentarios (poder legislativo) designan a los miembros de órganos jurisdiccionales o parajurisdiccionales (como es el Defensor). Sin embargo, ambas operaciones tienen distinta justificación.

La primera consistió en nombrar al hermano del Presidente del Gobierno, José María Aznar, como Adjunto al Defensor del Pueblo del Estado en el verano de 1996. Si el Defensor resolvía las demandas de los ciudadanos contra las administraciones, no era, cuando menos de buen estilo, poner en la institución del Defensor con competencias en todo el territorio del Estado a un familiar de primer grado de la máxima autoridad administrativa, presumiblemente destinataria de importantes recursos de los ciudadanos. La polémica se saldó con la renuncia a la candidatura del hermano del presidente.

Con todo, no me parece esta operación tan criticable como la segunda, que a diferencia de la anterior se ha consumado en el verano de 1996 (aproximadamente en las mismas fechas de la anterior operación), consistente en el nombramiento por el Parlamento andaluz como Adjuntos al Defensor de dos destacados hombres de partido, que hasta la fecha de su nombramiento ejercían responsabilidades políticas como concejales del Ayuntamiento de Sevilla. Se daba además la circunstancia desfavorable de que ambos hombres de partido pertenecían a cada una de las formaciones políticas gobernantes en coalición tanto en el Ayuntamiento de Sevilla como en el mismo gobierno de la Comunidad autónoma andaluza: el PP y el PA.

Los signos de politización de la institución del Defensor son especialmente visibles en Andalucía por varias razones.

Primero: la reforma de la ley del Defensor del Pueblo andaluz para que todos los partidos del Parlamento tuvieran su hombre en la institución. En efecto, momentos antes de la elección del Defensor, el Parlamento andaluz reformó la ley andaluza del Defensor del Pueblo para dar entrada a un tercer Adjunto al Defensor, no precisamente mirando al aumento de la eficacia de la institución, sino a la mayor eficacia de sistema de cupos de los partidos en su propósito de ocupar porcentualmente esta institución; de hecho la reforma se produce momentos antes de la elección del Defensor y sus Adjuntos, lo que claramente desvela los intereses de los parlamentarios (o de los partidos a través de ellos). De no reformarse la ley, un partido, presumiblemente IU, se quedaría sin "su" Defensor. Con la reforma cada partido tiene su parte en la apetecida "tarta" que representa el Defensor. De esta manera, el PSOE designaría al Defensor, el PP al primer Adjunto, el PA al segundo Adjunto e IU al tercer Adjunto. Así todos quedarían contentos. Como así se hizo.

Segundo: la designación para los puestos de la institución de destacados hombres de partido, que ejercían responsabilidades políticas de gobierno en el momento de su promoción para ocupar cargo en la institución del Defensor. Ni eran simples militantes, ni estaban alejados de responsabilidades de gobierno en las instituciones públicas, sino ejerciéndolas en el momento de su promoción. Todavía más: eran concejales en coalición de gobierno en un ayuntamiento (el de Sevilla) que suele ser objeto de numerosas quejas de los ciudadanos andaluces. Con lo que nos encontramos con el esperpento de

que quienes gobernaban en el más importante ayuntamiento andaluz quizás tuvieran que resolver acerca de las demandas dirigidas contra su actuación como gestores públicos.

No es necesario ser muy astuto para imaginar una pregunta, que se impone por su propio peso: ¿Cómo van a ser independientes como Adjuntos al Defensor hoy contra las actuaciones de los gobernantes andaluces quienes ayer eran ellos mismos los gobernantes? ¿Cómo estos políticos ejercientes por un tiempo de la noble función del Defensor van a desprenderse de la rémora de toda clase de implicaciones partidistas a la hora de resolver las demandas de los ciudadanos? ¿Acaso han dicho que no volverán a la política, tras su paso por la institución parlamentaria de control? ¿Acaso no están en la institución por ser hombres de determinado partido, que los ha designado para el cargo?

Es incomprensible para el hombre de la calle, para el simple ciudadano, que los partidos políticos y sus representantes en el Parlamento (que más parecen representar a sus partidos que a la voluntad del pueblo) no hayan podido encontrar una fórmula mejor para velar por la independencia e imparcialidad del Defensor y sus Adjuntos. ¿O es que no hay otras personas, sin adscripción partidista, en Andalucía para desempeñar el cargo? Ya tuvimos el ejemplo del primer Defensor, que pertenecía a la carrera judicial, y hay muchas personas aptas para el cargo. Es por ello imposible quitar de la mente de los ciudadanos que se ha tratado simplemente de ocupar la institución por intereses de partido (que como su nombre indica son intereses de parte interesada) mermando las cualidades que debe adornar una institución como la del Defensor: la independencia y la imparcialidad.

Tercero: los Adjuntos al Defensor forman parte de la institución y ejercen las mismas funciones que el Defensor por delegación. La institución del Defensor está formada por el Defensor y los Adjuntos. No son éstos simples colaboradores técnicos del Defensor. En estas condiciones, ante el alto número de quejas de los ciudadanos por infracciones legales de los gestores públicos y de solicitudes de mediación social, es lógico pensar en una distribución por áreas de las quejas y solicitudes entre el Defensor y los Adjuntos, con lo que aún es mayor el rol desarrollado por éstos. Por lo tanto, en función de la relevancia de este rol, no parece acertada la selección de personas en ejercicio de responsabilidades políticas de gobierno, de las que pueda suscitarse algunas reservas respecto a su independencia en el ejercicio de sus funciones en la institución. No es cuestión de poner en entredicho la honorabilidad de estas personas, que queda siempre a salvo, sino de que se deben establecer con carácter preferente las condiciones idóneas para el ejercicio de las funciones de la institución con la máxima independencia; condiciones óptimas que no se guardan si se pone al frente de una institución para resolver controversias jurídicas contra la administración a personas sacadas de la misma administración (y no precisamente de la esfera técnica del funcionariado, sino de la esfera más alta de las decisiones políticas de

la administración). No sería buena fórmula la elección de funcionarios de la administración con adscripciones partidistas, en mi opinión; menos aún la de responsables políticos de la administración.

No obstante, si los Adjuntos realizaran funciones de menor alcance, a nivel técnico, esta crítica tendría menos fuerza, aunque siempre sería la fórmula elegida, elección de hombres de partido ejercientes de responsabilidades políticas, la menos idónea.

### **3. LA ACTITUD DE LOS GESTORES PUBLICOS ANTE LAS RESOLUCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO**

Quienes están al frente de las administraciones públicas saben, o llegado el caso que les afecten, llegan a saber que el talón de Aquiles del Defensor, como se ha indicado, es la falta de imponibilidad de sus resoluciones. Suelen decir que respetan las decisiones del Defensor, las aceptan aparentemente de buen grado, pero no las cumplen, o las cumplen a largo plazo y si no les suponen gravámenes. Se aprovechan del escaso espíritu cívico de los ciudadanos de nuestro país, de la inexistencia de convenciones de moral pública entre los políticos y de los precedentes y ejemplos frecuentes de que "todos hacen lo mismo", esto es, hacer oídos sordos al Defensor con buenas palabritas. La negligencia de los unos se escuda en las de los demás.

Indico algunas de las actitudes más frecuentes de los responsables políticos de las administraciones públicas afectados por resoluciones contrarias del Defensor. He tenido la ocasión de probar en propia carne actitudes de este tipo como recurrente al Defensor. Del conjunto de estas actitudes se colige fácilmente la necesidad de un cambio de rumbo en la legislación y en los criterios vigentes de moral pública de los responsables políticos, si queremos tomarnos en serio el derecho y el debido respeto al mismo por los poderes públicos.

1. El Defensor "advierte", "recomienda" y "recuerda" los deberes de los gestores, como le concede la ley reguladora de la institución, pero nada más. Si el Defensor exige más, se sitúa fuera de las competencias marcadas por la ley. Algunos llegan a decir que el Defensor no es otra cosa que un consejero, y, como tal, sus consejos pueden o no ser atendidos con total libertad, guardando la forma externa del respeto a la institución que representa o de la que es comisionado, el Parlamento.

2. Los recurrentes podían interponer sus recursos ante la justicia ordinaria, cuyas sentencias son coactivas y vinculantes. Si optan por el Defensor deben aceptar la consecuencia hipotética de no obtener satisfacción, si su resolución les beneficia. Algunos se atreven a decir que si los particulares acuden al Defensor, cuyo acceso es fácil y menos costoso que la justicia ordinaria, debe ser porque no les asisten la razón jurídica en sus pretensiones; si así fuera, estarían dispuesto a pechar con los costes de una demanda ante los jueces ordinarios.

3. No es infrecuente una actitud de verdadero ci-

nismo por parte de los gestores públicos: la aceptación inconsecuente de las resoluciones del Defensor; así como se aceptan, se olvidan o se trasladan "ad kalendas graecas". Recuerda una regla del derecho histórico español, aplicada en las Indias: se acatan las provisiones reales, pero no se cumplen. Con lo que la virtualidad de las decisiones del Defensor se queda en la mera formalidad externa de una manifestación de respeto sin consecuencias. El grado de cinismo llega al máximo cuando el Defensor reabre el expediente de queja porque sus resoluciones, ya aceptadas, no han sido cumplidas por los gestores públicos afectados tras largo tiempo, y, a pesar de ello, sigue sin obtener una actuación positiva de los mismos (si acaso... una nueva aceptación tan inconsecuente como la anterior).

### **4. PROPUESTAS**

1. La publicación de las listas de incumplidores de las resoluciones del Defensor y de obstruccionistas a su investigación en toda clase de medios y el envío de las mismas a las comisiones de control de las instituciones y de los partidos directamente desde la oficina del Defensor. Estas listas, que figuran en la Memoria anual del Defensor del Pueblo, pasan desapercibidas ante la opinión pública. Incomprendiblemente, los medios no se han ocupado de su publicidad hasta la fecha.

2. La concesión al Defensor de legitimidad procesal activa, para interponer recursos ante los órganos judiciales, directamente o a instancia de parte. Es la reforma necesaria para que todos, y especialmente quienes ostentan responsabilidades públicas, nos tomemos en serio la institución del Defensor.

3. La exigencia de debatir en puntos de orden del día de sesiones parlamentarias (al menos, ante las Comisiones del Parlamento) las propuestas concretas del Defensor derivadas de sus informes, anuales o extraordinarios, para que éstos no queden en una mera información. El Defensor, como la Cámara de Cuentas, es un órgano de control y extracción parlamentaria; son comisionados parlamentarios, por lo que son los parlamentarios quienes deben ser consecuentes con los órganos de control que ellos crean; de no ser así, se trataría de órganos floreros, que dan un buen tono, pero sirven para poco, además de costar caro a los contribuyentes.

4. La creación de las condiciones óptimas para proteger la independencia e imparcialidad de la institución del Defensor, impidiendo que formen parte de la misma quienes hayan ejercido responsabilidades políticas en otros poderes públicos.

5. La obligación legal de los gestores públicos de cumplir las resoluciones del Defensor en plazos taxativos y expresos, una vez aceptadas dichas resoluciones, y de dar cuenta al Defensor de dicho cumplimiento, inmediatamente después de efectuado.

6. Junto a las reformas legales e institucionales la "reforma social", la de las convicciones de la socie-

dad acerca de la importancia del respeto al derecho y a las instituciones como un seguro de las garantías y derechos de los ciudadanos. Si no se hace caso al Defensor, si los poderes públicos se atreven a ejercitar actos del más puro cinismo ante las decisiones adversas del Defensor, ¿qué puede esperar el ciudadano? ¿Puede sentirse realmente protegido? ¿Espera recibir mejor trato que la propia institución de control del Parlamento? Los ciudadanos debieran asumir su responsabilidad ante el derecho y las instituciones democráticas, creadas

precisamente para su protección, y exigir respeto y cumplimiento (sobre todo cumplimiento, que el respeto puede no pasar de una fórmula retórica) a las resoluciones del Defensor por parte de los gestores públicos (los políticos y los partidos políticos). Debiéramos sentir como un tremendo oprobio perpetrado por estos políticos-gestores el hecho constatado de que las resoluciones del Defensor son desatendidas en un 90%. No deberíamos consentirlo: por el Defensor, institución creada para protegernos, y por nosotros mismos.



## El compromiso cívico del juez demócrata

— la labor periodística —

CLAUDIO MOVILLA

“ Claudio Movilla, prestigioso magistrado, publicista de relieve en los temas de su especialidad, fue también incisivo y regular articulista en la prensa diaria y, siempre, el mismo intelectual *engagé* presto al debate libre y abierto. Todo ello, en simultaneidad con una persistente implicación —de la que no le hizo dimitir la edad que confiere la condición de sénior— en todas las vicisitudes que enlazan la experiencia ya histórica de Justicia Democrática con las actualmente en curso de Jueces para la Democracia.”

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

 **RONSEL**  
E D I T O R I A L

Próximamente en su librería

# Suspenso a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional

Jaime LOZANO IBAÑEZ

1. La inversión de principios jurídico-administrativos en el ámbito de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. La Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, denominada curiosamente de *derechos y libertades* de los extranjeros en España, contiene en su seno una sorprendente inversión de varios principios típicos del derecho administrativo, cuya única explicación puede hallarse en la intención de potenciar al máximo la eficacia represiva de la aplicación este ya de por sí severo sector de nuestro Ordenamiento Jurídico. Podemos mencionar al respecto los ejemplos siguientes:

a) En materia urbanística, por ejemplo, el hecho de construir sin licencia puede dar lugar a la correspondiente sanción pecuniaria, pero no a la demolición de la obra, cuando la misma es adecuada a la legislación urbanística (art. 29 del Reglamento de Disciplina Urbanística). En la misma línea, por otro lado, el Tribunal Supremo ha declarado en ocasiones que no cabe el cierre de un establecimiento como sanción si cabe la legalización del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 17-7-89, 5-12-88, 30-6-87). Se trata, pues, de no destruir algo ya hecho, una fuente de riqueza, mientras no se vea que ello es inexcusable, por no haber la subsanación de lo que en principio pueden no ser sino ilegalidades de tipo formal. La doctrina parece del todo razonable, y no se ve por qué no pueda ser aplicada a cualquier situación jurídica.

Sin embargo, en materia de extranjería al legislador no le interesa averiguar si el extranjero que se encuentra en nuestro país sin la documentación correspondiente está o no en situación de obtenerla, pues configura ese simple hecho como infracción (art. 26.1.a de la Ley Orgánica 7/85) a la que anuda no una sanción pecuniaria, y sólo la expulsión en caso de imposibilidad de legalizar, sino directamente la expulsión, no como medida de restablecimiento de la legalidad (carácter que tiene, por ejemplo, la demolición en materia urbanística) sino como sanción. De este modo se observa cómo, en contra de lo que sucede en otros ámbitos, aquí el simple incumplimiento de formalidades se configura como razón suficiente para impedir radicalmente la posibilidad de acreditar, aun tardíamente, que se está en posición de cumplirlas. De este modo, se observa cómo la ley asume abiertamente un carácter represor exacerbado que parece fundado no en la idea de hacer respetar la legalidad sustantiva, sino en la de permitir el mayor número de

expulsiones posible, con independencia de la gravedad del incumplimiento legal.

b) En materia administrativa sancionadora *general*, la tramitación de un procedimiento con las debidas garantías de contradicción y prueba aparece como auténtica exigencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 18/81, de 8 de junio, arts. 127 a 138 de la Ley 30/92, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común, Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto, del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora). Se establece pues, en general, incluso para sanciones de la *importancia* de, pongamos por caso, 20.000 pesetas de multa, un procedimiento en el que se da al expedientado un plazo de 15 días para alegaciones; en el que, salvo que se asuman los hechos alegados por aquél se debe acordar el recibimiento a prueba por entre 10 y 30 días, pudiéndose proponer cualquier medio de prueba; y en el que se debe notificar finalmente, de nuevo, la propuesta de resolución, disponiendo de otros 15 días para alegar el expedientado; además, cabe el correspondiente recurso administrativo, y, mientras se resuelve, la sanción no es ejecutiva.

Pues bien, el legislador considera que merece menos miramientos y garantías la remisión de un individuo a un país en el que las condiciones sociales, políticas o económicas son tales que ha preferido arriesgar literalmente su vida (a veces perderla) para salir de él, que la imposición de una multa de 20.000 pesetas, el cierre de un bar o no digamos la demolición de un ático ilegal. En efecto, la norma se encarga de que, en aquéllos casos, entre otros, en que el motivo de la expulsión es alguno de los que pueden conectarse con las circunstancias socio-económicas del individuo (supuesto "f" del art. 26.1; indirectamente, también el supuesto "a"), la tramitación (art. 30), además de ser preferente, se limita a un traslado por cuarenta y ocho horas! para que *alegue lo que considere adecuado* (nada se dice de que pueda proponer prueba, ni aclara qué sucede si lo hace y no puede practicarse en ese plazo), y acaba estableciendo que la ejecución de la orden de expulsión se efectuará *"de forma inmediata"*.

c) También en materia de extranjería se establece la posibilidad, absolutamente infrecuente en materia de ilícitos administrativos, de detención policial administrativa, sin perjuicio del posterior control judicial.

d) En fin, la ley de extranjería, en su artículo 34, inciso segundo, estableció, de nuevo en contra de un verdadero principio general del derecho administrativo y constitucional, que *"en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley"*. De nuevo la ominosa obsesión por la eficacia, por encima de cualquier otra consideración. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 7-7-87, declaró nulo este precepto, por contrario al principio de tutela judicial efectiva, que implica la posibilidad de que los Tribunales de justicia acuerden la suspensión de los actos administrativos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a socorrer en buena medida al derogado precepto, dotándole de una inesperada e indirecta virtualidad efectiva, como vamos a ver. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que las disposiciones legales en la materia no son lo suficientemente expeditivas, y ha decidido interpretar de forma restrictiva (y en contra incluso de lo que parece ser, en mi opinión, la letra de la ley y su doctrina en otras materias) las normas que regulan la suspensión de los actos administrativos, en nuestro caso de las órdenes administrativas de expulsión, que constituían una de las pocas disposiciones que permitían una cierta esperanza de que a los extranjeros (a determinados extranjeros) se les aplicasen simplemente *algunas* de las garantías jurídicas de que gozamos el resto de individuos.

## **2. La doctrina del Tribunal Supremo sobre suspensión de actos administrativos distintos de las órdenes administrativas de expulsión.**

Una de las piezas claves del proceso contencioso-administrativo, y verdadera garantía, en determinadas ocasiones, de que el mismo, lisa y llanamente, puede llegar a *servir para algo*, es la posibilidad de que el Tribunal suspenda la ejecutividad del acto administrativo recurrido, hasta el momento en que la Sentencia sea dictada.

La jurisprudencia, en aplicación del artículo 122 de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, viene exigiendo, para acordar la suspensión, que la ejecución del acto impugnado cause al recurrente un verdadero perjuicio cuando menos de *difícil* reparación, que es lo único que exige el artículo citado para acordar la suspensión. Dicho perjuicio ha de ser, por lo general, acreditado por el recurrente (Sentencias del Tribunal Supremo de 19-9-96, auto de 29-3-93, entre otras resoluciones). No obstante, en ciertos casos la naturaleza del acto impugnado es tal que *va de suyo* el que el mismo va a causar perjuicios de difícil o imposible reparación al recurrente. En tales casos el Tribunal Supremo considera suficiente una apelación a la naturaleza de las cosas para entender que el perjuicio concurre y, como consecuencia, suspender el acto. Es frecuente, pues, que ante la evidencia del daño causado por la ejecución del acto, el Tribunal Supremo admita, sin más pruebas del mismo, la suspensión. Así, las

Sentencias del Tribunal Supremo de 10-11-97 y 22-10-97 consideran que le está vedado entrar a conocer en vía casacional la declaración del Tribunal de instancia, que declaró ser hecho notorio, y por tanto probado, el que la desmantelación de unas instalaciones de telecomunicación, consecuencia de una declaración de extinción de una concesión, causa perjuicios de por sí (el Tribunal Supremo utiliza aquí, para confirmar el auto de suspensión, el argumento de que no puede entrar, en vía de casación, a revisar la declaración de hechos probados; pero sí puede entrar a enjuiciar, como él mismo señala en otras ocasiones, la corrección de la ponderación entre perjuicios privados y generales hecha por la Sala de instancia, y sin embargo tampoco anula por este motivo ). La Sentencia de 2-7-97 da por hecho que la desmantelación de unas construcciones dedicadas a una actividad constructiva en un terreno que se quiere deslindar supone de por sí perjuicios de difícil reparación. Con esa misma fecha el Tribunal Supremo afirma en general que hay que emplear criterios favorables a la suspensión en el caso de demolición de obras, pues en ellos los perjuicios son tan evidentes que no precisan de prueba alguna. En el mismo sentido, la Sentencia de 23-6-97. La de 14-1-97 entiende procedente la suspensión de la orden de cierre de un establecimiento comercial. También ha declarado el Tribunal Supremo que en casos de separación o suspensión de funcionarios públicos han de tenerse presentes los perjuicios incluso morales que la medida ocasiona, suspendiendo hasta que por Sentencia se resuelva sobre la legalidad de la medida administrativa (Auto de 24-4-92), y lo mismo en relación con otro tipo de actividades profesionales (Auto de 2-4-93). La Sentencia de 13-5-96 considera suficiente para aceptar la suspensión de la orden de cierre de un salón de máquinas recreativas el hecho de que el cálculo futuro de las pérdidas sufridas en caso de que se revoque la orden de cierre sería *difícil*. El Auto de 13-7-92 admite la suspensión del desalojo de unas viviendas militares, y el de 29-6-92 de otras ocupadas por funcionarios. En definitiva, a lo que parece, y con buen criterio, el Tribunal Supremo se inclina en numerosas ocasiones (no siempre, todo hay que decirlo) por suspender la ejecución de aquéllos actos que vienen a suponer una intromisión en la continuación de la realización de una determinada actividad, una alteración en la forma de vida (desalojo de viviendas), trabajo (suspensión de ceses de actividades profesionales) o una eliminación de la misma existencia de instalaciones que constituyen una riqueza en sí o la producen (demoliciones). El Tribunal Supremo tiene bien presente, como no puede ser de otra forma, que no se trata de evitar, sino simplemente de aplazar, en su caso, la ejecutividad del acto; y que hay cosas que por su propia naturaleza causan perjuicios de reparación cuando menos difícil, aunque estrictamente pueda no existir una actividad probatoria expresa en tal sentido. En materia de extranjería todo es de otro color.

**3. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la suspensión de órdenes de expulsión de extranjeros en el ámbito del Recurso Contencioso-administrativo ordinario.** En opinión de quien suscribe estas líneas, el tomar a una persona que desde luego con toda probabilidad no ha abandonado su país natal, su familia y su entorno por gusto ni por conocer nuevos ambientes, sino compelido por situaciones políticas, económicas y sociales acuciantes, y en ocasiones inimaginables por nuestra bien acomodada conciencia, y situarlo de nuevo en aquél, impidiéndole iniciar o continuar el desenvolvimiento de la vida que pretende llevar en el nuestro implica, de por sí, por su propia naturaleza, y sin más consideraciones, *un perjuicio*. Que sea irreparable o no dependerá de los casos, pero desde luego todo apunta a que es, cuando menos, de *difícil reparación*, al menos de más difícil que el calcular cuánto va a perder un salón recreativo por estar cerrado una temporada. La reparación efectiva implicaría el que, obtenida en su día la Sentencia que declara que el extranjero no debió ser expulsado, la Administración española se encargue de localizarlo en el país a que fue enviado, transportarlo de nuevo a España e indemnizarle por lo que hubiera podido obtener permaneciendo en nuestro país (¿y no es esto último tan difícil de calcular que probablemente le sería denegada su reclamación aduciendo que se trata de beneficios eventuales y que el lucro cesante que reclama no tiene la suficiente certeza?). La efectividad de tales derechos, por otro lado, habrá de ser articulada a través del ejercicio de las correspondientes acciones legales, por una persona de escasos recursos económicos y desde el extranjero. Esta posibilidad de reparación, a la que alude frecuentemente el Tribunal Supremo, parece más Derecho-ficción que otra cosa, y puede ser calificada, en mi modesta opinión, de verdadera hipocresía jurídica, pues lo que sin duda es una posibilidad hipotética de reparación es evidente que en la realidad se transformará, en numerosísimos casos, en una dificultad prácticamente insalvable; y a mí me parece que habríamos de atenernos más, cuando estamos decidiendo de forma radical sobre la libertad de circulación y el futuro vital de una persona, a lo que razonablemente puede inferirse que *será* que a lo que artificiosamente puede construirse que *podrá ser*. Pues bien, pese a todo lo indicado, el Tribunal Supremo entiende que sólo si el actor acredita cumplidamente que posee un *arraigo* familiar o profesional en España es posible considerar que la medida le causa perjuicios dignos de tener en cuenta cuando se solicita la suspensión (Sentencias de 13-2-98, 23-1-98, 14-3-97, entre otras). Como si el arraigo, por mínimo que sea, no se genere por el mero hecho de permanecer un cierto tiempo en un lugar. Como si el perjuicio personal, moral y humano no existiera inevitablemente, con independencia del grado de arraigo del interesado. ¿Por qué el Tribunal Supremo ha adoptado esta doctrina?; ¿está convencido de que la aplicación estricta y técnica del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa exige esta solución?; ¿parte el Tribunal de una posición

*ideológicamente* neutra o está mediatizado por una determinada concepción del *orden público* que entiende le exige no hacer una aplicación de la Ley que retrase la consecución de determinados objetivos políticos tendentes al mantenimiento, a costa de muchas otras cosas, de la *tranquilidad ciudadana*? Tal vez el epígrafe siguiente aclare algo más acerca de tales extremos.

**4. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la suspensión de órdenes de expulsión de extranjeros en el ámbito del Recurso Contencioso-administrativo interpuesto al amparo de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.** Si la doctrina del Tribunal Supremo se quedase en lo que se ha descrito en el párrafo anterior, podría creerse simplemente que el Tribunal, efectuando un análisis estrictamente jurídico-técnico de las situaciones planteadas en relación con la interpretación que estima correcta del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y de su propia doctrina de que es necesario (en realidad sólo en principio, como vimos, pues hay casos en que reconoce que derivan inevitablemente de la naturaleza de las cosas) acreditar los perjuicios que provoca acto para obtener la suspensión, entiende que a falta de arraigo familiar o profesional no existe el perjuicio. He manifestado ya mi oposición a esta doctrina; pero se mantiene, todavía, aunque en mi opinión con dificultades, dentro de un esquema de razonamiento más o menos ortodoxo. Ahora bien, lo que definitivamente vuelca la opinión del observador y muestra que el Tribunal Supremo ha asumido un papel de auténtico guardián de la paz ciudadana, más allá de lo que las leyes le exigen, y forzando en realidad, a mi parecer, el texto de las mismas, es la doctrina que ha sentado también en materia de expulsiones cuando el recurrente utiliza la vía del Recurso Contencioso-administrativo especial regulado por la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (procedimiento cuya configuración ha cambiado desde el 14 de diciembre pasado, en que ha entrado en vigor la nueva Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

El artículo 7.4 de la Ley que se acaba de citar establecía lo siguiente: "...la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general...". Así pues, en este procedimiento, que tiende a la protección de los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29 de la Constitución Española, el legislador quiso que la regla de la suspensión fuese general y automática, salvo que se justificase, es decir, que se probase, un perjuicio grave para el interés general. Ciertamente en ocasiones se abusa de esta regla a través de la interposición de recursos por esta vía sin que exista atisbo siquiera de vulneración de tales derechos; pero para remediar esta posibilidad la jurisprudencia ya ha arbitrado la posibilidad de inadmisión *a limine* por este motivo, práctica que ha

sido confirmada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 37/82, de 16 de junio). Así pues, parecía difícil, en esta situación legal tan francamente favorable a la suspensión, evitar la misma, salvo tal vez en aquéllos casos en los que las características especiales de la persona expulsada o de la situación en que se encontrase permitieran apreciar el mencionado *perjuicio grave para el interés general*. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido a sentar la doctrina que, con una fórmula ya estereotipada, reza de la siguiente forma: *"la notoria multiplicación de procesos interpuestos por el cauce de la Ley 62/1978 contra actos gubernativos de expulsión de extranjeros, decretados en aplicación de la LO 7/1985 de 1 julio, determina que, si se siguiera la regla general de suspensión de la ejecución del acto impugnado prevista en el citado artículo 7.4 de la Ley 62/1978, se frustraría prácticamente la finalidad de la LO 7/1985, con el consiguiente perjuicio para el interés general implícito en esta Ley. De ahí que, siguiendo el criterio mantenido por esta Sala en casos similares al actual, debamos entender que procede la excepción a la suspensión de la ejecución del acto prevista en el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, porque dicha suspensión causaría perjuicio grave al interés general insito en la ejecutoriedad inmediata de los acuerdos de expulsión de extranjeros del territorio nacional, cuando dichos extranjeros carecen de un arraigo familiar o económico de importancia en nuestro país que les haga acreedores de la medida cautelar de suspensión de la ejecución, arraigo que no consta que concorra en el caso enjuiciado en el presente recurso"* (Sentencia de 14-3-97).

Así pues, resulta que el Tribunal Supremo renuncia expresamente a otorgar a cada recurrente una justicia individual y adaptada a su caso concreto, para incluirlo en una indeterminada y *notoria* masa de recurrentes que *multiplican* los procedimientos de esta clase, y de este modo hacer recaer sobre cada recurrente individual las consecuencias de una supuesta proliferación de este tipo de recursos. No podemos olvidar que es el mismo Tribunal Supremo el que en Sentencia de 8-7-97, y tratando una materia de implicaciones sociales radicalmente distintas de la que venimos examinando, curiosamente ve claro que *"frente al auto apelado, el Abogado del Estado, como argumento relevante establece como idea básica a considerar la siguiente: que el problema de conciertos educativos debe plantearse con una perspectiva general y no individualizada, y que si se generaliza el criterio de suspender las resoluciones administrativas referentes a los conciertos educativos se distorsionaría la actuación administrativa en este campo. Este alegato no cabe ser considerado como pretensión revocatoria del auto apelado, porque no cabe atender a razonamientos generales y de futuro, sino solamente deben analizarse los alegatos que se refieren individualizadamente al caso concreto que se resuelve"*. Obviamente, asiste la razón al Tribunal Supremo cuando indica que las decisiones sobre casos concretos han de adoptarse sobre la base de los mismos y no a partir de generalizaciones. No se

comprende porqué el ciudadano concreto que acude a los Tribunales solicitando el amparo de los mismos, y cuya prolongación de estancia en España no se ha acreditado ni indiciariamente que vaya a ocasionar perjuicios, ni graves ni leves, al interés general, haya de cargar con las consecuencias de una supuesta proliferación de recursos. Si la aplicación de la Ley produce consecuencias políticas o sociales que el poder político considera indeseables, ya procederá, si lo cree necesario, a adoptar las medidas pertinentes, pero no deben ser los Tribunales los que abduquen de la aplicación de la Ley vigente porque las consecuencias que produce no le sean política o socialmente gratas. El Tribunal Supremo está sacrificando el derecho de cada individuo a conseguir que la Sentencia favorable que en su caso pueda obtener sea verdaderamente efectiva, en el altar de la eficacia represora, asumiendo la idea de que más vale evitar que un extranjero ilegal permanezca un día más en España que evitar que quien está legalmente pueda verse expulsado aunque después pueda verse materialmente impedido de obtener una reparación efectiva. Resulta lamentable comprobar cómo consideraciones de tipo general y apelaciones a lo que otros individuos hacen o dejan de hacer se usan para que el individuo concreto vea denegado un derecho que, por lo visto, si hubiera menos pleitos, tendría. En el ámbito penal, una actitud como ésta equivaldría a preferir la condena de un inocente a la absolución de un culpable. Es deplorable que nuestra jurisprudencia permita que la valoración de los posibles derechos de cada individuo, con su nombre, apellidos (aunque sean extranjeros) y circunstancias particulares, se tiña de una predisposición desfavorable por el hecho de que haya muchas o pocas personas en situación parecida (ninguna es igual) que tienen el atrevimiento de acudir a los Tribunales pidiendo que se examine su caso y que se les aplique un precepto legal que les da indudable derecho a obtener la suspensión del acto de expulsión. Como si, por ejemplo, en otros ámbitos, como es el tributario, no se produjera también, como consecuencia de una regla indiscriminada de suspensión, una frustración masiva (meramente temporal, un aplazamiento) de las finalidades previstas por las normas tributarias (la recaudación de lo debido), y sin embargo el Tribunal Supremo no sólo no pone trabas a la suspensión por aplicación de las normas que regulan la misma en sede judicial, sino que aplica decididamente, de forma analógica, las normas sobre suspensión previstas para la vía administrativa a la vía jurisdiccional. Nos encontramos en el caso de los extranjeros ante un peculiar *uso alternativo del derecho* aplicado a quienes con el *uso tradicional* del mismo ya iban bien servidos.

Por otro lado, el Tribunal Supremo incurre en una incongruencia manifiesta cuando exceptúa de su peculiar doctrina los casos en los que existe arraigo familiar, pues da entrada aquí al criterio de los perjuicios derivados de la no suspensión, cuando el esquema legal (Ley 62/78) en este caso nada tiene que ver con ello.

En fin, según el Tribunal Supremo, la suspensión

por aplicación de las normas legales pertinentes podía hacer perder a la Ley de extranjería su finalidad, pero olvida que de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley una de sus finalidades es *reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades*, y si se les priva de un derecho a la revisión judicial de sus casos con garantía real de a efectividad de la Sentencia mal van a poder disfrutar de aquéllos; y se dirá que la misma exposición distingue entre las situaciones de estancia legal o ilegal en España para el reconocimiento más o menos pleno de derechos, pero es que precisamente lo que se ventila ordinariamente en los procesos jurisdiccionales de extranjería es en definitiva el carácter de la estancia.

**5. Conclusión.** La Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ha venido a sentar aparentemente nuevos criterios en materia de suspensión de los actos administrativos, tanto en materia de procedimiento ordinario, como de derechos fundamentales. En la actualidad el criterio común es el de que se suspenderán cuando

*"la ejecución del acto... pudiera(n) hacer perder su finalidad legítima al recurso"* (art. 130.1). La finalidad legítima del recurso en materia de expulsión no es otra que la de evitar la misma, sin que pueda equivaler a dicha evitación la supuesta *reparación* ulterior que hemos comentado más arriba; con lo que, a nuestro juicio, la suspensión de las órdenes de expulsión se impone, salvando tal vez aquéllos casos en los que lo manifiestamente infundado del recurso (en caso de que ello pueda ser apreciado *in limine litis*), demuestre que la única finalidad del recurso es realmente la obtención de la suspensión.

No obstante, poca duda cabe de que la jurisprudencia echará mano, de nuevo, de la apelación a los intereses generales (art. 130.2) aunque el caso particular del individuo que recurre no pueda hacer presumir quebranto grave de los mismos, sobre la base se los argumentos que ya hemos expuesto.

No cabe sino esperar, contra toda esperanza, que el cambio de regulación permita también una alteración de la doctrina dominante en esta materia que otorgue a los extranjeros el simple derecho a que se les aplique la Ley en condiciones de igualdad.

**DESAPARECIDO**

Jabbar Rashid Shifki,  
15 años.  
Desaparecido en Irak  
por nacer Kurdo.

**¡A TI QUÉ TE IMPORTA!**

**SI TE IMPORTA,  
HAZTE SOCIO.**

**91-531 25 09**  
**AMNISTIA INTERNACIONAL**

# Uniones del mismo sexo y libertad matrimonial\*

Daniel BORRILLO

Contraer matrimonio y fundar una familia representan no sólo una prerrogativa individual sino también y sobre todo una libertad fundamental protegida al mismo nivel y con el mismo rigor que la vida privada, la libertad de prensa, la libre circulación o la propiedad. Hannah Arendt considera el casamiento como una elección capital y el primero de los derechos. Fundamento del núcleo familiar, el matrimonio instaura socialmente la unión de dos personas que tienen como objetivo común la solidaridad recíproca sobre la base del afecto mutuo. Tanto la *Declaración Universal de Derechos Humanos* como la *Convención Europea*, el *Tratado Interamericano* y los *Pactos de derechos civiles y políticos* de 1966 consideran el matrimonio como un derecho fundamental.

Si una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia europeas se pronuncian contra la extensión del derecho matrimonial a las parejas del mismo sexo, dicha opinión se funda en razones que provienen más bien de la lógica moral o religiosa que de un análisis estricto de la *ratio juris*. A partir de la Revolución francesa, el matrimonio ha sido considerado como un contrato *sui generis*, laico y unitario. Las características religiosas, morales o simbólicas que se continúan atribuyéndole de manera abusiva representan, a mi entender, elementos residuales del pasado canónico. Despojado de dicha dimensión sacramental, el matrimonio republicano tiene vocación de extenderse a todas las parejas, independientemente del sexo de sus miembros<sup>1</sup>.

En tanto que fenómeno cultural, la unión matrimonial es el resultado de una construcción social sometida a frecuentes cambios. A partir de esta perspectiva constructivista podemos, por un lado, desprendernos de la imagen esencialista del vínculo —todavía tan arraigada en el espíritu de nuestros contemporáneos— y demostrar, por el otro, que no existen obstáculos jurídicos que impidan el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo. Las civilizaciones cambian y con ellas las instituciones reguladoras de las relaciones sociales. Las diversas modificaciones a las que se vio sometido el matrimonio han preparado, junto con la

gradual aceptación de la homosexualidad, el terreno jurídico para terminar con la exigencia de la dualidad sexual como condición del *ius connubi*.

## LOS AVATARES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO

En las sociedades tradicionales, el matrimonio tenía como finalidad la alianza de clanes y el intercambio de las mujeres constituía un elemento esencial de esta forma antropológica de comercio<sup>2</sup>. El deseo o la voluntad de las partes no eran en absoluto considerados; se trataba, sobre todo, de asegurar la conservación del patrimonio y la continuidad del linaje. Dichas funciones económica y procreativa articulaban el modelo matrimonial que, sin presuponer el afecto recíproco, estaba regido por una estricta distribución de roles en virtud de los cuales la mujer se encontraba sometida a la autoridad incontestable del hombre.

Mientras que en Occidente la organización familiar se estructura progresivamente en torno al matrimonio individual, otras civilizaciones lo han considerado fundamentalmente como una alianza de clanes. De hecho, en la mayoría de las sociedades tradicionales de tipo patrilinea, el intercambio de hermanas de un grupo de hombres hacia otro grupo de hombres organiza el comercio marital. En las sociedades matriarcales (los *Na* del sudoeste de China o los *Nafara* del norte de Costa de Marfil, por ejemplo) al hombre se le asigna una función puramente reproductora y la paternidad, exclusivamente simbólica, es asumida por el hermano de la madre<sup>3</sup>.

En el origen del derecho occidental, bajo el señorío del *pater familias*, el matrimonio romano organizaba la sociedad de los hombres libres. Aunque regida por el derecho privado, la alianza se transforma progresivamente en asunto público en el sentido de que instaura el modelo de unidad social y la dominación política de la mujer. En efecto, la mujer, como consecuencia de la alianza, deja su familia rompiendo el lazo civil con aquella. Sujeta a una *minima capitis diminutio*, entra en la familia de su marido y se convierte en la *agnat* de todos los miembros de ésta. Queda de ese modo sometida al poder del esposo —*loco filiae*— o del *pater familias* del marido —*loco neptis vel proneptis*— encontrándose así constantemente *in manu mariti*. Dicha *manus* puede además establecerse por la compra —*per mancipationem*— o por el uso —*per uso*. Por su parte,

\* El presente artículo fue publicado originalmente en una versión similar en francés bajo el título "Les unions de même sexe: hommage des hérétiques aux orthodoxes?" in *La sexualité a-t-elle un avenir?* Presses Universitaires de France, Forum Diderot, Paris, janvier 1999.

<sup>1</sup> Ver los siguientes trabajos de Daniel Borrillo: *Homosexualités et Droit: de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Presses Universitaires de France, colección "Les voies du droit", Paris, segunda edición, enero 1999. "Liberté matrimoniale et homosexualités", *Revue Temoins* nº 12, octubre 1998; "Les unions de même sexe: entre mariage impossible et concubinage improbable", *Le Banquet*, novembre 1998. En España el profesor Nicolás Pérez Canovas considera que el rechazo del matrimonio para las parejas homosexuales constituye una violación de los artículos 14, 29 y 32 de la Constitución: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el derecho español*, Edición Comares, Granada, 1996.

<sup>2</sup> Jean-Claude Bologne, *Histoire du mariage en Occident*, Editions Jean-Claude Lattès, Paris 1995. Jean-Louis Flandrin, *Le sexe et l'Occident*, Seuil, Paris 1981 (trad. español Irane Agoff). *La moral sexual en Occidente*, Ed. Juan Granica, Barcelona, 1994.

<sup>3</sup> Cai Hua, *Une société sans père ni mari: les Nas de Chine*, Presses Universitaires de France, colección "Ethnologues", Paris 1997. Ver también Ida Magli, *Matriarcato et pouvoir des femmes*, Editions des Femmes, Paris, 1993.

las mujeres no sometidas a la tutela legítima de otro varón pueden adquirirse por prescripción, modalidad similar a la utilizada para los bienes muebles sin dueño, es decir, por la posesión pacífica e ininterrumpida durante un año. En ese sentido, una mujer desprovista de la tutela de un hombre, privada del estatuto de hija, de esposa o de viuda, se transforma en un objeto y puede, en consecuencia, ser adquirida por cualquier hombre libre a través de la simple prescripción anual.

Pero no hay que olvidar que junto al *ius connubi*, otras formas de unión coexisten en el derecho romano. El vínculo legítimo se denomina matrimonio *cum manu*; el matrimonio *sine manum*, el concubinato llamado también *more uxorio* y el *contubernium* son formas inferiores que existen al margen del matrimonio legítimo y, debido a la precariedad del lazo que crean, estas uniones otorgan a sus miembros una mayor libertad. Las distintas formas de "nupcialidad" prolongan su existencia a lo largo de la Edad Media debido, sobre todo, a la persistencia de los estamentos y de la esclavitud. Fue necesario una condena papal en 1095 para poner fin al contubernio, sistema que se trasladó de los esclavos romanos a los siervos de la gleba.

## LAS UNIONES DEL MISMO SEXO TAMBIEN TIENEN HISTORIA...

Fundadas exclusivamente en el afecto, las uniones entre personas del mismo sexo parecen haber evitado el modelo de la dominación masculina. Varios estudios han demostrado que, tanto en Grecia como en Roma se reconocían formas ritualizadas de amor homosexual<sup>4</sup>. Como lo ha demostrado John Boswell, probablemente las parejas homosexuales antes del Imperio no habrían tenido la idea de participar en este tipo de ceremonias nupciales ya que el matrimonio heterosexual era casi exclusivamente un acuerdo dinástico y económico que ponía en juego la progenitura y el patrimonio; los lazos sentimentales que regían las relaciones homosexuales se hallaban carentes de esta dimensión económica o procreativa. Fue en el momento en que se comenzó a valorar el papel del amor como causa y efecto del vínculo cuando las uniones del mismo sexo empezaron a ser percibidas por los ciudadanos del Imperio de los siglos I y II también como formas posibles de matrimonio<sup>5</sup>.

Durante la Alta Edad Media, puede hablarse no sólo de tolerancia sino de un verdadero reconocimiento de las uniones homosexuales, consagradas incluso por ritos litúrgicos de la iglesia católica. Entre los siglos IV y XII encontramos numerosos ejemplos de ceremonias que atribuyen un carácter solemne a las relaciones afectivas entre personas

del mismo sexo. Boswell ha hallado, durante sus investigaciones en la biblioteca del Vaticano, más de cien fórmulas litúrgicas utilizadas por la iglesia para bendecir los lazos íntimos entre hombres. Estudios históricos y antropológicos ponen de manifiesto que en numerosas civilizaciones existían y existen aún formas ritualizadas de amor y unión homosexual. En un encomiable estudio, el profesor William Eskridge Jr. traza la historia jurídica del matrimonio y no duda en considerar como hipócritas y mentirosos los argumentos que se sirven de la historia con la finalidad de excluir a los homosexuales de la institución matrimonial<sup>6</sup>. A la imagen monolítica del matrimonio occidental de origen cristiano, Eskridge opone una perspectiva histórica que evidencia la contingencia y la complejidad de dicha noción. El autor demuestra, acto seguido, que las uniones homosexuales han existido siempre bajo formas más o menos aceptadas por la sociedad<sup>7</sup>. Pero el reconocimiento del que gozaban las parejas del mismo sexo en Europa desaparecerá progresivamente. Los historiadores coinciden en considerar que si los siglos XI y XII constituyen aún períodos de libertad y creatividad, a finales del XII y sobre todo durante el XIII, se produce un giro decisivo y perjudicial para todos los que no se adecuan al modelo hegemónico de la norma católica. El Concilio de Latrán III en 1179 instaura la represión de toda forma de desviación, que alcanzó a judíos, mujeres, herejes, pobres, usureros, musulmanes, artistas, mercenarios y también sodomitas. Además, durante el siglo XIII se consolida una nueva mitología conyugal que intentará fundamentar el matrimonio en el amor romántico. Atacado por numerosas herejías y ridiculizado por el "amor cortés", el casamiento tradicional va a necesitar una asistencia particular por parte de la iglesia. Así, por una extraña alquimia entre lo biológico y lo espiritual, las autoridades de la época otorgarán el monopolio de la legitimidad conyugal al modelo heterosexual. En su *Concordia discordantium canonum* Graciano explica el matrimonio por la natural diferencia genital entre hombres y mujeres. En 1438, el Concilio de Latrán II eleva el matrimonio al rango de sacramento, confirmado como tal por la Bula de unión con los Armenios en el Concilio de Florencia y por el Concilio de Trento. De ese modo, carne y espíritu, unidos por la naturaleza fisiológica de la diferencia complementaria de los sexos y por el dogma del don espiritual —sacramento— servirán de fundamento a la teología del matrimonio católico y por ende universal. Esta proclamación formal acarreará consecuencias significativas ya que si dicha unión es un sacramento, le corresponde a la iglesia y solamente a ella controlar las alianzas. Pero los Estados nunca aceptarán del todo tal monopolio y los conflictos entre el poder temporal y el poder espiritual no tardarán en aparecer.

<sup>4</sup> Remito al lector principalmente a los estudios de Eva Cantarella, *Bisexuality in the Ancien World*. Saara Lilja, *Homosexuality in the Republic and Augustan Rome 130-31* (1983). Paul Veyne, "L'homosexualité dans la Rome antique", in *Sexualités Occidentales* (bajo la dirección de Philippe Ariès y A. Béjin), Seuil, París, 1984.

<sup>5</sup> John Boswell, *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, (traducción del inglés, Odile Demenage), Fayard, París, 1996

<sup>6</sup> William Eskridge Jr., "A History of the Same Sex Marriage", *Virginia Law Review*, vol. 79, octubre 1993, nº 7, pág 1500

<sup>7</sup> Ver también . Alberto Cardin, *Guerreros, Chamanes y Travestis. Indicios de homosexualidad entre los exóticos*. TusQuetz editores, Barcelona, 2ª edición 1989. Arjona Castro, A *La sexualidad en la España musulmana*, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1985

## DEL SACRAMENTO AL ACTO CIVIL

La primera victoria de una concepción secularizada del matrimonio fue la proclamación del Edicto de Nantes bajo Luis XVI en 1787. Tal Edicto otorgaba a los protestantes la posibilidad de beneficiarse del *ius connubi* sin pasar por el sacramento. Por otra parte, la *intelligenza* francesa del siglo XVIII soportaba cada vez menos la idea de una unión sagrada *ad vitam*. Ilustres juristas como Voltaire o Montesquieu no cesaron de defender la idea del matrimonio exclusivamente civil y contractualista en el que cada una de las partes se reservaba el derecho de romper el vínculo cuando creyera oportuno. Montesquieu en sus *Lettres persannes* se mofa de la indisolubilidad del vínculo conyugal cristiano y Voltaire en su *Dictionnaire Philosophique* insistía en el hecho de que el matrimonio es un simple contrato del derecho de gentes. Pero el contrato y el sacramento son cosas bien diferentes. Al primero se le asignan efectos civiles y al segundo la gracia de la iglesia. El filósofo proponía separar los dos y transformar dicho enlace en un contrato al cual el divorcio pondría fin. Con la Revolución francesa, y a pesar de las resistencias de los defensores del clericalismo, el matrimonio se convertirá en un contrato *sui generis* de carácter civil. Y si la unión religiosa continúa constituyendo una opción para los cónyuges creyentes, la única alianza reconocida por el Estado es la convención civil y laica. De ese modo, despojado de la naturaleza canónica y metafísica, el nuevo matrimonio encuentra su legitimidad en la voluntad recíproca de los futuros esposos y sólo en ella: *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y point de consentement*, reza el artículo 146 del código civil francés.

La Constitución francesa de 1791 declara formalmente que la ley sólo contempla el matrimonio en tanto que un contrato civil. Lo cual no impedirá efectivamente que, a partir del Concordato de 1801, los contrayentes puedan elegir la forma religiosa de su unión, no obstante, el Estado reconocerá exclusivamente el acto celebrado ante las autoridades civiles y sancionará penalmente al sacerdote que celebra un casamiento sin verificar que el acto civil ha tenido lugar. Sin embargo, en tanto que fuente privilegiada de la familia, el matrimonio crea algo más que una simple relación entre acreedor y deudor y, a pesar de su carácter convencional, no está sometido a las reglas generales de los contratos civiles. De todos modos, la decadencia relativa del aspecto institucional del matrimonio nos lleva a considerar principalmente los elementos individuales del mismo concebido como un simple acto jurídico. Desde el momento en que descansa más sobre los individuos que lo celebran que sobre la sociedad que lo impone, el casamiento se nos aparece hoy en día como algo más próximo a los actos jurídicos ordinarios que a las instituciones públicas.

De acuerdo con esta concepción civil y laica, la alianza no se basa en la reproducción, en la ley natural, en el orden litúrgico, en la moral ni en la tradición. Nunca la reproducción constituyó una condición del matrimonio. Las personas estériles,

las mujeres menopáusicas o los hombres andropáusicos han ejercitado sin trabas el derecho a casarse. Ninguna obligación de reproducción se establece en el connubio y desde la autorización del uso de técnicas contraceptivas cualquier vestigio de relación entre alianza y reproducción ha desaparecido definitivamente. Los ejemplos del matrimonio póstumo y de la unión *in extremis* del código civil francés son pruebas irrefutables de la total disociación entre unión y finalidad reproductiva. Por lo demás y excepto en los regímenes teocráticos, los argumentos provenientes de la ley natural o la religión deben necesariamente ser descartados. En fin, tanto la moral occidental como la tradición prueban que la dualidad sexual como *conditio sine qua non* del enlace es un dato relativamente reciente y seriamente cuestionado por recientes investigaciones históricas<sup>8</sup>.

A pesar de los nostálgicos de los viejos tiempos del matrimonio estable e indisoluble, es en la libertad individual de unirse y de separarse donde actualmente la institución encuentra su legitimidad. La familia y el matrimonio tradicional, lugares de moralidad y seguridad donde los papeles están claros (mamá en la cocina y papá en la oficina), no han existido nunca. Es sólo un fantasma del espíritu conservador pergeñado a partir de elementos dispares como, por ejemplo, la familia colonial cerrada y bien disciplinada que nada tenía de estable y donde la promiscuidad sexual era habitual o la familia victoriana, ésta sí estable, pero al alto precio de la subordinación total de la mujer.

La desaparición de la noción tradicional de pareja, el pluralismo familiar y la diversificación de los modelos hogareños no implican en absoluto una degradación de la familia sino que por el contrario representan el signo unívoco de su democratización y de la realización individual de sus miembros. De ese modo, el fin del patriarcado y de su rígida jerarquía, la igualdad de los cónyuges, la equiparación de los hijos legítimos con los naturales, la patria potestad compartida y el progresivo reconocimiento de las uniones de hecho son testimonio claro de la progresiva evolución de la familia o, mejor dicho, de las familias en plural.

## LOS HOMOSEXUALES Y LA DEMOCRATIZACION DEL MATRIMONIO

La reivindicación matrimonial de gays y lesbianas representa, a mi parecer, un indicio más del irreversible proceso de democratización e igualdad de las familias. Sin embargo, algunos sectores progresistas han visto en este tipo de reivindicación una suerte de voluntad de "normalización" de la homosexualidad o una imitación de lo heterosexual. Tales críticas carecen de fundamento y no hacen más que caricaturizar una exigencia fundamental de los Estados de derecho: la consagración de los principios de igualdad y de no-discriminación. La reivindi-

<sup>8</sup> Boswell, J., *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Muchnik, Barcelona, 1993 (trad. del inglés).

cación jurídica de los homosexuales se inscribe, de ese modo, en un movimiento político en el que varios otros grupos han participado y han contribuido cada uno a partir de su experiencia a la construcción de un modelo nuevo de unión.

Si en Francia algunos han interpretado tal reclamo como un homenaje de la herejía a la ortodoxia, tal homenaje no carece de ambigüedad en el sentido de que cada vez que los herejes han reclamado el matrimonio, este último acabó por modificarse sustancialmente. Recordemos la lucha de los esclavos por el matrimonio, el fin de la prohibición del *ius connubi* para los infieles (no cristianos), la legalización de las uniones mixtas o la conquista por la igualdad de las mujeres dentro de la pareja, situaciones que atestiguan la evolución constante de la institución. Detengámonos un instante en el combate de los atenienses, quienes durante el siglo IV a.C. consiguieron derogar la ley de Pericles que rechazaba todo derecho cívico a los niños nacidos de la unión mixta entre una extranjera y un natural de Atenas. Recordemos, asimismo, al pueblo romano que no cesó de reivindicar la *confarreatio*, forma de unión reservada exclusivamente a los patricios o pensemos también en aquellos siervos de la gleba que en 1095 y después de sangrientos conflictos obtuvieron el permiso papal para participar en lo que luego será el sacramento matrimonial. Siglos más tarde la victoria de los protestantes al obtener el derecho al matrimonio aparece como una prueba complementaria de la evolución del mismo.

Finalmente, en el transcurso de nuestro siglo, la luchas feministas han permitido otorgar nuevos perfiles al vínculo, haciéndolo menos patriarcal y por ende más asociacionista. Al librarse de la tutela del marido y de su dependencia económica y moral, la mujer ha ido obteniendo gradualmente la plena capacidad y una mayor, aunque incompleta, igualdad. En definitiva, ¿es posible imaginar situación más igualitaria que aquella que será posible el día en el que dos mujeres puedan unirse por el lazo jurídico del matrimonio?

Finalmente los argumentos esgrimidos en la actualidad contra el matrimonio homosexual conllevan los mismos prejuicios y temores que los utilizados en los Estados Unidos contra las uniones interraciales. Recordemos la decisión del Tribunal de primera instancia del Estado de Virginia cuando en 1966 defendió la constitucionalidad de tal prohibición legal en los siguientes términos: "Dios Todopoderoso creó las razas blanca, negra, amarilla o pielroja y las ubicó en continentes separados... El hecho de haberlas separado demuestra que Dios no tenía la intención que las razas se mezclen". Al año siguiente la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró dicha ley contraria a la Constitución Nacional y casi treinta años después la Corte Suprema del Estado de Hawai, en el caso *Baehr v. Lewin*, interpretó que la prohibición del derecho de casarse efectuada contra una pareja de hombres constituía una discriminación contraria a la Constitución. Al igual que en 1967 a nivel nacional, la Corte regional rechaza hoy los argumentos justificativos de la discriminación que

consideran que el matrimonio entre personas del mismo sexo es denegado a todos los hombres y a todas las mujeres entre sí y que hace, por lo tanto, inexistente la figura de la discriminación. Los mismos argumentos fueron denegados por la Corte suprema nacional cuando habían sido invocados en la cuestión racial. En efecto, hasta aquella decisión ningún negro podía contraer matrimonio con una blanca o viceversa.

La posibilidad de considerar inconstitucional la ley de Hawai que prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo parece desvanecerse ante los resultados de un referéndum convocado por dicho estado a efectos de modificar la Constitución<sup>9</sup> y en el que casi el setenta por ciento de la población se pronunció contra el matrimonio para las parejas del mismo sexo. Otras acciones judiciales se están intentando actualmente en distintos estados de los Estados Unidos. La situación en Europa es diferente. Prácticamente la mitad de los Estados de la Unión han sancionado leyes que reconocen las parejas homosexuales. La primera ley proviene de Dinamarca, país donde se reconocen desde 1989 iguales derechos a las uniones del mismo sexo que a las parejas casadas con excepción de la adopción y el acceso a las técnicas de reproducción asistida. En 1993 una ley similar fue votada por el parlamento noruego. Le siguen Groenlandia y Suecia en 1994; Hungría, por su parte, reconoce el concubinato homosexual en 1995. Una importante resolución del Parlamento Europeo del 8 de febrero de 1994 invita a los estados miembros y a la Comisión a poner fin a las discriminaciones realizadas contra gays y lesbianas y a otorgarles los mismos derechos que los que gozan las parejas casadas así como permitir el acceso a la procreación asistida para las lesbianas<sup>10</sup>. En 1998, Holanda, Bélgica y Cataluña se dotan de una legislación protectora de las uniones del mismo sexo. Ese mismo año los diputados franceses votan por mayoría absoluta el Pacto Civil de Solidaridad<sup>11</sup>, un instrumento que permitirá, una vez aprobado por el Senado, un reconocimiento de las parejas homosexuales. En el resto de los países europeos se han presentado ya diferentes proyectos que esperan ser debatidos próximamente. Pero a pesar de la evolución que va de la tolerancia de los actos homosexuales al reconocimiento de la orientación sexual como una categoría que no puede —lo mismo que la raza, las creencias religiosas, o las opiniones políticas— constituir un obstáculo a la plena realización de los derechos, ningún Estado europeo otorga hoy en día idénticos derechos a las uniones del mismo sexo que a las formadas por un hombre y una mujer.

<sup>9</sup> De ese modo, muy probablemente se modifique la Carta Magna estadual introduciéndose explícitamente el requisito de dualidad sexual (hasta entonces simplemente presupuesto) para acceder al matrimonio.

<sup>10</sup> Resolución sobre la igualdad de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, A3-0028/94, 28-02-94 N° C61/40.

<sup>11</sup> Ver D. Borrillo, E. Fassin y M. Iacub, *Au delà du Pacte Civil de Solidarité*, Presses Universitaires de France, colección "Politiques d'aujourd'hui", Paris, 1999.

## CONCLUSION

El rechazo del derecho al matrimonio para las parejas gays se basa en una idea monolítica y esencialista de la unión, más cercana al sacramento que al contrato civil. No existen razones jurídicas para abandonar el principio de igualdad y privar de ese modo a los homosexuales del derecho matrimonial. Las referencias a la moral o a la religión, utilizadas otrora para condenar las uniones entre infieles y pecadores, para prohibir los matrimonios mixtos o para justificar la dominación masculina no pueden interferir en el debate democrático actual. Fueron justamente estos actores sociales marginales quienes, con sus luchas, elaboraron los nuevos contornos del modelo matrimonial contemporáneo.

El análisis histórico permite demostrar que diferentes categorías de personas han accedido progresivamente tanto al sacramento como al contrato matrimonial. Al transformar el primero un mero acto jurídico, la Revolución francesa, quebrando el monopolio eclesiástico en la materia, estableció las bases de un cambio radical. Esta modificación de la naturaleza jurídica permitió ayer la instauración del divorcio por simple consentimiento y hará posible hoy el casamiento entre personas del mismo sexo.

Es a este acto jurídico, a esta libertad pública y a este derecho fundamental a los que gays y lesbianas merecen acceder en virtud del principio de igualdad. Ciertamente no todos desearán ejercer

dicha prerrogativa y muchos incluso no aceptan las obligaciones que el matrimonio conlleva, a pesar de lo cual sigo considerando fundamental que todas las parejas puedan disponer de dicha facultad. Del mismo modo que el derecho de la propiedad no presupone que todos los ciudadanos se harán propietarios o la libertad religiosa no implica que las personas en su conjunto sientan la necesidad espiritual de manifestar su devoción, el derecho al matrimonio no obliga a los gays a contraer nupcias. Inclusive estando en desacuerdo con el régimen jurídico establecido por el casamiento, la prohibición a la que se encuentran sometidas las parejas del mismo sexo no puede justificarse bajo ningún concepto y por ninguna razón válida.

Del mismo modo que el color de la piel, la confesión religiosa o la nacionalidad no constituyen obstáculos a la celebración del acto jurídico matrimonial, el sexo de los miembros de la pareja debiera igualmente considerarse como un dato irrelevante a la hora de establecer las condiciones de acceso al derecho a casarse y fundar una familia. El tono del debate sobre el reconocimiento de nuevas formas de "conyugalidad" y acerca de la posibilidad para todas las parejas tanto homo como heterosexuales de beneficiarse de los mismos derechos, pone de manifiesto, una vez más, las dificultades constantes con las que se enfrentan las sociedades que intentan construir una democracia verdaderamente pluralista e igualitaria.

# NO HAY DERECHO.

A que la dignidad del hombre y sus ideales de paz, libertad y justicia social sean avasallados en ningún lugar del mundo.

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: \_\_\_\_\_

Dirección: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

C. Postal: \_\_\_\_\_

Solicita información a la  
**Asociación Pro Derechos Humanos de España**  
José Ortega y Gasset, 77, 2º - 28006 Madrid.



# Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de "Censurar y castigar", de A. von Hirsch)<sup>1</sup>

José CID MOLINE

## I. INTRODUCCION

La obra de Von Hirsch "Censurar y castigar" se encuadra en el moderno retribucionismo, que ha recibido el nombre de "doctrina del merecimiento", que se ha desarrollado en el ámbito anglosajón para poner límite a un sistema penal que, de acuerdo al autor, estaría centrado en presupuestos utilitaristas<sup>2</sup>.

Un lector que, como es mi caso, tenga una confianza en la filosofía utilitarista como base para la justificación del derecho penal, tiene, leyendo esta obra del autor, una sensación agri dulce: por una parte, siente admiración ante el desarrollo teórico de muchas de sus propuestas político-criminales dirigidas a reformar el derecho penal, que no sólo resultan relevantes para los sistemas penales anglosajones, sino que también lo son para el sistema penal español (y esto vale en particular para su desarrollo del principio de proporcionalidad). Pero, por otra parte, experimenta una sensación de desazón al tratar de entender el fin que justifica las propuestas del autor. Un fin que, a mi juicio, no queda claramente determinado y que parece construirse, en clave negativa, sobre la base del rechazo al utilitarismo.

La tesis que mantendré en este artículo es que la crítica de Von Hirsch al utilitarismo penal, como base para la justificación del derecho penal, se fundamenta en una identificación del utilitarismo penal con una doctrina que justifica las sanciones en atención a sus fines de prevención general y especial de delitos. Creo que esta identificación, que también sustenta mayoritariamente la doctrina penal española, carece de sentido y que está en la base de que se neutralice la capacidad crítica del utilitarismo como doctrina capaz de enjuiciar la creación e imposición de sanciones penales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación sobre "Reducción del uso de la prisión y alternativas a la prisión", financiado por la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica (SEC 98-0507).

<sup>2</sup> Sobre el contexto penológico que explica el surgimiento de esta doctrina del merecimiento, véase la introducción de Larrauri a su traducción castellana de la obra de Von Hirsch (1998:11-17).

<sup>3</sup> En la doctrina penal española, la identificación entre utilitarismo y prevención de delitos lleva en algunos casos, de forma semejante a Von Hirsch, a un rechazo de la doctrina utilitarista. Así Córdoba critica que de acuerdo a esta doctrina, "...cabrá proponer la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del acto si ello resulta necesario para prevenir la comisión de hechos causantes de elevada alarma o inquietud para la comunidad estatal" (Córdoba 1977:44-45). En la misma línea, Cerezo afirma: "La pena no puede encontrar su fundamento únicamente en los fines preventivos, de la prevención general y la prevención especial. Un derecho penal basado en la prevención general, aún no concebida ésta como mera intimidación, daría lugar a un incremento constante de las penas de los delitos más graves o de los que se cometen con mayor frecuencia. Se llegaría

Pero antes de examinar la crítica del autor al utilitarismo penal, trataré de exponer dos cuestiones que me parecen centrales en su libro: su doctrina de justificación del derecho penal y su desarrollo del principio de proporcionalidad. Analizadas tales cuestiones, estaremos en condiciones de abordar su crítica al utilitarismo.

## II. DOCTRINA DE JUSTIFICACION DEL CASTIGO EN VON HIRSCH

Una pena se justifica de acuerdo al autor en base a dos razones: a) expresar un reproche (o censura)

---

ría fácilmente a penas injustas, desproporcionadas a la gravedad del delito" (Cerezo 1994: 31-32).

En otros casos, la identificación utilitarismo-prevención de delitos lleva a postular una doctrina mixta, basada en la necesidad de "...limitar la tendencia de una prevención general puramente intimidatoria a caer en un terror penal, por la vía de una progresiva agravación de la amenaza penal" (Mir 1996:51)

También identifican utilitarismo y prevención de delitos otros autores. Así Cobo y Vives afirman que "Las denominadas teorías relativas justifican el castigo por su utilidad, esto es, por los objetivos de prevención a los que debe estar dirigido" (Cobo/Vives 1996:739). Muñoz Conde y García Arán señalan que "Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos" (Muñoz Conde/García Arán 1996:53). Quintero, Morales y Prats indican que "Las llamadas teorías relativas tienen como característica común la persecución de un determinado fundamento de la pena en atención a su fin que con su aplicación se alcanzará. Su función esencial será la evitación de futuros delitos, es decir, la idea de prevención" (Quintero/Morales/Prats 1996:78).

Incluso un autor utilitarista como Gimbernat, que no ha incurrido en la identificación entre utilitarismo y prevención general: "...la pena es una 'amarga necesidad'... Porque es esto —y sólo esto— lo que justifica la potestad penal del Estado, es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena..." (Gimbernat 1971:150), se ve obligado cuando, por excepción, lo ha hecho, a establecer límites a tales exigencias preventivo-generales. Véase su recensión a "Derecho y razón", de L. Ferrajoli, donde se afirma: "Pero que la explicación de cualquier Derecho penal, tanto del autoritario como del democrático, sea la intimidación, no dice aún nada sobre cómo debe articularse esa prevención general; y, por definición, los criterios de prevención general de un Código Penal democrático tendrán que establecerse, obviamente, de acuerdo con los principios de un Estado social y democrático de derecho, es decir y entre otros: de acuerdo con el de la dignidad humana y el de la proscripción de las penas inhumanas y degradantes" (Gimbernat 1995:20). También establece una distinción Luzón: "lo que fundamenta el Derecho penal es solamente su ineludible necesidad: para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos..." (Luzón 1996:79)

En ningún caso, estas citas, que por descontado carecen de cualquier pretensión de exhaustividad, deben ser tomadas como descripción de la doctrina de justificación sustentada por estos autores sino sólo como muestra de que la identificación utilitarismo-prevención de delitos aparece con frecuencia entre la doctrina penal española que se han ocupado de la cuestión de la justificación del castigo. He realizado un análisis de tales doctrinas de justificación en Cid (1994).

por el acto realizado; b) prevenir la realización de tales actos (Von Hirsch 1993:39). La función reprobatoria (o de censura) es prioritaria sobre la función preventiva, esto es, la función preventiva sólo puede darse en el marco de penas que satisfagan la función reprobatoria (Von Hirsch 1993:41).

A continuación voy a intentar analizar si estas dos razones pueden, conjuntamente, servir como fin justificante del derecho penal, para lo cual nos deben permitir decir si las sanciones previstas por la ley o impuestas por los jueces están o no justificadas.

## II.1. El reproche como fin (primario) justificante del castigo

Quien castiga a una persona por la realización de una determinada conducta querrá, normalmente, reprochar a la persona el acto realizado, esto es, realizar una valoración negativa del acto realizado. Pero no es esta intención de quien castiga lo que nos permite determinar, de acuerdo a Von Hirsch, que se satisface este primer criterio de justificación del castigo, pues cabe que, en un Estado con leyes injustas, se castiguen, con la finalidad de censura, conductas que no son reprochables. De ahí que este fin justificante se concreta en que no está moralmente justificado castigar una conducta que no merece reproche. Si le preguntamos al autor cuándo una conducta merece reproche, nos responderá arguyendo, de acuerdo a la filosofía penal liberal, que merece reproche una conducta que supone un daño para los derechos de otros realizada por una persona que ha actuado culpablemente (Von Hirsch 1993: 62).

Con ello vemos que con la idea de reproche el autor incluye dos de los clásicos principios liberales en materia penal: el principio de ofensividad o lesividad (que impide castigar si no hay daño) y el principio de culpabilidad (que exige que sólo se castigue a la persona que estaba en condiciones de evitar el acto realizado). Además, como veremos, estos dos principios se complementarán con un tercero. Pues, el castigo deberá expresar la medida justa de la reprochabilidad del acto realizado, lo cual nos conducirá al principio de proporcionalidad.

Ahora bien la suma de estos tres principios —ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad— no aporta, a mi entender, una razón última que justifique el castigo. Para razonar lo anterior voy a imaginar un diálogo moral sobre la justificación del castigo, relativo a una persona a la que, supongamos, se le ha castigado por cometer un robo a una pena de un año de prisión. Llamaré C a la persona condenada y V a la persona que trata de argumentar que este castigo está justificado:

C—¿Por qué debo yo ser castigado a un año de prisión?

V—Porque has realizado un acto dañoso para otra persona y estabas en condiciones de evitarlo. Además, la pena que se te impone es proporcional a la gravedad del delito realizado.

C—Reconozco lo que dices, pero de qué va a servir que me lleves a la prisión. El daño que he realizado no va a desaparecer por el hecho de que me lleves a la prisión.

V—Cierto. Pero mereces ser castigado por el acto dañoso que has realizado.

C—Ya. ¿quieres decir que lo merezco como venganza?

V—No, lo mereces porque has actuado mal.

C—Pero ¿por qué no sería suficiente con que tratara de reparar el daño realizado?

V—Porque la gravedad del acto que has realizado requiere este castigo

C—¿Por qué?

Podrían haber otras estrategias argumentativas por parte de C, que podrían tomar en consideración por ejemplo factores relativos a su situación personal, dirigidas a cuestionar que él mereciera ser castigado, y no creo que una discusión racional sobre el castigo pudiera evitarlas. De hecho, en su obra más conocida, *Doing Justice*, el autor había tratado de dar una respuesta a la cuestión de por qué los actos reprochables realizados por personas culpables merecen ser castigados. Allí había dicho que el delincuente que realiza uno de tales actos obtiene un beneficio injusto sobre el resto de sus conciudadanos, los cuales se abstienen de realizar actos delictivos, y, entonces, la pena anularía este injusto beneficio y reequilibraría la balanza social (Von Hirsch 1976: 161).

Afirmar que la pena tiene como fin último la restauración del equilibrio social, que supone un desarrollo de la idea kantiana de la retribución<sup>4</sup>, puede aceptarse o no pero lo que, a mi juicio, resulta innegable es que se está dando una razón última acerca de la justificación del castigo, vinculada a la idea de mantener un determinado orden de justicia<sup>5</sup>. Claro que alguien podría todavía hacer la pregunta relativa a por qué debe mantenerse un orden basado en la justicia pero frente a esta pregunta ya no hay ulterior respuesta, más que afirmar que mantener un orden de justicia basado en la existencia de libertades y deberes para todos es algo bueno en sí, lo cual indica que estamos frente a una razón última<sup>6</sup>.

Pero esta idea de restauración del equilibrio social ha sido abandonada por el autor. En su obra posterior, el autor señaló que no cabría hablar de reequilibrio de la balanza si la sociedad no estaba organizada en beneficio de todos los conciudadanos (Von Hirsch 1985:58-9) y, añade en el libro que comentamos, ni siquiera resulta claro que la ventaja que habría obtenido el delincuente sobre sus conciudadanos que se autorrestringen pueda ser cancelada por el castigo (Von Hirsch 1993:33)<sup>7</sup>.

Me gustaría acabar este apartado recurriendo a una frase de Hart que dice "No vivimos en la sociedad para condenar, aunque podemos condenar pa-

<sup>4</sup> No obstante, debe destacarse que el autor se distanciaba de la fundamentación de la retribución en la ley del talión, argumentando que la pena debía graduarse a la ventaja injusta que obtenía el ciudadano sobre el resto de conciudadanos y no al daño realizado a la víctima (Von Hirsch 1976:161).

<sup>5</sup> Una vez establecido un fin último justificante del castigo la discusión ya no versará sobre el porqué del castigo sino sobre si este fin nos parece un estado de cosas deseable o sobre las consecuencias de asumir este fin de cara a la imposición de castigos. Una discusión entre la doctrina utilitarista y retribucionista sobre estas bases en Cid (1994: 284-292)

<sup>6</sup> Sobre la justificación retribucionista de la pena basada en la restauración del equilibrio social puede verse Betegón (1992:310-332). Una posibilidad de compatibilizar la teoría de la justicia de Rawls con esta doctrina de justificación del castigo esta sugerida en Cid/Moreso (1991:163-168).

<sup>7</sup> Un análisis más extenso de las críticas a la idea de que la pena tiene como fin la restauración del equilibrio en Betegón (1992:316-332)

ra vivir" (Hart 1967:172). El sentido de esta frase es, a mi juicio, que no puede convertirse lo que son principios del castigo (como son la ofensividad, la culpabilidad o la proporcionalidad) en sus razones últimas. Estos principios nos dicen cuándo y cómo castigar pero no por qué debemos castigar y si detrás de ellos no hubiera un fin que los justificara, y justificara el castigo cuya imposición los respeta, entonces es que el castigo sería un acto ritual y, para mí, irracional<sup>8</sup>. No creo, en definitiva, que la censura pueda operar como fin justificante del castigo.

## II.2. La prevención general como fin (secundario) justificante del castigo

La prevención general es, de acuerdo al autor, un segundo objetivo del castigo pues la pena que supone una expresión de censura aporta además una razón prudencial para que los ciudadanos se abstengan de delinquir (Von Hirsch 1993:81).

No es fácil entender el papel que juega la prevención general en la doctrina de justificación del castigo propuesta por Von Hirsch. Para ello se requiere previamente una aclaración sobre el papel que puede cumplir la prevención general en una doctrina de justificación de la pena.

Hay muchas nociones de prevención general que no son relevantes para decidir acerca de la justificación del castigo. La primera es la relativa a la prevención general como objetivo que busca quien castiga una conducta. Este objetivo será perseguido por cualquier legislador, desde el más autoritario hasta el más liberal<sup>9</sup>, por lo cual la persecución del citado objetivo no permitirá discriminar entre los castigos que justificamos y los que no justificamos. La segunda es su capacidad de evitar comportamientos indeseados. Claro que el hecho de que una pena pueda cumplir alguna función preventiva es importante para su posible justificación pero no será esta capacidad preventiva, por sí misma, la que permitirá decir que una pena está justificada sino que se requerirá formular un principio de justificación que, de nuevo, permita decir cuáles de las sanciones preventivas están justificadas. Un principio de este tenor podría ser el de efectividad que exige como condición de justificación de una sanción que sus beneficios (derivados principalmente de la capacidad preventiva de la pena) superen sus costes (derivados princi-

palmente de los daños que se producen en quienes sufren las citadas penas).

En definitiva, para que la prevención general, y lo mismo vale para la prevención especial o para cualquiera otra función de las penas, pueda ser relevante de cara a la justificación de una pena resulta necesario formular un principio justificante que permita discriminar entre aquellas sanciones que satisfacen este principio, y por tanto cumplen una condición de justificación, y aquellas otras que no cumplen con tal principio y por tanto no justificamos. No necesariamente este principio de justificación debe ser el principio utilitarista de la efectividad del castigo —que sus beneficios superen a sus costes— pero lo que sí es seguro es que la afirmación de la capacidad preventiva de una sanción en absoluto constituye un principio de justificación<sup>10</sup>.

En la obra de Von Hirsch no está claro, al menos a primera vista, cuál es el papel de la prevención general de delitos en su doctrina de justificación. En muchos casos, parece que Von Hirsch aluda a la prevención general como una mera función de la pena. Así cuando afirma:

El derecho penal, a través de la censura implícita en sus sanciones, expresa que la conducta está mal y con ello suministra al agente moral razones para desistir. De todos modos (dada la falibilidad humana) puede sentirse tentado. Lo que el desincentivo prudencial puede hacer es suministrarle una razón adicional —la prudencia— para resistir la tentación (Von Hirsch 1993:39).

No se encuentra aquí la relevancia justificatoria de la prevención general, pues estamos frente a una mera explicación de la capacidad de las penas de cumplir funciones preventivas. Es en otros capítulos de la obra de Von Hirsch donde se advierte la incorporación de la prevención general como elemento de un principio justificante. Considera el autor que las penas deben reducirse hasta el límite en que ulteriores reducciones generen incrementos de delitos (Von Hirsch 1993:83).

No obstante, mediante la formulación de este principio, que bien puede describirse como una elaboración novedosa del principio de humanidad (y que más adelante examinaremos), no está el autor procediendo a determinar el fin justificante de las sanciones penales sino más bien lo que está haciendo es completando sus principios de justificación.

Con la idea de censura el autor incluye en su doctrina de justificación los principios de ofensividad, de culpabilidad y de proporcionalidad; con la de prevención incluye el principio de humanidad. Disponemos de cuatro principios justificantes pero todavía no sabemos por qué debemos castigar a la persona.

## II.3. Conclusión acerca de la doctrina de justificación del autor

Creo que en la obra de Von Hirsch no existe una clara elaboración acerca del fin justificante del dere-

<sup>8</sup> Un ejemplo alejado del derecho penal puede servir para explicar que no resulta racional tratar de limitar una discusión sobre la pena recurriendo a principios que no expresan fines últimos. Imaginemos un país donde el impuesto sobre la renta sea proporcional y, por ejemplo, todos los contribuyentes paguen un 25% de su renta con independencia de la cuantía de ésta. Consideremos que un ciudadano objete este sistema argumentando que no es justo que ricos y pobres paguen el mismo porcentaje de impuestos. No creo que la respuesta a este ciudadano pueda consistir en reafirmar el principio de pago proporcional de impuestos, pues es justamente esto lo que se objeta, sino que deberá aludirse a los fines (de justicia, de utilidad) que amparan el respeto de tal principio. Es recurriendo a estos fines como podrá llegar a discutirse si no sería más justo o más útil que el principio de proporcionalidad fuera sustituido por el de progresividad. Con esto quiero decir que los principios no suelen ser expresión de fines últimos, sino de instrumentos para alcanzar tales fines.

<sup>9</sup> Ver en este sentido la cita de Gimbernat realizada en la nota 3.

<sup>10</sup> Otro principio normativo que integraría la prevención general es el defendido por Ferrajoli, para quien la pena nunca debe ser inferior al beneficio que para el delincuente supone la realización del delito (Ferrajoli 1989: 332).

# Compendio de Leyes Procesales

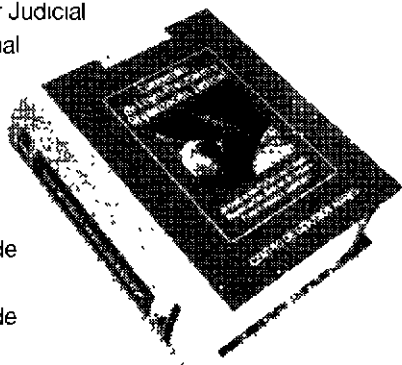
Hemos reunido en sólo 2 volúmenes las siguientes disposiciones:

## Volumen 1

4.500 pts.

### Organización Judicial

- Constitución Española
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- Ley de Demarcación y Planta Judicial
- Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales
- Reglamento Orgánico de Médicos Forenses
- Reglamento Orgánico de Oficiales, Auxiliares, y Agentes de la Administración de Justicia



### Procedimiento Civil

- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Decreto de 21 de noviembre de 1952, por el que se desarrolla la Base Décima de la Ley 19 de julio de 1944, sobre normas procesales aplicables a la Justicia Municipal
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (disposiciones adicionales)
- Ley de Arrendamientos Urbanos
- Ley de Arrendamientos Rústicos
- Ley del Registro Civil
- Reglamento del Registro Civil

### Procedimiento Penal

- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus
- Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva

## Volumen 2

3.500 pts.

### Procedimiento Contencioso Administrativo

- Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (únicamente en lo referente al recurso contencioso electoral)

### Procedimiento Laboral

- Ley de Procedimiento Laboral

### Varios

#### Materia Civil

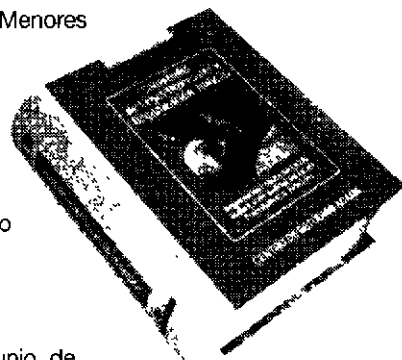
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita
- Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita
- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal
- Ley Orgánica reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores
- Código Civil
- Código de Comercio
- Ley Cambiaria y del Cheque
- Ley Hipotecaria
- Reglamento Hipotecario

#### Materia Penal

- Código Penal

#### Organización Judicial

- Ley 19/1985, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales
- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales
- Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, en el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales
- Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre Conservación y Destino de Piezas de Convicción
- Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial
- Ley de Demarcación y Planta Judicial
- Reglamento de los Institutos de Medicina Legal
- Estatuto General de la Abogacía
- Estatuto de los Procuradores de los Tribunales



**¡Para que no tenga que recurrir a 20 libros diferentes!**

A la venta en librerías y Centros "El Corte Inglés". Envíos contrarrembolso

**Madrid:** Ayala, 130 Tlf. 91 5753401 • Sagasta, 23. Tlf.: 91 4459335 • Velásquez, 24 Tlf.: 91 5753402

**Barcelona:** Bailèn, 126 Tlf. 93 4766600 • Rbla. Catalunya, 121. Tlf.: 93 2180716 • Provença, 388. Tlf.: 93 4766800

**Valencia:** Plaza Mariano Benlliure, 5. Tlf.: 96 3942428 **Sevilla:** Lineros, 8. Tlf.: 95 4500365



**ADAMS**

<http://www.adams.es>

**CENTRO DE ESTUDIOS ADAMS**

cho penal. De los dos elementos que el autor maneja para construir este fin (la censura y la prevención general de delitos) el primero expresa no un fin justificante del castigo sino unos principios de justificación y el segundo no expresa ni siquiera un principio de justificación sino una función del castigo. El papel de la prevención general de delitos en la doctrina del autor puede no obstante vincularse a su elaboración del principio de humanidad.

El hecho de que el autor haya abandonado la justificación retribucionista del castigo que sostuvo en su primera obra pero que tampoco esté dispuesto a acoger una justificación utilitarista, deja a su doctrina de justificación como una elaborada a nivel de principios justificantes pero no interesada en dar respuesta a las cuestiones últimas de la justificación del castigo<sup>11</sup>.

### III. FUNDAMENTACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN VON HIRSCH

#### III.1. Elaboración del principio de proporcionalidad por parte del autor

El principio de proporcionalidad ocupa un papel primario en la obra del autor. Su fundamento se encuentra en la idea de reproche por el acto realizado: el castigo no sólo debe expresar reproche sino que debe expresar el reproche exacto que merece la conducta del autor (Von Hirsch 1993:42).

Para explicar la teoría del autor con un ejemplo —y prescindiendo de cuestiones de culpabilidad— si yo quisiera saber cuál es la pena proporcional para un delito de robo con fuerza en las cosas debería determinar las siguientes dos cuestiones. En primer lugar, debería poder fijar la gravedad de los diversos delitos y establecer una escala que, por ejemplo, situara al robo con fuerza entre el hurto y el robo con violencia. Si hiciera una escala semejante con las penas del sistema estaría en condiciones de establecer una primera dimensión del principio de proporcionalidad que el autor denomina *proporcionalidad ordinal* y que consiste en que entre la gravedad de los delitos y la de las penas debe haber una correspondencia. Pero con esta operación todavía no habría determinado si al delito de robo con fuerza le correspondería, pongamos por caso, una pena de 6 meses de días-multa o de 2 años de prisión. Para ello necesito saber los límites mínimo y máximo de la escala de penas. A esto es a lo que el autor denomina *proporcionalidad cardinal*. Es con el recurso a las dos dimensiones del principio de proporcionalidad (ordinal y cardinal) como puede procederse a determinar la pena proporcional (Von Hirsch 1993:45-47).

No voy a detenerme en el principio de proporcionalidad en su sentido ordinal, pues el desarrollo

que de él lleva a cabo el autor es coincidente con el realizado por la doctrina penal continental (destaco sólo que, de acuerdo al autor, sus tres elementos principales son: a) establecer penas iguales para delitos de igual gravedad; b) jerarquizar los delitos en función de su gravedad; c) espaciar las penas para que se reflejen las diferencias entre los delitos) (Von Hirsch 1993:45-47).

Resulta muy innovador el desarrollo que realiza el autor del principio de proporcionalidad en su sentido cardinal<sup>12</sup>. Aquí no se trata de determinar la pena en un sentido relativo (relativo al castigo de otras conductas) sino de lo que se trata es de establecer, de manera no relativa, el marco penal, esto es, en palabras de Von Hirsch, los puntos de anclaje del sistema de penas previsto (Von Hirsch 1993:46-7).

Admitido en una obra anterior que el criterio del merecimiento podía hacer muy poco para establecer la proporcionalidad en sentido cardinal (Von Hirsch 1985:44)<sup>13</sup>, en la obra que comentamos el autor trata de vincular los puntos de anclaje a lo que, en mi opinión, es el principio de humanidad. Dice el autor que, en forma inicial, debería fijarse una escala de penas de gravedad modesta, que tomara como punto de referencia a un infractor prudente (no al infractor más recalcitrante), para el cual considera que una pena de 5 años de prisión (que sería la pena para el delito más grave previsto por el código penal) operaría como una razón prudencial suficiente para abstenerse de delinquir (Von Hirsch 1993:81). Además, la pena de prisión quedaría reservada para los delitos graves<sup>14</sup> y el resto de conductas se castigarían con penas alternativas a la prisión (Von Hirsch 1993:101)<sup>15</sup>. Añade el autor, que cabría procederse a una disminución general y progresiva de la escala de penas hasta el punto en el que las disminuciones generaran un incremento de los delitos, en cuyo caso debería detenerse el proceso (Von Hirsch 1993:83).

#### III.2 Justificación del principio de proporcionalidad

Según el autor el utilitarismo nunca podría justificar el principio de proporcionalidad porque en

<sup>12</sup> La cuestión de la proporcionalidad cardinal había sido señalada por Hart como uno de los problemas conceptuales del principio de proporcionalidad (Hart 1968:162).

<sup>13</sup> En esta obra el autor señalaba que lo único que podía hacer la teoría del merecimiento es establecer que un castigo era excesivo respecto de determinado delito o que, por el contrario, era demasiado benevolente dada su gravedad. No obstante, el autor no indicaba cómo podría llegar a saberse tal cosa.

<sup>14</sup> Sobre el concepto de delito grave el autor daba en su obra de 1976 ponía los siguientes ejemplos: delitos que suponen o amenazan violencia o aquellos delitos de cuello blanco que afectan al nivel de vida de las personas (Von Hirsch 1976:138). Reitera esta idea en la obra que comentamos (Von Hirsch 1993:80).

<sup>15</sup> Otra cuestión importante es determinar con que criterio se decide los delitos que deben ser castigados con pena de prisión y los que lo deben ser con penas alternativas a la prisión. La idea del autor de que sólo los delitos graves comporten prisión parece que podría derivar —aunque el autor no lo dice expresamente— de un criterio análogo al que sirve para determinar la pena máxima del sistema: sólo los delitos graves requieren como desincentivo prudencial de una pena de prisión. La idea de Von Hirsch de cara a la determinación del ámbito de las penas alternativas a la prisión la hemos acogido en Cid/Larrauri (1997:23-24).

<sup>11</sup> Una crítica en la misma dirección, aunque más leve, puede verse en Bottoms (1998:92) para quien los elementos que Von Hirsch maneja como justificación del castigo (la censura y la prevención general de delitos) no constituyen una justificación suficiente del castigo y deberían complementarse con un tercer criterio: que el castigo opere en el marco de un sistema legítimo de autoridad. Pienso, no obstante, que Bottoms está incluyendo otro principio de justificación, pero sigue taltando una respuesta a la cuestión última de la justificación del castigo.

casos de que necesidades preventivas lo exigieran se debería imponer penas desproporcionales (Von Hirsch 1993:148). Dejo el análisis de esta afirmación para el epígrafe siguiente. Por ahora sólo me interesa resaltar que, por lo que hace a un aspecto del principio de proporcionalidad, el relativo a la proporcionalidad cardinal, el autor acoge una fundamentación que reposa en principios utilitaristas. No quiero decir con esto que el principio de humanidad sólo pueda sostenerse sobre bases utilitaristas (también puede obviamente sostenerse en una doctrina retribucionista), pero lo cierto es que la fundamentación que hace Von Hirsch del principio de humanidad es netamente utilitarista. De lo que se trata, en definitiva, es de no imponer penas más graves de las necesarias para desestimular con carácter general los delitos.

No voy a discutir aquí si el principio de proporcionalidad en sentido ordinal puede justificarse desde el utilitarismo. Pese a que reconozco que ésta es una cuestión muy discutida, creo que las razones utilitaristas para castigar en forma proporcional —la idea de realizar una prevención diferenciada en función de la gravedad de las conductas— son más poderosas que las que podrían llevar a desconocerlo<sup>16</sup>.

#### IV. CRITICA AL UTILITARISMO EN VON HIRSCH

##### IV.1. La visión del utilitarismo por parte de Von Hirsch

En realidad toda la crítica del autor al utilitarismo se basa en una determinada visión del utilitarismo, como una doctrina que, por lo que se refiere al ámbito penal, toma como fin último la máxima prevención (general y especial) posible de delitos. Dice el autor:

Estas estrategias preventivas e incapacitadoras, presentan un riesgo especial de escalada penal. Existe no sólo el peligro de un aumento global de las penas (si una pena no consigue prevenir o incapacitar ¿por qué no aumentarla?); sino, además, particularmente, el peligro de un incremento desproporcionado para aquellos infractores objeto de una especial atención. Lo que hace que estas estrategias sean tan preocupantes es su atractivo para el sentido común. Si bien es difícil imaginar programas de tratamiento que funcionen a nivel general, ¿por qué no pueden ser los delincuentes intimidados o separados de la comunidad? Es dudoso que estas estrategias puedan conseguir los objetivos que prometen. Sin embargo, el utilitarista puede aducir, ¿qué nos impide mejorar si continuamos afilando nuestras técnicas preventivas? (Von Hirsch 1993:148).

Estamos por tanto frente a un utilitarismo en el que el fin último, aquel sobre cuya base juzgamos si las opciones tomadas por el derecho penal están justificadas, es la máxima prevención de delitos. Un fin que tendría dos niveles: la prevención general, en referencia a toda la colectividad y la prevención

especial negativa, o incapacitadora, en referencia a las personas condenadas<sup>17</sup>.

Visto así parece plausible concluir, como hace Von Hirsch, en el sentido de que el utilitarismo conduce a al escalada penal o, utilizando una expresión más familiar en nuestro ámbito cultural, al terror penal. Además, si como dice Von Hirsch, los estudios empíricos muestran que una vez que las penas han alcanzado un nivel razonable es dudoso que conduzcan a una reducción del nivel de la delincuencia (Von Hirsch 1993:148)<sup>18</sup> y a pesar de ello el utilitarista se empeñara en propugnar un incremento de penas, entonces es que no sólo el utilitarista tiene como fin justificante último la prevención de delitos sino que además tiene una fe ciega en la capacidad del derecho penal de alcanzar la citada prevención.

##### IV.2. ¿Es el fin último de un utilitarista la prevención de delitos?

Para contestar a esta pregunta es necesario, en primer lugar, establecer qué papel ocupa la prevención (general y especial) de delitos en una doctrina de justificación utilitarista<sup>19</sup>.

La primera cuestión a resaltar es que el fin último en base al cual un utilitarista justificará una sanción penal es si la imposición de este mal —que disminuye la felicidad de la colectividad, al disminuir la de uno de sus miembros— es la mejor de las alternativas posibles para aumentar la felicidad colectiva (Bentham 1789:158).

Como antes se decía la pena puede ser un instrumento de conseguir incrementar la felicidad colectiva —en la medida en que cumpla funciones preventivas— pero resulta ser un instrumento muy costoso para lograr este fin, de ahí que, desde el utilitarismo, sólo quepa justificar su uso cuando se satisfagan un conjunto de principios cuyo respeto garantiza la utilidad del recurso al derecho penal. Entre estos principios, ya formulados por Bentham, destacan los que establecen que una pena sólo puede justificarse cuando de ella deriva un bien mayor (*principio de efectividad*), cuando no exista un medio

<sup>17</sup> La obra del autor de 1985 esta destinada a analizar el papel que deben tener los antecedentes en la determinación de la pena. El autor examina aquellas propuestas basadas en la idea de incapacitación selectiva, que consideran que el derecho penal debe diferenciar entre aquellos delincuentes de bajo riesgo (cuya probabilidad de delincuencia es escasa) y aquellos de alto riesgo. Estos últimos deben recibir condenas más severas con el objetivo de evitar su reincidencia. La crítica del autor a las citadas estrategias se centra tanto en considerar que llevan a vulnerar el principio de proporcionalidad como en argumentar que su efectividad de cara a reducir la delincuencia no ha sido demostrada. Las razones por las que el autor considera que las estrategias incapacitadoras no llevan a alcanzar los resultados prometidos son, principalmente, las siguientes: a) los estudios de predicción se hacen sobre personas encarceladas y no existen garantías de que las muestras que se toman sean representativas; b) en el caso de que la delincuencia fuera debida principalmente a delincuentes ocasionales la reducción de la criminalidad será muy escasa, y c) la incapacitación de una persona no llevará a disminuir la delincuencia de aquellos delitos que se producen en grupo y donde la citada persona será remplazada (Von Hirsch 1985:115-121).

<sup>18</sup> Esta afirmación de que las elevaciones de pena para conseguir mayor efecto preventivo general no suelen tener mucha eficacia está también mantenida por Walker (1991:20)

<sup>19</sup> He tratado con mayor extensión esta cuestión en Cid (1994: 24-25, 252-262)

<sup>16</sup> Véase Von Hirsch (1985:33) donde se critica que la idea de la prevención diferenciada pueda dar lugar a defender la proporcionalidad ordinal arguyendo, entre otras razones, que esto presupone que la realización de delitos es muy elástica, pero en realidad considera que la elasticidad es débil o inexistente. Walker, desde posiciones más cercanas al utilitarismo, argumenta también que la idea de prevención diferenciada esta por confirmarse (Walker 1991:103)

menos costoso de protección del bien (*principio de ultima ratio*) y cuando la sanción es la mínima necesaria que sirve para desestimular el delito (*principio de humanidad*) (Bentham 1789:158-9, 179).

La prevención de delitos no es el fin último al que un utilitarista recurre para decidir si justifica una pena y no es el criterio último porque una vez admitido que la pena en cuestión puede tener determinada eficacia preventiva todavía no sabemos si este es el recurso más útil que cabe utilizar o, en cambio, estamos utilizando una pena que causa más daño del que produce, o la preferimos a un tipo de intervención menos dañina o recurrimos a una pena más grave de la necesaria para desestimular la realización de la conducta. Por todo ello hay que concluir afirmando que del hecho que de un pena se deriven determinados efectos preventivos en absoluto se sigue que sea útil y que, por tanto, desde el utilitarismo, esté justificada.

Para demostrar las distintas consecuencias que comporta asumir como fin justificante la prevención de delitos o la utilidad colectiva tratemos de dar respuesta al supuesto planteado por el autor en el que las penas impuestas para una clase de comportamiento no consiguen prevenir suficientemente la conducta y por ello se propongan elevaciones de penas.

Antes de aceptar este incremento de penas el utilitarista deberá plantearse las siguientes cuestiones. En primer lugar, una vez que se ha visto que un sistema razonable de penas no consigue prevenir en un nivel adecuado la delincuencia lo más sensato es que un utilitarista reconozca la incapacidad del derecho penal para conseguir abordar el fenómeno y se plantee enfatizar los instrumentos no penales de tutela<sup>20</sup>. Suponiendo que no exista posibilidad de mejorar los instrumentos no penales de tutela, deberá examinar que los daños de este aumento de penas sobre los condenados no vayan a superar los beneficios marginales en términos de prevención que de él se esperan. Por descontado que si no cabe esperar beneficios entonces, sin más discusión, el utilitarista deberá rechazar la elevación. Por último, y sólo cuando se hubieran explorado negativamente las posibilidades de mejorar los medios alternativos de tutela y se hubiera demostrado que de la elevación de penas se derivará mayor beneficio que coste, entonces, antes de proceder a tal elevación, debería considerarse la posibilidad de incrementar el grado de certeza de las sanciones, una opción que producirá un coste humano menor que elevar la severidad de las penas<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Me refiero a aquellas estrategias basadas en la idea de fomentar por vías no coactivas las motivaciones favorables a la protección de tales bienes (como serían, por ejemplo, y en referencia a la seguridad en el tráfico, las campañas que tratan de persuadir a los ciudadanos a no conducir bajo los efectos del alcohol a través de imágenes duras que muestran la situación en la que han quedado personas accidentadas)

<sup>21</sup> Es cierto, como explica Silva, en un reciente artículo centrado en el análisis del principio de efectividad penal desde la perspectiva del análisis económico del derecho, que incrementar el grado de certeza de las sanciones puede ser más costoso en términos económicos que incrementar el grado de severidad (Silva 1996:114). No obstante, un sistema que, para lograr los objetivos preventivos, prefiera la certeza a la severidad lleva a distribuir los costes humanos del castigo en muchas más personas, lo cual genera un coste humano global mucho menor (por

Si la prevención de delitos fuera el objetivo último de un utilitarista entonces lo único que le debería importar a la hora de decidir si justifica un determinado incremento de pena es si se va a lograr mayor prevención y estoy de acuerdo con Von Hirsch que esta concepción tendría muchas posibilidades de llevar al terror penal. Pero la realidad es que el fin último de un utilitarista no es la prevención de delitos y no lo es porque el derecho penal es un instrumento muy costoso de conseguir incrementar la felicidad de la colectividad y un utilitarista debe, antes de justificar una de sus intervenciones, preguntarse si no existen maneras menos dañosas, y por tanto más útiles, de conseguir este objetivo.

## V. CONCLUSIONES

Resulta sorprendente que un libro centrado en la problemática del castigo y que elabora de una manera tan original y sugestiva algunos de los principios justificantes en materia penal (como el principio de proporcionalidad) deje sin respuesta la cuestión relativa a la justificación última del castigo. Rechazada por el autor la justificación retribucionista, que anteriormente había mantenido, y concebida la justificación alternativa (la utilitarista) como una doctrina cuyo fin justificante es la prevención de delitos, resulta que el autor renuncia a establecer un fin último del castigo y formula una doctrina incompleta del castigo, que se limita a establecer importantes principios justificantes del castigo, los cuales, sin embargo, no determinan sus razones últimas.

No creo que los principios justificantes que el autor sustenta, cuyo desarrollo es el gran mérito de este libro, y que están dirigidos a promocionar una estrategia de reducción de la severidad de las penas, estén en tensión con una justificación utilitarista del derecho penal. Para reconciliar los principios justificantes del autor y el utilitarismo sólo es necesario que se deje de concebir a esta doctrina como una cuyo fin justificante es la prevención de delitos.

Si situamos a la prevención de delitos en el lugar que ocupa en una doctrina de justificación utilitarista y admitimos que se trata de una función de la pena que es la que principalmente aporta sus beneficios pero que debe ponderarse con sus costes y que, en todo caso, debe ser subsidiaria a instrumentos menos costosos de prevención de comportamientos indeseados, podremos admitir que el utilitarismo también está comprometido con una estrategia de reducción del papel que se atribuye al derecho penal en la prevención de la delincuencia,

poner un ejemplo, es mucho menor el sufrimiento global de que de que a 10 infractores se les imponga una pena de 30 días multa del que se produce porque a una persona se le imponga una condena de 1 mes de prisión). Entonces queda la cuestión del coste económico de incrementar la certeza, pero lo que se gastó el Estado en incrementar los instrumentos de control de la delincuencia puede verse compensado por la no imposición de penas severas, las cuales, a mayor gravedad, son más costosas en términos humanos y económicos, aspecto éste último que también es señalado por Silva (1996:117).

lo cual resulta ser, en última instancia, el objetivo principal de la obra de Von Hirsch<sup>22, 23</sup>.

## VI. BIBLIOGRAFIA

- Bentham, Jeremy (1789): *An introduction to principles of morals and legislation*, ed. de J. H. Burns y L. H. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Betegón, Jerónimo (1992): *La justificación del castigo*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales.
- Bottoms, Anthony (1998): "Five puzzles in von Hirsch' theory of punishment", en A. Asworth/M. Wasik (eds.): *Fundamental of Sentencing theory Essays in honour of Andrew von Hirsch*, Oxford: Clarendon Press, 53-100.
- Cerezo Mir, José (1994): *Curso de derecho penal español. Parte general*, I/1, 4ª ed., Madrid. Tecnos.
- Cid Moliné, José (1994): *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*. Madrid: Ministerio de justicia.
- Cid Moliné, José/Larrauri Pijoan, Elena (1997): "Introducción", a J. Cid/E. Larrauri (coords.) *Penas alternativas a la prisión*. Barcelona: Bosch, pp. 11-35
- Cid Moliné, José/Moreso Mateos, José Juan (1991): "Derecho penal y filosofía analítica (A propósito de 'Dritto e ragione' de L. Ferrajoli", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 44/1:143-178.
- Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás Salvador (1996): *Derecho penal Parte general*. 4ª edición., Valencia: Tirant lo blanch.
- Córdoba Roda, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*. Barcelona. Bosch.
- Ferrajoli, Luigi (1989): *Dritto e ragione. Teoría del garantismo penale* (trad. castellana de P. Andrés, C. Bayón, R. Cantarero y J. Terradillos, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, por donde se cita).
- Gimbernat Ordeig, Enrique (1971). "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed. Madrid. Tecnos, 1990, 140-161.
- (1995) "Derecho y razón" (recensión al libro de L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*), en *Ensayos penales*. Madrid: Tecnos. 1999. 18-22.
- Hart, Herbert L. A. (1968): *Punishment and responsibility* Oxford: Clarendon Press.
- Larrauri Pijoan, Elena (1998): "Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción al lector español", en A. Von Hirsch (1998): *Censurar y castigar* (citado infra), 11-17.
- Luzón Peña, Diego (1996): *Curso de derecho penal. Parte general I*. Madrid: Universitas.
- Mir Puig, Santiago (1996): *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona: PPU.
- Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes (1996): *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín/ Prats Canut, Miguel (1996): *Curso de derecho penal. Parte general*. Barcelona: Cedecs.
- Silva Sánchez, Jesús (1996): "Eficiencia y derecho penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49/1:93-127.
- Von Hirsch, Andrew (1976): *Doing justice. The choice of punishments*. New York: Hill and Wang.
- (1985): *Past or futures crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*. New Brunswick: Rutgers University.
- (1993): *Censure and sanctions*. Oxford: Clarendon Press (trad. de E. Larrauri, *Censurar y castigar*. Madrid:Trotta, 1998, por donde se cita).
- Walker, Nigel (1991): *Why Punish? Theories of punishment reassessed*. Oxford. Oxford University Press

<sup>22</sup> Véase Von Hirsch (1985:173-4) en referencia al papel limitado del derecho penal en la lucha contra la criminalidad

<sup>23</sup> Agradezco a mis compañeros de un Grupo de Estudios de la Autónoma que discutieran las ideas expuestas en este artículo. También agradezco las valiosas indicaciones que me hicieron a una anterior versión Jose Juan Moreso, Daniel Varona y, en especial, Elena Larrauri

# Sobre la resocialización de los presos terroristas\*

Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ

En los últimos tiempos se observa en los medios de comunicación un cierto interés por dar a conocer a la opinión pública, diferentes situaciones de los reclusos terroristas, llamando la atención sobre la supuesta "cárceles doradas" en las que algunos parecen vivir, publicación de cartas azuzando a la lucha armada que envían a miembros de su organización, las denuncias hechas por los políticos vascos sobre dicha situación, etc. Pero en realidad, *poco o nada ha cambiado la situación carcelaria de estos encarcelados en los últimos años.*

En esta ponencia intento plantear *cuál es la situación real de estos presos y cómo debería ser de cara al futuro y de cara al mandato constitucional y legal de orientar el cumplimiento de las penas a los fines de resocialización.*

Como se sabe, la preocupación por los derechos fundamentales de los presos en general es un fenómeno relativamente reciente, pues data de la década de los setenta, en que se promulgaron leyes penitenciarias modernas (Italia, Alemania, Francia) y se insistió en determinar legalmente sus derechos y deberes, orientando todo el fin de la reclusión a la resocialización del delincuente (*art. 1 LGP*). La propia constitución también se hace eco del ideal resocializador en el artículo 25.2 y manda que la ejecución penal de la pena privativa de libertad esté presidida por este principio.

Pero, precisamente en los momentos en que se consagraba legalmente y se establecía la orientación de la política penitenciaria del país encaminada hacia el fin resocializador, dos fenómenos importantes hacían su aparición casi conjuntamente.

1. Por un lado se empezó a hablar de *la crisis de la resocialización*, sus limitaciones para grupos importantes de delincuentes como los delincuentes ocasionales, los delincuentes por convicción y los delincuentes socioeconómicos, se llamó la atención sobre la imposibilidad de llevarla a cabo por medio de la prisión, sobre la necesidad de utilizar grandes recursos del Estado para hacerla efectiva, cuestión difícil de solventar en momentos de crisis del Estado del Bienestar y por consiguiente, retraimiento del gasto público, etc.

2. Por otro lado, se empieza a configurar una política criminal –y también penitenciaria– excepcional para hacer frente a la lucha contra el terrorismo, cuya expresión constitucional es el artículo 55.2 CE. Las leyes antiterroristas de entonces, también caracterizadas por la suspensión de derechos y libertades, terminaron por enquistarse en el sistema penal al ser introducidas en las legislaciones ordinarias, haciendo de lo excepcional, lo normal lo cotidiano.

Después de los embates de estos dos movi-

mientos para el fin de la resocialización, pretendo reflexionar aquí sobre tres cuestiones fundamentales que necesariamente tienen influencia en la política penitenciaria general y, por tanto, también la de la lucha antiterrorista

1. ¿Qué hay de la resocialización después de prácticamente veinte años de vigencia de la LGP?
2. ¿Cómo se lleva a cabo la resocialización ahora para los presos terroristas?
3. ¿Se puede y se debe tender al ideal resocializador para este tipo de reclusos?

## 1. LA RESOCIALIZACION DESPUES DE VEINTE AÑOS

Después del encanto resocializador vividos durante los años setenta y comienzos de los ochenta, vivimos hoy una etapa real de retraimiento del fin de la resocialización para el cumplimiento de las penas. La praxis de asesinatos cometidos por sujetos que gozaban de permisos de salida, la magnificación de la inseguridad ciudadana por ciertos medios de comunicación inescrupulosos, el aumento de la violencia terrorista de los últimos tiempos, han propiciado un retraimiento real de la orientación resocializadora de la pena. Esto se ha hecho patente con las limitaciones de los permisos de salida, la eliminación de la redención de penas por el trabajo, aumento del cumplimiento efectivo de las penas, etc. El CP de 1995 y la Reforma del Reglamento Penitenciario de 1996 se promulgaron precisamente en este contexto desresocializador, lo que explica la contemplación de disposiciones como la del artículo 76 del CP donde las máximas legales de cumplimiento de las penas sobrepasan con creces lo recomendado para que éstas cumplan un fin resocializador, regla que además, se exceptúa para delitos como el terrorismo agravado, para los cuales el límite máximo es de 30 años. Recordemos que está comprobado que toda pena privativa de libertad mayor de 15 años produce efectos desocializadores irreversibles en el individuo.

Mucho se ha discutido sobre el fin resocializador de la ejecución de la pena que impone la LGP. Se ha cuestionado que parece inspirada en concepciones positivistas (individualización científica), esto asociado a concepciones de la delincuencia vinculadas a procesos individuales (y tratamiento individualizador) y no sociales como debe ser, el relacionar el tratamiento resocializador al régimen correspondiente con lo cual se insta al cinismo carcelario del recluso, etc.

Indudablemente, existen muchas limitaciones para llevar a cabo el proceso reinsertador del recluso en la cárcel y quizás es importante conectarlo con dos momentos fundamentales: antes y después del cumplimiento, esto es, buscar remover y contra-

\* Ponencia presentada al X Congreso de Alumnos de Derecho Penal celebrado en Salamanca, marzo de 1998

restar la marginación social y la violencia que la delincuencia conlleva, así como brindar al ex recluso una seria asistencia postpenitenciaria. Pero lo que sí prácticamente todos los autores están de acuerdo es que mientras exista cárcel, y tenemos cárcel para rato, ésta debe tender a por lo menos hacer del encierro un proceso lo menos desocializante posible, buscando evitar el desarraigo social y familiar, haciendo que la preparación para la vida en libertad sea un objetivo fundamental con el objeto de conseguir que el recluso no recaiga en el delito al salir de la prisión.

El fin de resocialización de las penas propicia la humanización de las cárceles, la responsabilidad individual y social de ese proceso intercomunicativo que constituye la integración social y fundamentalmente, evita que la pena en su fase de ejecución se convierta en un mero castigo, con clara preeminencia del fin retributivo.

Para llevar a cabo este proceso resocializador que se constituye en eje principal de la ejecución de la pena, la ley contempla tres ámbitos fundamentales que se interrelacionan: la clasificación en grado, el tratamiento penitenciario y los permisos de salidas. De acuerdo a estos tres componentes, se configuran 2 tipos de condenados en las cárceles:

— Los de *primer grado o régimen cerrado* cuyas condiciones son más duras: horarios más cortos de estancias en zonas comunes, cumplimiento en departamentos especiales, privación de los permisos de salida, limitaciones en las comunicaciones

— Los de *segundo y tercer grado o regímenes ordinarios y de semilibertad*, para los que sí se contemplan todos los dispositivos de favorecimiento de la libertad, hasta llegar a la libertad condicional.

De acuerdo a esto, si bien la pena impuesta por el juez no puede alargarse ni acortarse en principio, *materialmente si se puede hacer más o menos gravosa* y, esto es quizás lo más importante, llevarse a cabo favoreciendo la libertad, responsabilidad y confianza del recluso, o sometiéndolo a un régimen de disciplinamiento en donde el cumplimiento está prácticamente orientado al simple amedrentamiento o al castigo.

Estudios empíricos han demostrado que las tasas de reincidencias bajan sensiblemente cuando se trata de reclusos que estuvieron cumpliendo pena en régimen ordinario y abierto (2 de cada 10), mientras que son sensiblemente elevadas en reclusos que cumplían pena en régimen cerrado (unos 6 de cada 10). Esto demuestra que los regímenes abiertos, favorecedores de la libertad de los individuos, propician una disminución de la reincidencia (éxitos en la resocialización), mientras que los regímenes de cumplimiento cerrados, represivos, están normalmente asociados a una posible reincidencia futura.

Está claro que hay sujetos para los cuales los intentos de resocialización chocan con un muro infranqueable y sus altos grados de inadaptación conllevan regímenes duros de cumplimiento, casi como única salida por la constante indisciplina que muestran dentro de la cárcel. Pero lo que no es de recibo, de ninguna manera, es que la clasificación

en este régimen cerrado, tal como lo dispone el artículo 102 del Reglamento Penitenciario, esté sustentado en *criterios subjetivos* o poco determinables como la *"extrema peligrosidad"* y que *a priori* se les clasifique como tales, sin observar las circunstancias personales, a sujetos que pertenecen a organizaciones delictivas o bandas armadas, cualquiera sea el delito que hayan cometido. Nunca puede ser igual el régimen penitenciario del sujeto que ha puesto una bomba, del que ha colaborado de manera menor con la actividad terrorista, ya solo sea porque este último quizás todavía se le puede ganar para la causa de la Democracia.

En este caso estamos propiciando un cumplimiento efectivo no fundamentado en la responsabilidad por el hecho (suma conquista del principio de culpabilidad), sino en la responsabilidad por el carácter, por la conducción de vida, que puede configurar un Derecho Penal de Autor, desdeñable en un Estado democrático.

## 2. ¿EXISTE HOY EN DÍA UN FIN RESOCIALIZADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS DE LOS DELINCUENTES TERRORISTAS?

La aplicación del citado artículo 102.5 c) del RP, no cabe duda sustentada en una política criminal excepcional para el terrorismo, determina que según las últimas cifras de Instituciones Penitenciarias, más del 50% de los condenados terroristas estén clasificados en 1º grado o régimen cerrado, mientras que las cifras no llegan al 3% cuando hablamos de las otras clases de delincuencia.

Este hecho, aunado a la política de dispersión de presos terroristas por todas las cárceles del territorio nacional, configuran un cumplimiento poco orientado a evitar el desarraigo familiar, la integración social, la responsabilidad individual y social que supone el fin de la resocialización. Todo lo contrario, las comunicaciones de los presos terroristas con su medio social han quedado dificultadas y ello no sólo ha servido para desocializar definitivamente al recluso, sino también para que los familiares se reúnan en colectivos reivindicadores de los derechos de sus familiares y victimizar a los propios reclusos, sobredimensionando su ideología del "Estado opresor".

Por otro lado, los políticos de casi todos los colores y tonalidades suelen vincular la reinserción de los presos terroristas a la política criminal de turno, con lo cual nos encontramos con un práctico desconocimiento real del fin de resocialización para estos presos. En suma, en la práctica el ideal resocializador que constituye un mandato constitucional y que inspira toda la ley penitenciaria, se ha suspendido para los presos terroristas. Quizás el único argumento que pueda ser válido para evitar la dispersión es el de la imposibilidad material de mantener a todos los presos terroristas en cárceles vascas y que, si se quiere evitar la comunicación favorecedora del mantenimiento de la ideología terrorista, es necesario separarlos. Pero lo que no es de recibo, es que la política

penitenciaria de los presos terroristas sea un “arma arrojada” en manos de uno u otro de los bandos negociadores de la problemática vasca. Creo que ninguna de las dos partes debería olvidar el principio kantiano de que cada persona es un fin en sí mismo y no puede ser utilizada como medio para un fin, aunque sea social.

### 3. ¿SE PUEDE Y SE DEBE ASPIRAR AL FIN DE RESOCIALIZACION PARA LOS TERRORISTAS?

Es indudable que la resocialización para sujetos que han renegado de hecho del Estado democrático con el uso de la violencia, presenta serias dificultades para su realización. Estamos frente a los llamados “delincuentes por convicción” o criminales con una conciencia diferente a la consensuada, para los cuales existe una disidencia frontal hacia la sociedad de referencia a la que se pretende reinsertar. A esto se unen los posibles amedrentamientos que pueden sufrir los sujetos que intenten salir de las organizaciones cerradas como son las terroristas.

No obstante, las experiencias históricas nos han enseñado casos de dirigentes terroristas que se han reinsertado y han asumido las bondades del Estado democrático, como por ejemplo Francescuni de las Brigadas Rojas de Italia y aquí también conocemos casos como el de Yoyes o de algunos presos de los grapos, entre otros.

Es decir, aunque teóricamente existan inconvenientes para la resocialización de este tipo de delincuentes, en la práctica es posible, aunque hay que reconocer que son pocos los casos y se presentan serias dificultades para ello.

Entonces, sí es posible reinsertar a los terroristas. Otra pregunta es: *¿Se debe aspirar al fin resocializador en el caso de estos presos?* La Constitución en su artículo 25.2 consagra un *derecho fundamental*, aunque el Tribunal Constitucional haya proclamado en STC 2/87 que no lo es. Se trata de un derecho fundamental por su clara ubicación sistemática, de carácter social, pues trata del estatus social de un colectivo, los presos, en sus relaciones con la Administración penitenciaria.

Como derecho fundamental, es irrenunciable, innegociable e intransferible. Si bien no existen derechos absolutos, no es posible suspenderlos por ley, salvo en el caso tan cuestionado del artículo 55.2 Constitución, pero dicha suspensión expresamente se refiere a otros derechos y en todo caso es constitucional. Además, renunciar o negar el derecho a la resocialización a cualquier recluso sería tanto como afirmar que la ejecución de la pena para él sólo cumple fines retributivos, cosa imposible de sostener en el estado actual de nuestro desarrollo social, pues si la pena no cumple efectos resocializadores se convierte en mero castigo, en un simple encierro sin objetivos.

Además, en un Estado democrático como en el que vivimos, en el que existen canales de participación para la disidencia política, *no puede existir*

*delincuencia política* ni movimientos de liberación nacional. El uso de la violencia para luchar contra un Estado democrático configura una *delincuencia común* y como tal debe ser tratada, sin ningún tipo de trato excepcional ni para favorecer ni para empeorar su situación. Cualquier agravio comparativo vulnera el principio de igualdad consustancial al Estado social y victimiza al que sufre trato desfavorecedor.

*¿Cómo resocializar?* La primera característica de un tratamiento resocializador es la *voluntariedad*. La idea de la resocialización implica de por sí el asumir responsablemente el propio proceso reinsertador. Sin querer resocializarse, nadie puede en verdad hacerlo. Toda imposición o transacción individual o colectiva de la resocialización de los presos terroristas está viciada de fondo y sólo puede dar cabida a delaciones o al cinismo del comportamiento.

Por otro lado, una *resocialización democrática* no puede pretender un cambio de convicciones internas y sólo debe buscar que el sujeto lleve en el futuro una vida sin delito. Esto significa que para estos presos, sólo se puede pretender que intenten luchar por sus convicciones políticas dentro del juego democrático, sin el uso de la violencia, no se puede pretender un cambio ideológico, ni político.

En suma, la resocialización de terroristas debe estar presidida por *criterios objetivos*, no de conveniencia política, ni pactos políticos, como son:

1. Renuncia a las acciones terroristas.
2. Acatamiento de los principios básicos del sistema democrático.
3. Favorecer procesos de resarcimiento del daño causado a las víctimas. En todo delito terrorista hay víctimas inocentes, que en estos momentos son sólo atendidos por el Estado y organizaciones no gubernamentales, la reinsertación de un terrorista, debe comprometerlo necesariamente en este proceso.

En síntesis, *se puede y se debe aspirar al ideal resocializador de los presos terroristas*, porque es un derecho fundamental que la Administración penitenciaria debe brindar a todo aquél que pretenda demandarlo. No se puede renunciar a la esperanza resocializadora porque ello sería tanto como asumir que la pena sólo cumple funciones retributivas y porque en un Estado democrático donde no tiene cabida la delincuencia política no puede haber trato excepcional para los terroristas y deben ser tratados como presos comunes, bajo las mismas reglas y con los mismos parámetros resocializadores.

Finalmente, quiero decir que siempre hay que dejar la puerta abierta a la resocialización de todo delincuente, porque donde exista un hombre en prisión, y más aún un preso terrorista, debe ser ganado para la Sociedad, para la Democracia. Su resocialización sería una prueba de nuestro éxito social, penal, judicial, penitenciario y político, pues frente a la violencia y a la destrucción, les proponemos la causa de la democracia, donde todo hombre, cualquier hombre, es respetado en su dignidad humana.

## Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)

José MUÑOZ LORENTE

### 1. INTRODUCCION Y DELIMITACION DE LA CUESTION

Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, los delitos contra el honor han sufrido una reforma sustancial respecto a la regulación anterior. Aquélla, fundamentalmente obedece, por un lado, al intento de adaptar la tipología de esta clase de delitos al numeroso cuerpo de doctrina jurisprudencial emanada en esta materia del Tribunal Constitucional<sup>1</sup> y, por otro, como se señala expresamente en la Exposición de Motivos del nuevo Código, para otorgar a las libertades de expresión e información “toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático”.

Las infracciones contra el honor se encuentran fundamentalmente recogidas en los artículos 205 y ss. del Código Penal y en el artículo 620 2º que tipifica la falta de injurias. Asimismo, existen otra serie de tipos —diseminados a lo largo de todo el Código— que guardan una estrecha y clara relación con esta clase de delitos. Esencialmente se trata de tipos cualificados o agravados en función del sujeto o sujetos pasivos del delito<sup>3</sup> —y así, cabe citar, por ejemplo, las injurias al Jefe del Estado o a cualquier miembro de la Familia Real<sup>4</sup>—, tipos cualificados

que, como tales, es preciso concretar en atención a los tipos básicos ya señalados<sup>5</sup>.

Según la nueva regulación, la comisión de un delito contra el honor, sustancialmente, se puede llevar a cabo de dos formas distintas: bien emitiendo un *juicio de valor u opinión* acerca de un sujeto, lesionando con ello su dignidad y propia estimación, como expresamente se señala en el artículo 208.1<sup>6</sup>; bien imputando a un sujeto un *hecho* que menoscaba su fama<sup>7</sup>, es decir, realizando afirmaciones que de algún modo sean susceptibles de contrastación empírica.

Sin embargo, y aunque el bien jurídico protegido sea el mismo —caracterizado en las dos distintas facetas a las que he aludido: autoestima y heteroestima o fama—, la consideración de cada una de esas *dos formas comisivas* es esencialmente diversa y, en consecuencia, también lo será la forma de proceder a la resolución de los conflictos que eventualmente se puedan plantear con las libertades del artículo 20 de la Constitución<sup>8</sup>. Por consi-

---

aún fuera de estos casos, todavía es posible encontrar diseminados por el Código otros tipos en los cuales el sujeto pasivo es, también, un órgano pluripersonal externo al Estado como puede ser un grupo o una asociación. En mayor extensión al respecto, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, en Bajo Fernández *et alii*. *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, CEURA, Madrid, 1998, págs. 255 y ss.

<sup>5</sup> Como, por otra parte, ya puse de relieve en otro lugar. Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: “La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas*, nº 3, 1994, pág. 438.

<sup>6</sup> Lo que representa la protección del honor interno o autoestima del sujeto. *lesionable únicamente con la emisión de opiniones o juicios de valor*, como acertadamente indica Vives Antón. Así, *vid.* Vives Antón, T.S. en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 1026 y 1036; Álvarez García, F.J. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 41-42 y 44; Carbonell Mateu, J.C.: “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal”, en el monográfico *La libertad de expresión y el Derecho Penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXIII, 1993, pág. 119; Moral García, A. del. “Delitos contra el honor”, en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998, pág. 1121.

<sup>7</sup> Lo que, en esencia, constituye una protección del honor externo o reputación y *ésta únicamente puede resultar lesionada con la emisión de hechos*. En este sentido, *vid. ibidem* las citas realizadas en la nota anterior.

<sup>8</sup> En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, *passim*, también, Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, en *ICADE, Revista de las Facultades de De-*

<sup>1</sup> De hecho, y como ejemplo, se han trasladado al ámbito de la tipicidad términos que tradicionalmente han sido acuñados por la jurisprudencia constitucional, si bien en un marco distinto como era el de la justificación de conductas lesivas del honor.

<sup>2</sup> La relación entre ambos derechos fundamentales suele ser, por definición, conflictiva por los intereses contrapuestos que confluyen en la misma. Por eso, se ha dicho que se trata de una cuestión sobre la que “una sociedad democrática precisa de una reflexión permanente... Nadie, absolutamente nadie, puede aspirar —ni ahora, ni nunca— a decir la última palabra sobre el tema”. Así, *vid.* Vives Antón, T.S.: “Sentido y límites de la libertad de expresión”, en Vives Antón, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 367.

<sup>3</sup> En alguna ocasión se ha señalado que la razón de la incriminación autónoma de alguno de estos tipos delictivos “no está, pues, en la creación de un nuevo delito, ni siquiera en la adición de algunas características nuevas a uno ya existente, sino simplemente en reforzar la protección de unos órganos importantes en la estructura política del Estado” añadiendo posteriormente que lo que se pretende con la introducción de estos tipos delictivos es “aumentar la pena, en función de la importancia del sujeto pasivo... Algo, en todo caso, poco democrático”. Así, *vid.* Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 696-697.

<sup>4</sup> Entre esta categoría de tipos agravados en función del sujeto o sujetos pasivos también cabe incluir a otras instituciones pluripersonales del Estado como son las Cortes, Parlamentos Autónomos, Altos Organismos de la Nación, Ejércitos, etc. Y,

guiente, antes de proceder a cualquier enjuiciamiento, el operador jurídico debe determinar en cuál de las dos categorías se integra la manifestación deshonrosa realizada. Sin duda, la distinción entre hechos y opiniones es una cuestión ardua y harto difícil, por no decir que, en algunos casos, resulta imposible<sup>9</sup>. No debemos olvidar que nos encontramos ante el problema del análisis del lenguaje que, en muchas ocasiones, adquiere la cualidad de un camaleón, cambiando de color de acuerdo con el entorno que lo rodea<sup>10</sup>. Sin embargo, y a pesar de esa dificultad, la distinción entre hechos y opiniones es de todo punto necesaria<sup>11</sup> dado que, como ya he indicado, el enjuiciamiento y la forma de resolución del conflicto entre los atentados al honor y las libertades del artículo 20 de la Constitución es sustancialmente diversa dependiendo de que nos encontremos ante la difusión de un hecho o ante la emisión de un juicio de valor u opinión: en el primer caso para resolver ese conflicto ha de atenderse a la veracidad del hecho imputado mientras que, contrariamente, en el segundo jamás es necesario, ni tampoco posible, porque las opiniones o juicios de valor no son susceptibles de contrastación empírica<sup>12</sup>.

El presente análisis —que por razones de espacio no puede abarcar un examen completo y exhaustivo de los delitos contra el honor— se va a centrar en los tipos protectores del honor consistentes en la imputación de hechos, y, más concretamente, va a versar sobre la cuestión de si la falsedad objetiva es o no un elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor consistentes en la imputación de hechos. Estos últimos son dos: por un lado, el artículo 208 párrafo 3º que recoge el tipo de injuria cuando ésta consiste en la imputación de hechos —tipo básico de los delitos contra el honor consistentes en imputaciones de hechos<sup>13</sup>—, y, por

otro, el artículo 205 en el que se sitúa el delito de calumnia en el cual —como históricamente han hecho nuestros Códigos<sup>14</sup>— se agrava la pena en función de la naturaleza de los hechos imputados que, como es sabido, han de constituir delito en sentido estricto<sup>15</sup>.

Pero, como se podrá advertir, la cuestión objeto de este análisis —esto es, si la falsedad es o no un elemento del tipo— entronca directamente con otra a la que, sin duda alguna, cabe responder de manera simultánea: *cuál es el concepto de honor que dogmáticamente se protege en estos tipos penales consistentes en la imputación de hechos: un honor real o merecido o, por el contrario, un honor aparente*. Enfatizo el término “dogmáticamente” para distinguirlo de cual sea el concepto de honor que de hecho, y en determinados supuestos, queda protegido. Quiero con ello significar que lo relevante para analizar la cuestión, a efectos jurídico-dogmáticos, no es si finalmente la conducta es punible o impune, sino que lo auténticamente importante es —de manera fundamental en los casos en que no se imponga ninguna sanción— examinar cuál es el fundamento dogmático de esa impunidad y, si a pesar de la misma, se puede decir que el bien jurídico honor se ha lesionado. En determinados supuestos, como sucede con la calumnia, y puesto que la verdad objetiva de la imputación exonerará en todo caso al sujeto de cualquier clase de responsabilidad penal, podemos encontrarnos, desde el punto de vista de los efectos que produce, con un concepto de honor más cercano al real o merecido que al aparente. Sin embargo, y como podremos comprobar, la constatación de ese hecho o consecuencia práctica no será obstáculo para mantener que lo que dogmáticamente queda protegido —tanto en la calumnia como en la injuria— es un honor aparente.

recho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 42, 1997, *passim*.

<sup>9</sup> En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, especialmente págs. 88 y ss., en donde se intentan ofrecer pautas generales para la realización de esa labor.

<sup>10</sup> Como señalara el juez Holmes “una palabra no es un cristal, transparente e inalterable, es la piel de un pensamiento vivo y puede variar de forma, color y contenido, de acuerdo a las circunstancias y tiempo en el cual se utiliza”. Así, en *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918).

<sup>11</sup> No en balde, en alguna ocasión, algún autor ha llegado a indicar que “uno de los mejores servicios que el jurista puede prestar a la sociedad española y a sus medios de información es luchar por la afirmación de la distinción” entre hechos y opiniones. Así, *vid.* Salvador Cordech, P.: “El concepto de difamación en sentido estricto”, en Salvador Cordech, *pág. et alii: El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pag. 166.

<sup>12</sup> Todo lo más, respecto a estas últimas se puede hablar, como señala López Guerra, de pertinencia o impertinencia. Así, *vid.* López Guerra, L.: “La libertad de información y el derecho al honor”, *Poder Judicial*, nº especial VI, pag. 290. En parecidos términos se expresa Rodríguez Mourullo, G.: “Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos”, en *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid, 1991, pag. 904, quien prefiere utilizar los criterios de “fundada” o “infundada” al referirse a las opiniones pero nunca los de “verdadera” o “falsa”; en idéntico sentido, Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 260.

<sup>13</sup> Puesto que la calumnia no es más que un tipo agravado en función de cual sea el contenido de la imputación de hechos, como ya adelanté en otras ocasiones. Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Pe-*

*nal de 1995*, *cit.*, pag. 430 y “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, pag. 181. En este mismo sentido, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 289; Tasende Calvo, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *Poder Judicial*, nº 43-44, 1996, pag. 140.

<sup>14</sup> Así, desde el Código Penal de 1822. Al respecto, *vid.* Mira Benavent, J.: *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Aunque, como acertadamente señala el citado autor, la distinción entre calumnia e injuria grave no aparece del todo clara en aquel primer Código puesto que ambas figuras podían consistir en la imputación de un delito (*vid.* especialmente págs. 123-124).

<sup>15</sup> En otros términos, nunca puede ser constitutiva de calumnia la imputación de una falta penal que, sin embargo, sí puede constituir injuria grave como se deduce de una interpretación conjunta de los artículos 205 y 210 del Código Penal. En efecto, por un lado, el artículo 205 se refiere únicamente a la “imputación de un delito” con lo cual, interpretados esos términos en sentido estricto, ya parece excluir la imputación de faltas penales. Pero, además, y de otro lado, el artículo 210 —aplicable sólo al delito de injurias— señala expresamente que quedará exento de responsabilidad el sujeto que pruebe la verdad de las imputaciones cuando, entre otras cosas, aquellas se refieran “a la comisión de faltas penales”. En este mismo sentido, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 269; Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 1122. No obstante, no faltan quienes, apelando a una mayor coherencia legislativa, estiman que hubiese sido conveniente contemplar los supuestos de imputación de faltas penales dentro de la figura de la calumnia por su proximidad material, aunque reclamando una pena inferior ya que, tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado cuando se imputa una falta es, sin duda, menor. En este último sentido, *vid.* Tasende Calvo, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *cit.*, pag. 142.

Naturalmente, responder al último interrogante planteado, no se me oculta que resulta sumamente difícil y controvertido. El bien jurídico honor, o la investigación e indagación de su contenido, como ya dijera Maurach en una clásica y gráfica cita, es uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de aprehender con "los guantes de madera del Derecho Penal"<sup>16</sup>. Se trata de un bien jurídico ambiguo y cambiante, además de dependiente de las ideas o valoraciones sociales existentes en cada lugar y tiempo<sup>17</sup>. Prueba de todo ello es la diversidad de concepciones que doctrinalmente se han manejado y se siguen manejando en la actualidad<sup>18</sup>. En consecuencia, no resulta extraño que algún autor haya sostenido que "el jurista debe renunciar a encontrar un concepto inequívoco de honor" y limitarse a analizar qué es lo que realmente se encuentra protegido<sup>19</sup>. Si esa labor se lleva a cabo de otra forma, se corre el riesgo, como suele ocurrir con frecuencia, de caer en "una fraseología un tanto ampulosa y a veces sin exceso de contenido; pero, eso sí, envolvente"<sup>20</sup> y, hasta incluso, se podría decir que altisonante pero, en definitiva, huera o, cuando menos, vaga y ambigua, cuya contribución a centrar el debate jurídico es escasa<sup>21</sup>, además de favorecer la imagen de "criptociencia innaccesible" que para el hombre común tenemos los juristas<sup>22</sup>. En consecuencia, es conveniente huir de elaboraciones o concepciones excesivamente abstractas que, en absoluto, resultan ser de gran utilidad<sup>23</sup>.

Como se habrá podido advertir, cuando me refiero a los tipos consistentes en la imputación de hechos, aludo tanto a la injuria como a la calumnia sin que se pueda distinguir en cada uno de esos tipos un distinto concepto de honor —como algún sector doctrinal pretendía respecto del antiguo Código Penal<sup>24</sup>, y como otro pretende respecto al nuevo<sup>25</sup>—

porque, con la actual regulación, ambos tipos se encuentran, a mi juicio, objetiva y subjetivamente estructurados de la misma forma, sin que quepa establecer ninguna clase de diferencia basada en la redacción típica o en cualquier otra clase de argumento material; ello viene, además, obligado por una interpretación lógico-sistemática de ambos preceptos que, como señala Gimbernat Ordeig, pretende "tratar de llegar a conclusiones similares para todas las modalidades contenidas en un mismo precepto, o en preceptos distintos que la misma ley ha puesto en conexión"<sup>26</sup>. En consecuencia, las consideraciones que se hagan respecto a uno de esos tipos habrán de ser aplicables al otro, especialmente en lo relativo a si la falsedad es o no un elemento del tipo objetivo y, por tanto, en relación al concepto de honor. A este respecto, es conveniente recordar, al contrario de lo que habitualmente se hace, que el tipo básico de los delitos contra el honor consistentes en la imputación de hechos es la injuria, contenida en el artículo 208 párrafo tercero, y no la calumnia. Esta última resulta ser un mero tipo agravado en función de cual sea el contenido de las imputaciones. Por tanto, el estudio del concepto de honor protegido en el nuevo Código ha de comenzar por el tipo básico y las soluciones deducibles del mismo, aplicadas al tipo agravado. Sin duda, lo que acabo de decir puede parecer una obviedad, pero no lo es tanto si se observa cómo la doctrina al analizar los delitos contra el honor no procede de esta manera: examina primero el concepto de honor deducible del delito de calumnia y, posteriormente, intenta adaptar y ajustar los resultados obtenidos al de injurias produciéndose, en consecuencia, notables incoherencias dogmáticas y prácticas como tendremos ocasión de comprobar.

<sup>16</sup> Maurach/Schroeder/Mawald: *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband I (Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte), 7. Aufl., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, pág. 215, Rdn. 1.

<sup>17</sup> En este mismo sentido, vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 256-257; Rubido de la Torre, J.L.: "Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor", *Revista General de Derecho*, nº 627, 1996, pág. 12962.

<sup>18</sup> Para una extensa y completa visión de las mismas vid. Musco, E.: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; también, al respecto, vid. Vives Anton, T.S. en Vives Anton/Boix Reig et alii: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 670 y ss.; también, Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., págs. 19 y ss.

<sup>19</sup> Así, vid. Bajo Fernández/Díaz-Maroto y Villarejo: *Manual de Derecho Penal. Parte especial (Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil)*, 3ª edición, CEURA, Madrid, 1995, pág. 286; Bajo Fernández, M.: "Protección del honor y la intimidad", en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, T. I (Derecho Penal y Constitución), EDESA, Madrid, 1982, pág. 124.

<sup>20</sup> Así, vid. Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., p. 15.

<sup>21</sup> En relación a esta cuestión, y como ejemplo, vid. Jakobs, G.: "La misión de la protección jurídico-penal del honor", en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 423 y ss.

<sup>22</sup> Respecto de esta cuestión, vid. Quintero Olivares, G.: *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 22 y ss.

<sup>23</sup> En este mismo sentido, vid. Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., pág. 26.

<sup>24</sup> Así, vid. Sainz Cantero, J.A.: "El contenido sustancial del delito de injurias", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1957, págs. 85-86, quien indicaba como "existen dos clases

de honor: el que la calumnia lesiona y el atacado por la injuria. El primero es un honor legal, y el segundo el honor en general (...) de una persona que asesino puedo decir que es un asesino (...) y la ley entiende que no lesiona su honor, pues frente a su quejilla puedo defenderme probando la verdad de la imputación". En parecidos términos distinguiendo entre el honor protegido en las calumnias y el protegido en las injurias en relación al antiguo Código Penal, vid. Bernal del Castillo, J.: *Honor, verdad e información*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994, pág. 75; también, González Rus, J.J.: "Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor", en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDESA, Madrid, 1993, pág. 683.

<sup>25</sup> Así, vid. Cremades, J. en Manzanares/Cremades: *Comentarios al Código Penal, La Ley-Actualidad*, 1996, págs. 99-100; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, cit., págs. 247-248; Quintero Olivares, G.: "Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995", en el monográfico *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 160-161 y 167; Quintero Olivares/Morales Prats: "Delitos contra el honor", en Quintero Olivares/Valle Muñoz et alii: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 359-360, 362-363, 366-367, 375. Con algunas connotaciones, en esencia también mantiene esta misma postura Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 275 y ss.

<sup>26</sup> Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 58. La cursiva es mía

## Concepto de honor real o merecido y concepto de honor aparente

Volviendo al análisis de la cuestión en los términos planteados —es decir, si la falsedad objetiva es o no un elemento del tipo o, lo que es lo mismo, si el nuevo Código Penal, en el caso de la imputación de hechos, protege un honor real o merecido o por el contrario un honor aparente— es preciso y primordial examinar, a grandes rasgos, en que consisten tales conceptos de honor.

En primer lugar, la protección de un *honor real o merecido*, o la opción por este concepto de honor, significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, *sean cuales sean*<sup>27</sup>, no lesionan —en sentido jurídico— el honor y, por tanto, *son atípicas*. Para esta postura, el honor sólo merece protección cuando se halla basado en hechos que son ciertos u objetivamente verdaderos. Es decir, según esta concepción, jurídicamente *sólo nos encontraremos ante una lesión del honor cuando el hecho imputado sea objetivamente falso*. Esto representa que, para quienes mantienen esta postura —calificados por algún autor como “apóstoles de la verdad”<sup>28</sup>—, *la falsedad objetiva de una información ha de ser un elemento del tipo*. Si se difunde un hecho verdadero se entiende que no se lesiona el honor o, empleando la terminología del Código, no se menoscaba la fama de un sujeto<sup>29</sup> y, por tanto, el hecho es atípico por inexistencia de lesión del bien jurídico<sup>30</sup>. En consecuencia, y al contrario de lo que muchas veces se cree, si no existe lesión del honor no nos encontraremos ante ningún conflicto con la libertad de información, *ergo* propiamente no tendríamos que proceder a su resolución o, si se quiere sólo sería un “conflicto aparente” con aquella libertad. Esto, como se podrá apreciar, implicaría redefinir, desde la legislación penal, el contenido constitucional, no sólo del derecho al honor sino, también, el de la libertad de información y su carácter preferente<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Y me refiero concretamente a que *es indiferente que esas imputaciones sean de relevancia pública o no*.

<sup>28</sup> Así, en tono irónico, *vid.* Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho la honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 99.

<sup>29</sup> Aunque en realidad se menoscaba, se entiende que al ser una *fama inmerecida* —o basada en hechos falsos— no ha de gozar de ninguna clase de protección penal.

<sup>30</sup> Es imposible negar las fuertes connotaciones éticas o morales que, sin duda, tiene este concepto de honor. Al respecto, *vid.* Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho la honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 22 y 99-100; también, siguiendo a Quintano Ripolles, *vid.* Alonso Alamo, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pag. 133. En efecto, este concepto de honor parte de la consideración de que es imposible proteger a quien aparenta ser algo sin serlo en realidad, o si se quiere, entiende que no es posible proteger al “inmoral” que aparenta ser “moral”.

<sup>31</sup> En efecto, en caso de sostener esta postura, el carácter preferente de la libertad de información habría de predicarse siempre que los hechos transmitidos fuesen veraces, *con independencia de que fuesen o no de interés público* y, por tanto, resolverse el “aparente conflicto” en su favor siempre que lo transmitido fuese objetiva o subjetivamente verdadero y, en este caso, el legislador penal estaría actuando como legislador constitucional. En mayor extensión en relación a esta cuestión, que aquí es imposible abordar con detalle, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 156 y ss. y 222 y ss.; también, Muñoz Lo-

En nuestro país, muy frecuentemente, suele considerarse al ordenamiento alemán como el prototipo de protección de un honor real o merecido por comparación con el que se acostumbra a denominar “sistema latino” de los delitos contra el honor<sup>32</sup>. Mientras que en el primero, la prueba de la verdad del hecho imputado, por lo general, tiene plena capacidad exonerante; en el segundo, en el que tradicionalmente ha sido incluido nuestro país, la pauta común es la contraria: la verdad de la imputación no tiene plena capacidad exonerante. En efecto, en aquél país la verdad objetiva de una imputación exonera de pena, ya se trate de hechos de interés público o carentes de él. Negar esta conclusión, tras la simple lectura de los §§ 185 y ss. del StGB, sería un absurdo. Sin embargo, esta circunstancia no significa —al contrario de lo que comúnmente se cree— que en el StGB se proteja un concepto de honor real o merecido. Como acertadamente señala Arzt, se trata de un *concepto de honor* muy cercano al real o merecido, pero no un verdadero y auténtico concepto de honor real o merecido *porque las informaciones objetivamente verdaderas nunca son atípicas*<sup>33</sup>. Así ocurre, concretamente, en el caso del § 186 del StGB en el que se recoge la denominada *üble Nachrede*. En este precepto, *la falsedad objetiva de la imputación no es considerada un elemento del tipo objetivo*<sup>34</sup>, sino que casi unánimemente se sostiene que *la prueba de la verdad objetiva de la imputación es una causa de exclusión de la pena*<sup>35</sup> *o una condición objetiva de punibilidad*<sup>36</sup> pero nunca —o muy minoritariamente— una causa de atipicidad<sup>37</sup>. En definitiva, esto no significa otra cosa que

rente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, págs. 184 y ss.

<sup>32</sup> Al respecto, *vid.* Alonso Alamo, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *cit.*, pág. 133. También, en este sentido, *cf.* las denuncias y críticas que realiza Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pag. 100, nota nº 164, quien sostiene que el legislador español de 1995 se ha guiado por un deseo de imitar lo alemán “olvidando que en nuestro país, y en algún otro, la verdad nunca ha gozado, porque socialmente no se quiere, del peso adquirido en aquellos países”.

<sup>33</sup> Así, *vid.* Arzt, G.: “Der strafrechtliche Ehrenschaft - Theorie und praktische Bedeutung”. *JuS*, 1982, pag. 721; en parecidos términos, *vid.* Schmid, K.: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschaft*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972, págs. 59-60; en análogo sentido, *vid.* Knittel, E.: *Ansehen und Geltungsbewusstsein. Grundlagen der strafrechtlichen Beleidigungstatbestände*, Friederich Knittel Verlag, Kassel, 1985, pag. 15.

<sup>34</sup> A diferencia de la *Verteidigung* recogida en el § 187, que requiere que el hecho deshonroso difundido sea objetivamente falso y, además, que el sujeto activo conociese, con dolo directo, la concurrencia de esa circunstancia. En otros términos, *los supuestos en que se consiga probar la verdad objetiva de la información, no encontrarán acomodo en este precepto sino en el § 186*.

<sup>35</sup> En mayor extensión sobre la mayoritaria doctrina alemana partidaria de esta postura, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

<sup>36</sup> Que en este aspecto serían las dos caras de una misma moneda, depende si se mira desde la óptica de la verdad —en cuyo caso la concurrencia de ésta será entendida como una causa de exclusión de la pena— o si se mira desde la óptica de la falsedad —en cuyo caso la presencia de ésta será una condición objetiva de punibilidad—. En mayor extensión sobre las consideraciones que al respecto se hacen, tanto en la doctrina alemana, como española, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

<sup>37</sup> Sosteniendo esta última postura, *vid.* Hirsch, H.J.: *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschaftes*, *cit.*, págs. 152 y ss.; también, Jakobs, G.: “La misión

proteger, desde el punto de vista dogmático, un honor aparente porque se excluye la pena tras declarar la vulneración del bien jurídico y la antijuridicidad y culpabilidad del hecho.

La opción por la protección de un *honor aparente* significa que cualquier hecho que menoscabe la fama de un sujeto, sea o no objetivamente verdadero, jurídicamente lesiona el honor. En consecuencia, para quienes mantienen este concepto de honor, la *falsedad objetiva de la imputación no es un elemento del tipo objetivo de ninguno de los delitos contra el honor* y, por tanto, la verdad objetiva de aquella imputación no conlleva la atipicidad objetiva del hecho. Todo ello, con independencia de que, posteriormente, la verdad de esa información pueda justificar la conducta lesiva del honor<sup>38</sup>, excluir la imposición de una sanción penal a través de la *exceptio veritatis*<sup>39</sup> o, incluso, como ocurre en el supuesto de la calumnia, excluir la tipicidad *subjetiva* —que no objetiva— de la conducta<sup>40</sup>. Naturalmente, este concepto de honor conlleva plantear una cuestión adicional relacionada con los casos en que la imputación de un hecho menoscaba la fama de un sujeto. En otros términos, ¿cuándo la imputación de un hecho conlleva ese menoscabo de la fama? La cuestión, sin duda, resulta difícil de contestar pero, siendo coherentes con lo expresado anteriormente, y centrándonos en la regulación legal, habría que decir que se menoscaba la fama de un sujeto cuando la imputación de un hecho “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público”<sup>41</sup> por perjudiciales, con independencia de que aquella imputación sea verdadera o falsa<sup>42</sup>. En definitiva, en este caso, será el juez quien dictamine —desde un punto de vista objetivo, y teniendo en cuenta las valoraciones sociales o, si se quiere, “el concepto público”<sup>43</sup>— si la manifestación —con in-

dependencia de su veracidad o falsedad— tiene la suficiente *potencialidad objetiva* para menoscabar la fama de un sujeto, esto es, para perjudicar sus relaciones con el resto del entorno social en el que se ubica, con independencia de que efectivamente aquellas relaciones se hayan visto perjudicadas o no. Quiere con ello decirse que no es necesario demostrar que la imputación efectivamente haya perjudicado las relaciones del sujeto con el resto del colectivo social, sino que basta con que tengan *potencialidad para menoscabirlas*<sup>44</sup>. Mayor concreción, a mi juicio, es imposible de realizar habida cuenta de lo vago, ambiguo y etéreo que resulta ser el concepto de honor.

## 2. ANALISIS

La opción por uno u otro concepto de honor es una cuestión que si doctrinalmente resultaba altamente controvertida respecto al antiguo Código, hoy en día lo sigue siendo, o al menos así lo demuestra la existencia de posturas discrepantes en los hasta ahora pocos, pero significativos, estudios doctrinales que han visto la luz respecto de la regulación de los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal de 1995. En esencia, al respecto, existen tres posturas, cuyas divergencias parten, fundamentalmente, por un lado, de la interpretación que cada una de ellas ofrece para dilucidar el significado de los términos “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” —contenidos en los artículos 205 y 208 párrafo 3º— y, por otra, de la naturaleza dogmática que atribuyen a la *exceptio veritatis* —arts. 207 y 210—. Una primera postura estima que en la calumnia se protege un honor real o merecido, mientras que en la injuria se protege un honor aparente porque, en esta última, la falsedad no es elemento del tipo objetivo<sup>45</sup>. Una segunda estima que, tanto en la calumnia, como en la injuria, se protege un honor real o merecido<sup>46</sup>. Y, por último, una tercera, consi-

de la protección jurídico-penal del honor”, *cit.*, *passim*, especialmente, pág. 438. En mayor extensión respecto al planteamiento de estos dos autores, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

<sup>38</sup> A través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho contenida en el artículo 20.7 del Código en relación con el artículo 20 de la Constitución, siempre y cuando el hecho imputado, además de ser verdadero, sea de interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, *passim*.

<sup>39</sup> Dependiendo de cual sea la naturaleza jurídica que se atribuya a esta última figura que ahora se encuentra recogida en los artículos 207 y 210 del Código Penal. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 365 y ss.

<sup>40</sup> Como se podrá advertir, el hecho de excluir la tipicidad *subjetiva* no implica la inexistencia de lesión del bien jurídico sino, todo lo contrario, aquélla se encuentra totalmente presente y, en consecuencia, aunque el hecho sea atípico existe una vulneración del honor. En mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 429 y ss.

<sup>41</sup> Artículo 208, párrafo 2º, del Código Penal

<sup>42</sup> Por ejemplo, afirmar de un determinado sujeto que padece cáncer no menoscaba su fama, en todo caso, vulnerará su intimidad. Sin embargo, afirmar que ese mismo sujeto padece una enfermedad infectocontagiosa como el SIDA —aunque dicha afirmación sea objetivamente verdadera— es innegable que perjudica aquella fama, además de perjudicar, también, su intimidad.

<sup>43</sup> En este mismo sentido, por todas, *vid.* STC 176/1995, fundamento jurídico 3º.

<sup>44</sup> En este sentido, los delitos contra el honor se encontrarían en un escalón muy cercano, por no decir idéntico, al de los delitos de peligro. De esta misma opinión, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 279.

<sup>45</sup> En este sentido, *vid.* Cremades, J. en Manzanares/ Cremades: *Comentarios al Código Penal. La Ley-Actualidad*, 1996, págs. 99-100; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, *cit.*, págs. 247-248; Quintero Olivares, G.: “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, en el monográfico *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 160-161 y 167; Quintero Olivares/Morales Prats: “Delitos contra el honor”, en Quintero Olivares/Valle Muñoz *et alii* *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 359-360, 362-363, 366-367, 375. Con algunas connotaciones, también, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 274 y ss. quien considera que la falsedad objetiva es un elemento del tipo objetivo, pero la ausencia de la misma puede dar lugar a la aplicación del tipo de la tentativa. También, sosteniendo que en la calumnia la falsedad es un elemento del tipo objetivo pero, no obstante, no realizando ningún pronunciamiento favorable o contrario a esa consideración en la injuria, *vid.* Moral García, A. del “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 1122.

<sup>46</sup> De esta opinión, *vid.* Carmona Salgado, C.: “Delitos contra el honor”, en Cobo del Rosal, M. *et alii* *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 472-473, 475 y 484; López Díaz, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid,

dera que tanto en la calumnia como en la injuria lo que dogmáticamente se protege es un honor aparente<sup>47</sup>.

En mi opinión, para dilucidar y contestar a la cuestión planteada es preciso tener en cuenta algunos factores fundamentales cuya interrelación e integración hacen que la interpretación que aquí se propone resulte coherente, en primer lugar, con los esquemas constitucionales; en segundo lugar, con la regulación legal; y, por último, con una adecuada, lógica y razonable interpretación dogmática que es imposible descuidar cuando se afronta el estudio de los tipos de la parte especial. A menudo, en los estudios doctrinales se olvida la importancia de esos tres factores y, en consecuencia, se llega a soluciones contradictorias, tanto desde el punto de vista constitucional, como legal y dogmático, que hacen dudar de la su-puesta cientificidad de las mismas al convertirse en opiniones totalmente subjetivas o arbitrarias, que son aquellas que constantemente tienen que corregir su punto de partida inicial con la finalidad de lograr un adecuado tratamiento jurídico para un concreto caso<sup>48</sup>.

Para empezar a abordar la cuestión resulta sumamente orientativo el examen de los debates parlamentarios relativos a los delitos contra el honor. Esta forma de proceder es, como cualquier otra, completamente válida<sup>49</sup>, a pesar de que a veces se trate de denostar o desprestigiar, sobre todo cuando la voluntad expresa del legislador no coincide con la "voluntad" o prejuicio con que se acerca el estudioso del Derecho a la norma<sup>50</sup>. Así, por una

parte, se argumenta que lo que adquiere fuerza de ley son las palabras del legislador y no su voluntad última: "los motivos pasan, las leyes permanecen"<sup>51</sup>; y, por otra, se pone en duda la existencia de una verdadera voluntad del legislador cuando éste es un parlamentario, menospreciando, en algún caso, la capacidad intelectual de los miembros del parlamento<sup>52</sup>. Estos argumentos pueden resultar lógicos y defendibles cuando la voluntad del legislador parlamentario no se haya hecho expresa o, cuando se opera con una regulación, por ejemplo, del siglo pasado o de hace veinte, treinta o cuarenta años que, aún hoy, está en vigor. Es cierto que la situación social y política que dio lugar al nacimiento de esa norma puede haber variado y, en consecuencia, sería imposible tener en cuenta la voluntad del legislador para interpretar la ley y proceder a una exégesis adecuada a la época actual. Pero, a mi modo de entender, no es posible negar virtualidad a este tipo de interpretación histórico-teleológica cuando nos enfrentamos a un Código que está en vigor desde hace cuatro años y, lo que resulta aún mucho más importante, en el cual la voluntad del legislador se hizo expresa con un exquisito estilo dogmático y jurídico, quizás, como señala Engisch, impropio de un parlamentario<sup>53</sup>. No creo que en un período tan reducido de cuatro años las circunstancias sociales hayan cambiado de un modo tal que la interpretación que se deduce de la voluntad del legislador resulte incoherente con los dictados sociales actuales<sup>54</sup> y, mucho menos, si se tiene en cuenta que la mayoría de los estudios doctrinales citados en este análisis no se han realizado después de cuatro años de la entrada en vigor del nuevo Código, sino, tan sólo, meses después de la misma. Esto hace pensar en la escasa, cuando no nula, importancia que los estudiosos del Derecho han atribuido a la opinión del legislador, procediendo, en la mayoría de los casos, a una interpretación cuasi gramatical de los preceptos, no exenta de prejuicios subjetivos, que, como veremos, conduce a notables incoherencias dogmáticas y prácticas. En mi opinión, es posible realizar esta última interpretación sin atender a los debates parlamentarios en tres casos: como he señalado con anterioridad, cuando las circunstancias sociales hayan cambiado; en segundo lugar, cuando lo deducido de los debates parlamentarios conlleve indudables incoherencias dogmáticas y prácticas o no se adecúe por completo o sea contradictorio con el texto definitivo; y, por último, cuando la voluntad del legislador no se haya hecho expresa en los debates. No obstante, en el tema que aquí nos ocupa, sí se hizo expresa

1996, pág. 124; López Garrido/García Arán: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 123, Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª edición conforme al Código Penal de 1995, Bosch, Barcelona, pags. 241 y 249. Manteniendo esta misma postura respecto de todos los delitos contra el honor pero manifestando que "en este punto la regulación de la injuria es inadecuada", vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 259 y 290. De esta misma opinión, señalando que esta postura es la que se deduce del tenor literal del Código, aunque críticamente respecto de sus consecuencias, vid. Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., págs. 99 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: "Prólogo a la tercera edición" de *Código Penal*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 17 y ss.

<sup>47</sup> Vid. Bernal del Castillo, J.: "El delito de injurias", *La Ley*, 25 de marzo de 1996, pág. 3; Herrero Herrero, C.: *Introducción al nuevo Código Penal (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 239; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 365 y ss.; Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", cit., *passim*; Tasende Calvo, J.J.: "La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995", cit., págs. 144 y 151; Vives Anton, T.S. en Vives Anton, T.S. et alii: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., págs. 1030-1031 y pág. 1033; vid., también, el último autor citado en Vives/Boix et alii: *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 283. De la misma opinión, también, vid. Pantaleón Prieto, F.: "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley*, 10 de mayo de 1996, pág. 2, quien, además, expresamente señala que "la Constitución no requiere que la falsedad del hecho imputado figure como elemento del tipo de los delitos contra el honor, siempre que la objetiva veracidad del mismo sea causa de justificación" (la cursiva es mía).

<sup>48</sup> Al respecto, y en mayor extensión, vid. Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 107 y ss., especialmente pág. 115.

<sup>49</sup> En este mismo sentido, por todos, vid. Gimbernat Ordeig, *ibidem*, pág. 50.

<sup>50</sup> Al respecto, vid. Kaufmann, Arthur: "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho*, nº 35, 1996, págs. 14-15 y 31.

<sup>51</sup> Así, vid. Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, cit., págs. 79-80; también, Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 118.

<sup>52</sup> Al respecto, vid. Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pág. 118.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Y si así se pretende sostener, entonces, habrá que demostrar, precisamente, que esas circunstancias sociales han variado desde la entrada en vigor. Hecho éste que, a mi modo de entender, nadie prueba. En estos momentos estamos inmersos en la reforma de algunos preceptos del Código Penal de 1995, entre los que no se incluyen los delitos contra el honor ¿no será porque no existe tal cambio social que haga necesario ignorar la voluntad del legislador?

y, en consecuencia, resulta necesario atender a la misma.

En efecto, en los debates parlamentarios se discutió expresamente la cuestión al hilo de las enmiendas presentadas por el Grupo de Izquierda Unida —representado por el señor López Garrido— y por el Grupo Popular —representado por el señor Baón Ramírez—. Ambos grupos sostuvieron que la redacción del Proyecto de Código Penal presentada por el entonces Gobierno socialista, debía ser modificada, *precisamente, para que la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo y, en consecuencia, para que lo que se protegiese fuese un honor real o merecido*. En este sentido, se proponía *por ambos grupos parlamentarios la supresión del precepto en el cual se contemplaba la exceptio veritatis por considerarla innecesaria y reiterativa al ser —en su opinión— la falsedad un elemento del tipo*<sup>55</sup>. Sin embargo, el Grupo Socialista, mayoritario entonces, y defensor del Proyecto presentado por el Gobierno del mismo signo político, se opuso a las referidas consideraciones rechazando, por tanto, ya en el trámite de Comisión, las enmiendas de aquellos dos grupos encaminadas a la consideración de la falsedad como un elemento del tipo objetivo. En este sentido, resultan, cuando menos, significativas algunas de las palabras que pronunciaron los representantes del Grupo Socialista, tanto en el Congreso como en el Senado, para rechazar el entendimiento de la falsedad objetiva como un elemento del tipo objetivo.

Así, por ejemplo, el señor Cuesta Martínez, diputado del PSOE, en el trámite de Comisión, rechazando las enmiendas, señaló que con el Proyecto presentado por el Gobierno “se está tipificando no la mera información errónea o no probada<sup>56</sup>, sino la ausencia de la información comprobada” sea esta verdadera o falsa<sup>57</sup>. Esto significa claramente que lo que se pretendía sancionar no eran las imputaciones de hechos objetivamente falsas, sino la inexistencia de comprobación de la información, con independencia de su adecuación o no a la realidad porque, como veremos, *la ausencia de comprobación no implica que la imputación haya de ser siempre objetivamente falsa*. En definitiva, lo que se pretendía —y se pretende— evitar con esa tipificación es la *difusión de informaciones realizadas a la ligera, es decir, sin comprobar y tener indicios racionales acerca de su veracidad*.

Pero resultan mucho más significativas las palabras del señor Martínez Borkjman, senador del Grupo Socialista, que en el pleno del Senado, rechazando de nuevo las pretensiones de Izquierda Unida y del Grupo Popular, señaló expresamente —

reitero, con un exquisito estilo dogmático, quizás, impropio de un parlamentario— cómo “el elemento de la falsedad de la imputación... ha sido interpretado en sentido subjetivo y no en un sentido objetivo. Esta es, en definitiva, la principal novedad del proyecto sobre la regulación vigente”<sup>58</sup>

Tras el examen de los debates parlamentarios se puede o no estar de acuerdo con la finalidad última perseguida por el legislador al tipificar los delitos contra el honor y, hasta incluso, criticarla abiertamente si con el texto definitivo de la norma es imposible conseguir las finalidades propuestas. En caso de desacuerdo, lo conveniente es propugnar otra interpretación. Sin embargo, a mi modo de entender, es imposible defender de *lege data* esa otra interpretación porque el legislador, consciente de sus pretensiones, estructuró de tal modo los delitos contra el honor que esa otra interpretación resulta irrealizable sin incurrir, como veremos, en notables incoherencias dogmáticas y prácticas. Estas son fruto del intento de presentar como interpretaciones *de lege data* aquéllas que sólo pueden ser *de lege ferenda*, acercándose, en este caso, el analista a una labor que en absoluto le incumbe: crear Derecho o, mejor dicho, intentar crear Derecho.

Puesto que en la mayoría de los casos no se procede al examen de la voluntad del legislador, los análisis doctrinales en el ámbito de los delitos contra el honor se suelen centrar única y exclusivamente en el aspecto gramatical, olvidando, también, los aspectos lógicos, sistemáticos y dogmáticos de la cuestión, que también han de ser tenidos en cuenta en cualquier interpretación jurídica. Y todo ello se realiza a pesar de que, comúnmente, a la interpretación gramatical se le suele conceder el grado jerárquico menor dentro de las distintas formas interpretativas y de que se piensa que el jurista que se aferra a una interpretación gramatical es “un mal jurista”<sup>59</sup>. Pues bien, a pesar de eso, y sin perjuicio de utilizar el resto de los criterios interpretativos, procedamos ahora, como suelen hacer los analistas, a realizar una interpretación gramatical para determinar si la falsedad es un elemento del tipo objetivo.

Si atendemos a la redacción literal de los artículos 205 y 208 párrafo 3º podremos comprobar que, expresamente, ninguno de ellos exige que la imputación del hecho sea objetivamente falsa. Lo contrario ocurría, por ejemplo, con el artículo 453 del antiguo Código que, en el delito de calumnia, exigía la falsedad objetiva del hecho imputado para que la conducta pudiese ser constitutiva de un delito de calumnia, o al menos así lo entendían la jurisprudencia y doctrina mayoritarias sin que, a este respecto, faltasen significativas excepciones o voces discrepantes, tanto en el ámbito jurisprudencial<sup>60</sup>, como doctrinal<sup>61</sup> que, sin duda alguna, y si se me permite

<sup>55</sup> Así, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. I, *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996, pags. 840 y 842. Tras la promulgación del nuevo Código, y a pesar de ser otra —como veremos— la opinión mayoritaria del legislador, el señor López Garrido sigue realizando esos mismos planteamientos. Así, *vid. López Garrido/García Aran El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. comentario al texto y al debate parlamentario*, cit., pág. 123.

<sup>56</sup> Es decir, falsa.

<sup>57</sup> Así, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. I, cit., pag. 845

<sup>58</sup> *Vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. II, cit., pág. 2409. La cursiva es mía.

<sup>59</sup> Al respecto, y en mayor extensión, *vid. Gimbernat Ordeig, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 45.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, *vid. SSTS de 22 de abril de 1991 (Ar. 2927) y de 1 de febrero de 1995 (Ar. 720)*.

<sup>61</sup> Así, *vid. Vives Antón, T.S. en Vives Antón/Boix Reig et alii Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, cit., pags. 684 y ss.;

la licencia, han resultado ser visionarias o, por decirlo de alguna forma, adelantadas a su tiempo, puesto que la nueva regulación ha venido a darles la razón. Sin embargo, y como ya he señalado, *en el nuevo Código no se hace referencia a aquella exigencia de la falsedad objetiva del hecho imputado ni en el delito de calumnia ni, tampoco, en el de injuria*. Esta circunstancia, en principio, puede hacernos pensar en que la falsedad objetiva no es, en modo alguno, un elemento objetivo de ninguno de los tipos que aquí nos ocupan. Es decir, *si el Código Penal no exige que el hecho imputado sea falso, entonces, no tiene por qué serlo*. Parece que este argumento, a entender de algunos analistas, resulta ser poco consistente porque, a pesar de la nula exigencia de ese requisito en el tipo objetivo, se sigue sosteniendo que aquella falsedad es elemento del tipo<sup>62</sup> y se realizan afirmaciones tan categóricas como la siguiente: "objetivamente la calumnia continúa siendo la falsa imputación de un delito" (sic)<sup>63</sup>. Desde mi punto de vista *no resulta lógico inventar palabras allí donde no las hay* con la intención de reducir el tipo partiendo de un concreto y subjetivo concepto de honor, esto es, acercándose a la norma, como ya he señalado, con un "prejuicio" muy subjetivo<sup>64</sup>. Pensemos, por ejemplo, que con esa misma intención procediésemos de semejante modo en el homicidio: afirmar que el homicidio consiste en "matar a otro hombre blanco"; el tenor literal del precepto no excluye esa posibilidad si partimos de un concepto del bien jurídico vida en el que no incluya a las personas de raza negra por considerar, por ejemplo, que son inferiores habida cuenta del color de su piel. Reflexionemos, ahora, sobre un supuesto menos extremo relacionado con el delito de hurto. Salvo error u omisión por mi parte, nadie interpreta, a pesar de la existencia del artículo 268 —excusa absoluta por parentesco—, que el hurto consiste en tomar con ánimo de lucro "cosas muebles ajenas, que no pertenezcan a un familiar, sin la voluntad de su dueño"; ello podría ocurrir si partimos de un concepto subjetivo de patrimonio que entendiésemos que éste se encuentra compuesto por el de todos los miembros de la familia —incluido, por ejemplo, el de los hijos independizados y casados que han formado una nueva unidad familiar—. Al exigir que la falsedad objetiva sea

un elemento del tipo —o lo que es lo mismo, que la prueba de la verdad objetiva excluye el tipo objetivo— se estaría haciendo lo mismo que al requerir en el tipo de homicidio matar a un hombre blanco o, en el de hurto que la cosa no pertenezca a un familiar; esto es, se está partiendo de un concepto de honor totalmente subjetivo —propio de quien realiza el análisis— y se están intentando adaptar los preceptos legales a ese concepto "prelegal" o "alegal" con el que el intérprete se acerca a la norma. En un caso se consideraría que lo objetivamente verdadero no vulnera el honor y, en los otros, que la sustracción, sin consentimiento, realizada por un familiar no lesiona el patrimonio o que la muerte de una persona de raza negra no lesiona el bien jurídico vida. Naturalmente se trata de ejemplos extremos pero, a mi modo de entender, son los que mejor ponen de relieve lo ilógico de la forma de interpretar que se lleva a cabo. Si esa interpretación se realiza respecto de los delitos contra el honor no se podrá decir que los ejemplos propuestos respecto al homicidio y al hurto son incoherentes.

Pero no nos detengamos sólo en este argumento porque hay otros muchos que avalan la tesis que aquí se sostiene y no sólo argumentos gramaticales sino, también, como veremos lógico-sistemáticos y prácticos<sup>65</sup>. Si continuamos analizando los argumentos gramaticales podremos comprobar cómo la redacción literal de los preceptos no sólo no exige que la falsedad sea un elemento del tipo objetivo sino que la descarta por completo. En efecto es *el propio Código el que asume que un hecho imputado puede ser objetivamente verdadero y, aún así, seguir siendo, objetiva y subjetivamente, típico, además de antijurídico, tanto en la calumnia como en la injuria*. Así, para que nos encontremos ante una calumnia o una injuria, el Código, en los artículos 205 y 208 párrafo 3º exige que exista, respecto al hecho que se imputa, «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» y, precisamente, esta última referencia al «temerario desprecio hacia la verdad» es la que expresamente indica que la falsedad no puede ser un elemento del tipo. La razón estriba sencillamente en que *la imputación de un hecho realizada «con temerario desprecio hacia la verdad» no significa que ésta siempre sea objetivamente falsa* sino que, también, *puede ser verdadera*. Si se advierte, el Código no se refiere al "temerario desprecio hacia la falsedad" —lo que podría indicarnos que la falsedad es un elemento del tipo— sino, al "temerario desprecio hacia la verdad"<sup>66</sup>. Con otras palabras, la presencia

también, Boronat Tormo, M. "Razones contra el entendimiento de la *exceptio veritatis* como mecanismo de tutela de la libertad de expresión", *Ministerio de Justicia. Boletín de información*, nº 1700, 1994, pág. 1372.

<sup>62</sup> Cfr. *supra* el sector doctrinal que propugna que en la calumnia se protege un concepto de honor real o merecido.

<sup>63</sup> Así, vid. Moral García, A. del: "Delitos contra el honor", *cit.*, pág. 1122.

<sup>64</sup> Propio, quizás, de un abogado de parte pero, en modo alguno, de un dogmático. No se me oculta que, en muchos casos, ese concreto y subjetivo concepto de honor con que se acercan algunos analistas al examen de los delitos contra el honor, se encuentra muy influenciado por el que, como ya he señalado antes, se cree que se sostiene en Alemania, esto es: un concepto de honor real o merecido. Sin embargo, ese acercamiento se olvida de dos cosas. La primera, y como señala Pantaleón Prieto en una gráfica expresión, que "*las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos*" (Pantaleón Prieto, F.: "La Constitución, el honor y unos abrigos", *cit.*, pág. 3. La cursiva es mía). Y, la segunda, como hemos tenido ocasión de comprobar, en Alemania, al contrario de lo que frecuentemente se suele creer en nuestro país, lo que dogmáticamente se protege es un concepto de honor aparente.

<sup>65</sup> Sin embargo, a mi modo de entender, el sector doctrinal que realiza el planteamiento de que la falsedad es un elemento del tipo, no tiene en cuenta las consecuencias prácticas del sostenimiento de esa postura ya que, en algunos supuestos, la misma conlleva una absoluta desprotección del bien jurídico honor —fundamentalmente en el ámbito de la injuria— en la medida en que *toda información objetivamente verdadera sería atípica* —y, por tanto, la conducta de difundirla impune— *con independencia de si la misma era de relevancia pública o no*. Cfr. *infra*.

<sup>66</sup> En este mismo sentido, afirmando que el Código "está poniendo el acento en la «veracidad», vid. Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 98.

del «temerario desprecio hacia la verdad» no implica ni conlleva en todos los casos que el hecho transmitido sea objetivamente falso<sup>67</sup> y, *aún así, el Código Penal lo sigue considerando típico, tanto en la calumnia como en la injuria*<sup>68</sup>.

En efecto, pensemos en un caso extremo que puede parecer de laboratorio pero que, no obstante, podría darse perfectamente en la realidad<sup>69</sup>: un periodista, para acabar con el prestigio del presidente del Gobierno o, simplemente, porque tiene una intuición o porque se lo ha dicho una echadora de cartas, decide publicar la siguiente información: «el presidente del Gobierno se está construyendo un chalé con fondos públicos». Se trata, en principio, de una mera invención o de una intuición sin fundamentos racionales. Aun así, el periodista decide publicarla *sin comprobar, en el caso de la intuición, si es verdadera o falsa, es decir, en definitiva actúa con «temerario desprecio hacia la verdad»*. Evidentemente, en el caso de la publicación de mala fe tampoco existe comprobación. Con posterioridad, en el proceso por calumnias se demuestra que el hecho imputado era totalmente cierto<sup>70</sup>. Tras esa demostración no podemos decir

<sup>67</sup> En este mismo sentido, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 97. *Herrero Herrero, C.: Introducción al nuevo Código Penal (Parte general y especial), cit.*, pag. 239. Así, también, aunque críticamente al respecto, lo reconoce el senador señor González Pons en el debate del Pleno del Senado del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios, vol. II*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996, pag. 2407.

<sup>68</sup> Admitiendo que se trata de un argumento favorable a la tesis que aquí se propugna, a pesar de sostener que la falsedad es un elemento del tipo, *vid. Molina Fernández, F.: «Delitos contra el honor», cit.*, pag. 281.

<sup>69</sup> Porque no parece inverosímil que un periodista se invente reportajes. Así, por ejemplo, *vid. el diario El País del lunes 23 de septiembre de 1996 en el cual se recoge la noticia de un periodista alemán procesado por inventarse reportajes sensacionalistas y venderlos a determinadas cadenas de televisión; también, sobre idéntica cuestión, y del mismo diario, vid. el día 20 de abril de 1999 respecto de un periodista norteamericano. Si a esto le unimos el hecho, como ocurrió hace algún tiempo, del descubrimiento en nuestro país de una supuesta conspiración periodística para acabar o debancar del poder al determinado partido político, tenemos el campo perfectamente abonado para que ese ejemplo de laboratorio que se propone se convierta en un supuesto práctico.*

<sup>70</sup> En opinión de Molina Fernández, F.: «Delitos contra el honor», *cit.*, pag. 276, debiera ser el acusado quien pruebe la verdad objetiva de la imputación puesto que la *exceptio veritatis*, a su entender, invierte la carga de la prueba; de opinión contraria, entendiéndolo que semejante conclusión contrariaría el principio de presunción de inocencia, *vid. Moral García, A. del. «Delitos contra el honor», cit.*, pag. 1124. Sin embargo, aquí se parte de un planteamiento diverso de los anteriores, ha de ser el acusado quien pruebe la verdad objetiva de la imputación para exonerarse de pena —y, por eso, no se contraría el principio de presunción de inocencia—, sino que, también, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de investigar, dentro de sus posibilidades, si los hechos imputados se adecúan o no a la realidad. El juez tiene la obligación —en virtud del artículo 24 de la Constitución— de buscar la verdad en el proceso y declarar, expresamente, si los hechos imputados son objetivamente verdaderos o falsos —o si se quiere, imposibles de demostrar— porque, de esta manera —y en caso de declararlos objetivamente falsos— se restablece, mínimamente, el bien jurídico lesionado: el honor (en mayor extensión al respecto de esta obligación *vid. Muñoz Lorente, J.: La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995, cit.*, pags. 186 y ss., especialmente, pags. 190 y ss.) Naturalmente, como se puede comprobar, esta opción tiene sus peligros. Puede llevar al extremo contrario que se declare que los hechos son objetivamente verdaderos y, en consecuencia, se acentúe la lesión al honor. Se trata de un riesgo que corre el lesionado porque, nadie mejor que el sabe si los hechos son objetivamente verdaderos o falsos y, recordemos,

que el periodista que actuó de mala fe —o creyendo que era falso— lo haya hecho «con conocimiento de su falsedad» porque es imposible conocer algo que no existe y aquí el hecho era objetivamente verdadero. Pero, también, es imposible negar que, tanto el periodista que cree que lo que imputa es falso como aquél que tiene una intuición, *están actuando «con temerario desprecio hacia la verdad»* —porque, en modo alguno han comprobado si la información era cierta, en un caso porque la creía falsa, cuando era objetivamente verdadera; y en el otro porque *creía subjetivamente que era verdadera*<sup>71</sup>—, luego su conducta habrá de ser reputada como objetiva y subjetivamente típica *a pesar de que el hecho imputado sea objetivamente verdadero* porque la imputación se llevó a cabo con «temerario desprecio hacia la verdad» del hecho imputado que no, reitero, temerario desprecio «hacia la falsedad»<sup>72</sup>. Si ha de ser

que los delitos contra el honor son perseguibles únicamente a instancia de parte, previa querrela o denuncia (esto último en el caso de funcionarios públicos, *vid. artículo 215 del Código Penal*). No obstante, existen casos en que el querrelante no tiene que correr ese riesgo, a pesar de que los hechos sean objetivamente ciertos. Me refiero a aquellos supuestos en que lo que se impute sea un hecho íntimo y *sin relevancia pública* pero, además, deshonoroso. La investigación y declaración de la verdad objetiva de los mismos sería aún más perjudicial para el lesionado. En estos supuestos, y para evitar esa consecuencia, no sería necesaria la investigación judicial, *siempre y cuando los mismos carezcan de cualquier clase de relevancia pública.*

<sup>71</sup> Parece conveniente, en estos momentos, advertir que el «temerario desprecio hacia la verdad» no puede excluirse simplemente porque el informador manifieste en el proceso que el creía que la información era verdadera, como parece pretender algún autor (así, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 98, Moral García, A. del. «Delitos contra el honor», *cit.*, pag. 1123). Antes al contrario, para que se pueda excluir el «temerario desprecio hacia la verdad» es necesario que el informador demuestre que no se trataba de una mera creencia subjetiva, sino que esta se encontraba basada en datos objetivos. En otros términos, y como ya he señalado en otros lugares (así, *vid. Muñoz Lorente, J. La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*, pags. 200 y ss. y «La libertad de información como justificación de las lesiones al honor», *cit.*, pag. 189) para excluir el temerario desprecio hacia la verdad es necesario que el informador concreto, y cualquier persona o informador medio —*ex ante*— colocado en su situación, y con los datos de que disponía aquél, pueda considerar que la información que se transmitió era verdadera o que, al menos, había muchos más indicios de que aquélla fuese verdadera y no falsa (no obstante, reconociendo implícitamente esta última conclusión, *vid. Alvarez García, F.J. El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 112). Cualquier otra interpretación puede reducir el tipo a mero papel mojado. La única virtualidad que puede tener esa mera creencia subjetiva —no basada en datos objetivos— es la que ofrece el artículo 214 del Código si, además, el informador se retracta y reconoce la falsedad objetiva de la información. En este último caso, el juez o tribunal deberá imponer la pena inferior en grado a la del delito consumado.

<sup>72</sup> Todo ello, con independencia de que posteriormente al sujeto no se le imponga ninguna sanción en aplicación de la *exceptio veritatis*. En sentido contrario al aquí expuesto, y calificando la conducta como tentativa indonea, aunque, posteriormente considerando que a la misma habría de aplicarse la exención de pena recogida en la *exceptio*, *vid. Molina Fernández, F.: «Delitos contra el honor», cit.*, pags. 275-276. No obstante, en páginas posteriores, el mismo autor estima que esa exención en los casos de tentativa no se encuentra plenamente justificada, así, *vid. pag. 284*. También, estimando que el planteamiento que realizo en el texto resulta contradictorio, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 98. A su juicio, es contradictorio porque el Código, al aludir al «temerario desprecio hacia la verdad», esta poniendo el acento en la verdad de la información y, en consecuencia, resultaría incoherente —si el acento se pone en la verdad— que fuese punible una información objetivamente verdadera pero subjetivamente inveraz como la del ejemplo transcrito. Sin embargo, no estoy de acuerdo con ese planteamiento porque *el Código no*

reputada típica será porque lo que se protege no es un honor real o merecido sino aparente. Otra interpretación posibilitaría resultados político-criminalmente indeseables: que diariamente nos encontrásemos —por razones de economía— con informaciones carentes de cualquier clase de comprobación, o con una comprobación mínima y negligente, con la esperanza de poder demostrar, *a posteriori*, que eran objetivamente ciertas.

Es conveniente, después de analizar el significado de los términos “temerario desprecio hacia la verdad”, examinar, siquiera sea brevemente, la naturaleza dogmática de dicho elemento<sup>73</sup>. Como se ha reconocido, se trata de una fórmula fuertemente anclada en la jurisprudencia constitucional<sup>74</sup> y en el tratamiento doctrinal sobre la materia, aunque con connotaciones distintas a las actuales<sup>75</sup>, esto es, sin que encontrasen una expresa plasmación legislativa. En efecto, estábamos acostumbrados a encontrarnos con alusiones a esos conceptos al tratar de los elementos necesarios para analizar la concurrencia del ejercicio legítimo y prevalente de la libertad de información frente al honor y, en consecuencia, su operatividad a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, ahora se trata de conceptos que aparecen enmarcados en el tipo y, más concretamente —como parece sostener unánimemente la doctrina—, en el tipo subjetivo, tanto de la calumnia como de la injuria consistente en la imputación de hechos. Sin embargo, y a pesar de esa aparente unanimidad en relación a interpretar que nos encontramos ante elementos subjetivos del tipo, la cuestión resulta mucho más complicada al analizar en mayor profundidad la clase de elementos subjetivos ante los que nos hallamos; esto es, si se trata de meras alusiones al dolo genérico o, por el contrario, su naturaleza es la de elementos subjetivos específicos del tipo. La divergencia deriva, también, de la concepción o no de la falsedad como un elemento del tipo objetivo.

En efecto, para quienes mantienen que la falsedad es un elemento del tipo objetivo —que, como hemos visto, no es la postura que aquí se sostiene—, la alusión al “conocimiento de la falsedad o

---

*pone tanto el acento en la verdad objetiva de la información como en la diligencia en su comprobación*, esto es, en la veracidad subjetiva. Como ya he señalado en otro lugar, al Código no le importa tanto que se difundan informaciones objetivamente verdaderas, como que se difundan informaciones contrastadas, con independencia de que éstas sean objetivamente verdaderas o falsas (así, en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, pág. 183). Por otra parte, y como hemos visto, esa misma fue la intención del legislador que se hizo expresa en el trámite parlamentario —*cfr. supra*— y, en consecuencia, es imposible afirmar, como pretende Álvarez García, *op. cit.*, pág. 100, nota nº 164, que toda esa construcción se haya llevado a cabo por el legislador de forma inconsciente y con “un deseo de imitar lo alemán”.

<sup>73</sup> Para un análisis en en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 429 y ss.

<sup>74</sup> Así, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 108; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, pág. 431.

<sup>75</sup> De otra opinión, y considerando que se trata de un concepto “prácticamente desconocido en la terminología jurídico-penal española”, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17.

temerario desprecio hacia la verdad” no es más que una referencia al dolo directo y eventual, respectivamente<sup>76</sup>, o, en algunos casos, se interpreta que también se podría referir a la culpa consciente<sup>77</sup>. Opiniones que en absoluto comparto. En primer lugar, y respecto de la cuestión de la imprudencia o culpa consciente, porque el legislador no ha pretendido castigar imprudentemente estas conductas; si lo hubiera querido habría seguido la misma técnica de *numerus clausus* que utiliza respecto a otros delitos en virtud de lo que preceptúa el artículo 12 del Código<sup>78</sup>, lo que, sin duda, hubiese sido mucho más fácil. En segundo lugar, y respecto a la equiparación entre, conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, y dolo directo y eventual respectivamente, considero que sería una técnica legislativa defectuosa e innecesaria la de reiterar que los delitos contra el honor se pueden cometer con dolo directo y dolo eventual cuando, desde antiguo, ambas clases de dolo se encuentran equiparadas. En tercer lugar, podría estimarse que el legislador, con la introducción de esos conceptos, simplemente trataba de reforzar el protagonismo del elemento subjetivo intencional en los delitos contra el honor<sup>79</sup>; pero, a este respecto cabe cuestionarse si no podemos decir que todos los delitos del Código tienen esa misma naturaleza intencional porque, como se sabe, la tipificación que realiza el Código siempre es de naturaleza dolosa y, cuando menos, parece innecesario reiterar que también poseen esa naturaleza los delitos contra el honor; por otra parte ¿no tiene el mismo protagonismo el elemento subjetivo en el homicidio doloso que en los delitos contra el honor? entonces ¿por qué el legislador se ha decidido por no introducirlo de manera expresa en aquél y si en éstos? La respuesta, a mi modo de entender, y como ahora veremos, pasa por atribuir una naturaleza distinta a aquéllos conceptos. Pero, además, quienes equiparan el “temerario desprecio hacia la verdad” con el dolo eventual, se están olvidando de un pequeño matiz que, sin duda alguna, no puede carecer de importancia: el Código dice temerario desprecio hacia “la verdad”, no hacia “la falsedad” —o, si se quiere “dolo eventual de verdad” y no “dolo eventual de falsedad”—, *ergo* parece que ese dolo eventual se tendría que referir a un elemento que no se encuentra en el tipo objetivo: la verdad de la imputa-

<sup>76</sup> Así, entre otros, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 108 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280; Moral García, A.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 112.

<sup>77</sup> Específicamente, interpretando la alusión al “temerario desprecio hacia la verdad” como culpa consciente, *vid.* Tasende Calvo, J.J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, págs. 144-145. De opinión contraria a esta última conclusión, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 108 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280.

<sup>78</sup> En este mismo sentido, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 110; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280.

<sup>79</sup> De esta opinión, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 281.

ción realizada. Si ese elemento no se encuentra en el tipo, es imposible que el dolo se refiera a él porque, como se sabe, el dolo siempre ha de encontrar un correlativo en el tipo objetivo; cuando no existe esa correlación, entonces no podemos hablar de dolo pero, como veremos, sí de un elemento subjetivo específico que es todo aquel que no encuentra ningún elemento a él encadenado en el tipo objetivo<sup>80</sup>.

Por otro lado, considerar que el "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" son meras alusiones al dolo genérico provocaría que, en los supuestos en que no concurrese la falsedad objetiva de la imputación, pero sí el "temerario desprecio hacia la verdad", *tuviésemos que condenar por tentativa que, sin duda, habría de ser inidónea*<sup>81</sup>. Ello ocurriría cuando el hecho imputado fuese objetivamente verdadero pero, sin embargo, el agente lo creía falso o lo imputó sin saber si era verdadero o falso, esto es, sin una comprobación diligente. En efecto, cualquier observador medio *ex ante* convendría en que la acción de no comprobar la información, representa un peligro para el bien jurídico honor *porque puede ser falsa*, aunque *ex post* se demuestre que ni siquiera puso en peligro el bien jurídico por haberse llegado a demostrar durante el proceso que la imputación era objetivamente verdadera. Evidentemente, y como advierte Molina Fernández, sería posible aplicar a estos casos de tentativa inidónea la *exceptio veritatis* porque esta figura se refiere a la exención de "toda" pena; es decir, estaría también incluida la exención de pena por tentativa inidónea. Si bien esta solución penológica, a mi modo de entender, es aceptable, no resulta dogmáticamente coherente con los postulados iniciales de los que parte. En efecto, *si se atribuye al artículo 207 del Código —o lo que es lo mismo, a la prueba de la verdad objetiva— la naturaleza de una causa de atipicidad, con posterioridad no es posible asignar a la misma una naturaleza distinta —esto es, la de una causa de exclusión de la pena— para excluir la condena por tentativa inidónea*; salvo, claro está, que se pretenda concederle una naturaleza dual que, a mi entender, no tiene<sup>82</sup>. Por otro lado, resulta, cuando menos, curioso, por no decir extravagante, pensar que el legislador, al redactar el artículo 207 del Código, tuviese en mente que éste, precisamente, habría de servir para no imponer ninguna sanción en los supuestos de tentativa inidónea —sería para lo único que serviría su ubicación separada si se sostiene que la falsedad es elemento del tipo— cuando, como se sabe, a la vez, ha suprimido cualquier referencia a la misma en el Código —esto es, el antiguo artículo 52.2—, llegando a una solución de compromiso en el artículo 16.1 que, en principio, admite tanto la incriminación de la tentativa inidónea como su impunidad. Parecería, entonces, que el legislador no tenía claro si que-

ría sancionar o no la tentativa inidónea en general pero, sin embargo, que tuviese claro en los delitos contra el honor que la tentativa inidónea era un hecho antijurídico pero exento de pena. Tal conclusión no me parece lógica.

Por otra parte, es preciso advertir que si la conclusión respecto a la exención de pena por tentativa inidónea sería admisible, desde un punto de vista penológico, en el caso de las calumnias —*si, además, se admite esa naturaleza doble de la exceptio— en el supuesto de las injurias es inadmisibile*. En otros términos, en el caso de las injurias, cuando el hecho fuese objetivamente verdadero, pero imputado con "temerario desprecio hacia la verdad", siempre, o casi siempre, nos encontraríamos ante una tentativa *inidónea punible*<sup>83</sup> porque la *exceptio* sólo admite la prueba de la verdad en muy pocos y concretos supuestos. En el resto, reitero, habría de aplicarse la pena por tentativa inidónea<sup>84</sup>, *incluidos los supuestos de imputaciones deshonorosas, y objetivamente verdaderas, de hechos íntimos*<sup>85</sup> y, así tendríamos que llegar a la conclusión de que, en las injurias, la imputación de unos hechos objetivamente verdaderos, en unos casos, constituye tentativa inidónea impune y, en otros, tentativa inidónea punible.

A mi modo de entender, todas esas contradicciones e incoherencias anteriores se salvan atribuyendo a los conceptos de "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" —y como veremos, también, a la *exceptio veritatis*— una naturaleza dogmática distinta: *la de un elemento subjetivo específico del tipo, adicional y diverso del dolo genérico* —ya sea directo, ya eventual—<sup>86</sup>. Naturalmente, para llegar a esa conclusión es preciso sostener —como aquí se hace— que la falsedad no es un elemento del tipo objetivo; si aquella no es un elemento del tipo objetivo, el dolo no puede referirse a ella. En otros términos, el dolo requiere conocimiento y volición de los elementos del tipo; si en el tipo no se encuentra inscrito ese elemento objetivo, difícilmente el "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" pueden ser equiparados con el dolo directo y eventual respectivamente. Por otra parte, el conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad es un elemento subjetivo específico —muy distinto del tradicional *animus iniuriandi*<sup>87</sup>, y no calificable pro-

<sup>80</sup> Y aquí, a mi modo de entender, para llegar a la misma conclusión de exoneración de pena que en las calumnias, es imposible argumentar, *a fortiori*, que la tentativa inidónea no es punible en el nuevo Código Penal. A pesar de la supresión del artículo 52.2 del antiguo Código Penal, aquella figura, según la doctrina mayoritaria y una parte de la jurisprudencia, sigue siendo punible.

<sup>81</sup> En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 378 y ss.

<sup>82</sup> Que, sin embargo, Molina Fernández considera supuestos de tipo consumado, a pesar de admitir que la verdad objetiva excluye el tipo, y de sostener que cuando el hecho es objetivamente verdadero pero transmitido con temerario desprecio hacia la verdad nos encontramos ante una tentativa inidónea. Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 290-291.

<sup>83</sup> En este mismo sentido, *vid.* Vives Antón, T.S.: "Artículo 205", en Vives Antón, T.S. *et alii*. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1, cit., pág. 1031.

<sup>84</sup> Que, todavía hoy, se encuentra en la mayor de las nebulos-

<sup>80</sup> En mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 270.

<sup>81</sup> En este mismo sentido, y aceptando esa conclusión, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., pág. 275; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 378.

<sup>82</sup> *Cfr. infra*.

piamente como *animus* o motivo sino, más bien como actitud— cuyo contenido consiste en imputar un hecho sin saber si es verdadero o falso, es decir, sin haber comprobado antes su veracidad o *sin tener indicios racionales y objetivos de que pueda ser verdadero*; en definitiva, *la ausencia de una actitud positiva del sujeto activo hacia la veracidad de la información que transmite*<sup>88</sup>; y todo ello, con independencia de la objetiva falsedad o veracidad del hecho imputado<sup>89</sup>. Naturalmente, es posible cuestionarse a este respecto *en qué consiste el dolo en los delitos contra el honor*. Si, como aquí se sostiene, el honor se lesiona con independencia de que el hecho sea objetivamente verdadero o falso —es decir, se protege un honor aparente— *el contenido del dolo se reduce únicamente a conocer y querer directamente* —o aceptar, esto es, dolo eventual<sup>90</sup>, o hasta incluso se podría decir que simplemente conocer<sup>91</sup>— *que el hecho que se imputa lesiona el honor de una persona*<sup>92</sup> o, lo que es lo mismo, *que puede perjudicar su fama y, por tanto, sus relaciones con el resto del colectivo social en el cual se encuentra inmerso*. Si conoce esta circunstancia y, además, decide imputar el hecho, entonces nos encontraremos ante una imputación dolosa. Otra interpretación, en mi opinión, no resulta aceptable por las razones antedichas, salvo que —como veremos— se

pretenda una desprotección absoluta del honor frente a todas aquellas informaciones que sean objetivamente verdaderas, *aun no siendo de interés público* o que, como hemos visto, en las injurias, y en la mayoría de los supuestos, tengamos que aplicar una tentativa inidónea punible cuando el hecho sea objetivamente verdadero pero transmitido con “temerario desprecio hacia la verdad”. Y, por último, y no menos importante, la interpretación que aquí se propone es la única que resulta conciliable con la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la libertad de información: ésta sólo resulta prevalente frente al honor cuando la información, además de ser veraz, *es de relevancia pública*.

Por lo que respecta a las injurias, la postura aquí mantenida en orden a negar que la falsedad sea un elemento del tipo objetivo se demuestra por la circunstancia de que, cuando se imputa un hecho injurioso sin conocimiento de la falsedad o sin temerario desprecio hacia la verdad, el mismo no es constitutivo de *injuria grave* pero, *sí de una falta de injurias* del artículo 620.2<sup>93</sup>, aunque, algún autor no acepte esta conclusión, a pesar del tenor literal de los preceptos y del trámite parlamentario que los mismos siguieron, alegando que se trata de una incorrecta redacción del precepto<sup>94</sup>. *Si la verdad objetiva fuese una auténtica causa de exclusión de la tipicidad no nos encontraríamos ante una falta de injurias sino ante un hecho totalmente atípico*, tal y como se preveía en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal cuyo texto era sustancialmente distinto al que vio la luz tras la tramitación parlamentaria. En efecto, en el Proyecto de Ley —art. 200— se decía que “*solamente serán punibles las injurias... graves*”. Acto seguido, y al igual que el texto definitivo del Código, se señalaba que las que consistieran en la imputación de hechos no se considerarían graves salvo que fuesen llevadas a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. De lo cual cabía deducir dos cosas. La primera que la falta de injurias —a pesar de encontrarse recogida en el artículo 610.2<sup>o</sup> del Proyecto de Ley— se despenalizaba tácitamente por obra del precepto transcrito ya que, si se decía que sólo las graves serían punibles, a *sensu contrario*, las leves no lo serían y, por tanto, las imputaciones injuriosas hechas sin temerario desprecio hacia la verdad —fuesen de interés público o no— no serían punibles quedando, de esta forma, expedita la

sas. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 258 y ss.

<sup>88</sup> Sin duda, el Código Penal portugués, al sancionar la *difamação*, en el artículo 180.2 b), establece —de forma mucho más gráfica que el nuestro— lo que es el “temerario desprecio hacia la verdad”. En efecto, en aquel precepto se habla de “tener fundamento serio para, en buena fe, reputar verdadera” la imputación. No obstante, además, es preciso resaltar que en el Ordenamiento portugués, tanto la prueba de la verdad objetiva, como la de la verdad subjetiva —o buena fe—, *no operan nunca en sede de tipicidad*, sino en sede de causa de justificación, siempre y cuando, también, concurra un interés legítimo o, lo que es lo mismo, un interés público como se exige en el artículo 180.2 a). Al respecto, *vid.* Maia Gonçalves, M.: *Código Penal português. Anotado e comentado*, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, págs. 577 y ss.

<sup>89</sup> Considero necesario advertir que la calificación del “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como un elemento subjetivo específico del tipo, no conlleva la vuelta a la resolución del conflicto en sede de *animus*, como tradicionalmente hacia la jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Antes al contrario, en mi opinión, el conflicto ha de seguir resolviéndose en sede de causas de justificación. En mayor extensión sobre los fundamentos de esta conclusión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 258 y ss., y 429 y ss.

<sup>90</sup> Que será el que concurra en la mayoría de los supuestos. Dudo mucho que, por ejemplo, un periodista cuando difunda una información deshonrosa referente a un personaje público o privado quiera directamente lesionar su honor o perjudicar su fama aunque, *eventualmente* si acepta que se produzca esa lesión.

<sup>91</sup> Puesto que no faltan quienes sostienen que el contenido del dolo típico en general se encuentra integrado únicamente por el elemento cognoscitivo sin necesidad de constatar la presencia de un elemento volitivo. En mayor extensión sobre esta última cuestión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 339 y ss. Así, por ejemplo, sosteniendo que en el caso de los delitos contra el honor el dolo típico se encuentra únicamente integrado por el “conocimiento... de que la expresión que se profiere es ofensiva”, *vid.* Vives Antón, T.S.: “Artículo 205”, en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., pág. 1031.

<sup>92</sup> En este mismo sentido, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., pág. 117; también, *vid.* Vives Antón, T.S.: “Artículo 205”, en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., pág. 1031.

<sup>93</sup> A grandes rasgos se puede decir que el Código en el artículo 208 distingue entre injurias graves y leves indicando que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves”. Sin embargo, respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos —que son las que aquí nos ocupan— el texto legal añade expresamente que “*no se considerarán graves*, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. En otros términos, las imputaciones de hechos deshonrosos que en el concepto público sean tenidas por graves, si se realizan conociendo que el hecho es verdadero o habiéndolo comprobado diligentemente, a *efectos penales nunca se considerarán graves*, es decir, *no se considerarán delito*, lo que no significa que no sean punibles habida cuenta que pueden ser consideradas como leves, es decir, constitutivas de una falta de injurias del artículo 620.2<sup>o</sup>. En este mismo sentido, *vid.* Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 1125.

<sup>94</sup> Así, *vid.* los pronunciamientos de Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 293.

vía civil para la sustanciación de las mismas. Como podemos observar, el actual texto del Código no abona el sostenimiento de esa misma conclusión.

De la misma forma, sostener que la falsedad objetiva es un elemento del tipo de los delitos contra el honor, *conduce a tratar dogmáticamente de igual forma comportamientos que valorativamente no son idénticos*. Me refiero a aquellos casos en que se imputa un hecho deshonoroso sabiendo que es objetivamente verdadero o habiéndolo comprobado, y a aquellos otros supuestos en los cuales se imputa ese mismo hecho deshonoroso sin saber si se trata de un hecho verdadero o falso (es decir, sin comprobarlo) o, incluso se cree que es falso y, con posterioridad, por suerte, por puro azar, se demuestra que es verdadero. *Si la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo, en ambos casos habría que concluir en la atipicidad de la conducta por inexistencia de lesión del bien jurídico honor*. En otros términos, en el ejemplo transcrito con anterioridad, y referido a una imputación al presidente del Gobierno, recibiría el mismo tratamiento la imputación realizada por el periodista que tiene una intuición y la publica, que aquel otro que tiene noticias de ese hecho y, no obstante, lo investiga y llega a la conclusión de que es cierto. En ambos casos, y de ser la falsedad objetiva un elemento del tipo, habría que concluir que las dos conductas merecen dogmáticamente idéntico tratamiento: la atipicidad por no existir lesión del bien jurídico y, en consecuencia, la impunidad. Como acertadamente señala Vives Antón, en este caso “no se entiende muy bien cómo un hecho futuro, incierto e independiente de la voluntad del autor (el hecho de que se produzca en juicio una prueba de la verdad de la imputación suficiente para lograr la convicción del Tribunal) puede, a posteriori, excluir la tipicidad de la conducta”<sup>95</sup>. En efecto, podrá excluir otro elemento del delito —esto es, la pena— pero, en modo alguno, la tipicidad. Pensemos, por ejemplo, qué ocurriría en el delito de hurto si en el juicio el acusado, que obró con ánimo de lucro, devolviese la cosa a su propietario ¿habría que decir, también, que se ha excluido la tipicidad, esto es, la lesión del patrimonio? Parece que no, y eso mismo es lo que ocurriría en los delitos contra el honor. Entonces, ¿por qué se predica esa solución respecto de los delitos contra el honor y no respecto del hurto? En mi opinión, porque no se procede a un análisis jurídico-dogmático y sistemático coherente.

Naturalmente, es posible objetar frente a esta última conclusión que la postura que aquí se sostiene, aunque dogmáticamente no diese el mismo tratamiento a las conductas descritas, en realidad, y desde un punto de vista penológico, llegaría a la misma conclusión: la impunidad de ambas en aplicación de la *exceptio veritatis*. Esta deducción es, sólo en parte, cierta. En efecto, si la solución final en relación a la sanción penal es idéntica en las calumnias, no lo es en las injurias. En estas últimas, la operatividad de la *exceptio* es mucho más redu-

cida<sup>96</sup> y, por tanto, no se llegaría siempre a las mismas conclusiones penológicas. Pero, en el ámbito de las calumnias tampoco el resultado jurídico final es idéntico. Así, en los supuestos en que exista temerario desprecio hacia la verdad, y la imputación sea objetivamente verdadera, no habrá sanción penal pero, sin embargo, esa conducta estará sujeta a responsabilidad civil<sup>97</sup>.

Si distinguimos entre calumnias e injurias, la consideración de la falsedad objetiva como un elemento típico objetivo de estas últimas conduce a resultados altamente insatisfactorios porque *relativiza enormemente la protección otorgada constitucionalmente al derecho al honor*<sup>98</sup>.

En efecto, con esa postura, la imputación de cualquier hecho injurioso objetivamente verdadero —sea o no de interés público— será atípica<sup>99</sup>. Es decir, se permitiría difundir cualquier información deshonorosa, y objetivamente verdadera, sin atender a si la misma realmente contribuye a formar la opinión pública<sup>100</sup>.

Así, por ejemplo, tendría el mismo tratamiento la difusión de un hecho objetivamente verdadero y de relevancia pública que, la difusión de un hecho, también objetivamente verdadero y atinente a la intimidad de una persona privada. En ambos supuestos, y de considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo, nos encontraríamos ante comportamientos atípicos. En definitiva, *sería legítimo difundir cualquier tipo de información verdadera, con independencia de si la misma posea interés*

<sup>95</sup> Precisamente para evitar, como veremos, la impunidad de la imputación de hechos objetivamente verdaderos y carentes de cualquier tipo de relevancia pública, *cfr. infra*.

<sup>97</sup> Al respecto, y en mayor extensión sobre esta última conclusión, *cfr. infra*, cuando me refiera a la naturaleza dogmática de la *exceptio veritatis*.

<sup>98</sup> A este respecto habría que decir que más de lo que se encuentra hasta ahora. Últimamente en la doctrina suele ser una cuestión recurrente la de denunciar el enorme grado de relativización a que esta sometida la protección del derecho al honor (así, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, págs. 11 y ss.; Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, especialmente págs. 177 y ss., nota nº 20). Este hecho se debe, en algunos casos, a la presión ejercida por los medios de comunicación de masas frente a la judicatura y, en otros, a mi juicio, a una mala comprensión y aplicación por los operadores jurídicos —y más en concreto los tribunales— de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en esta materia. En mayor extensión respecto a esta última cuestión, *vid. Muñoz Lorente, op. ult. cit., ibidem*, también, Muñoz Lorente, J. *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995, cit.*, págs. 181 y ss., especialmente, págs. 190 y ss., en las que se ponen de relieve cuales son, a mi entender, las claves del debate y cuales han de ser los caminos por los que ha de discuir aquél. Estos, en esencia, se centran, no en exigir una mayor protección del derecho al honor, ni en reclamar un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Constitucional, sino en resolver los conflictos entre las libertades del artículo 20 y el derecho al honor de forma que este último no salga más perjudicado de lo que ya está. Esta circunstancia se hará efectiva si los operadores jurídicos toman conciencia real de como ha de aplicarse correctamente la jurisprudencia constitucional.

<sup>99</sup> En mayor extensión al respecto, *vid. Muñoz Lorente, J. “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, cit.*, págs. 184 y ss. Críticamente y reconociendo esta misma conclusión, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pág. 121; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, 4ª edición, *cit.*, pág. 17-18.

<sup>100</sup> Sobre los supuestos en que se produce esa contribución a la formación de la opinión pública, esto es, sobre el concepto de asuntos de interés público, *in extenso, vid. Muñoz Lorente, J.: La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995, cit.*, págs. 160 y ss.

<sup>95</sup> Vives Antón, T.S. en Vives Anton/Boix Reig *et alii*. Derecho Penal. Parte especial. 1ª edición, *cit.*, pag. 684. La cursiva es mía

público o no; y, si se me permite la licencia, y como ya he señalado en otro lugar, ¡queda abierta la veda!: podemos decir de nuestros amigos, vecinos, compañeros, políticos, etc., todo lo que queramos, *incluidos los más íntimos aspectos de su vida*, siempre y cuando nos cercioremos o tengamos unos mínimos indicios racionales de que lo que decimos es cierto<sup>101</sup>. Por tanto, los conflictos entre la libertad de información y el honor se resolverían únicamente atendiendo a la veracidad del hecho imputado *sin tener en cuenta la relevancia pública que pudiera tener la información* cuando, en realidad, y como señala Carbonell Mateu, es precisamente en el criterio del interés público —más que en el de la verdad— en el que se sustenta o fundamenta la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor<sup>102</sup>. Todo lo cual contrastaría, además, de modo absoluto, con la asentada y clara jurisprudencia que al respecto mantiene el Tribunal Constitucional porque, no olvidemos que la libertad de información prevalece sobre el honor *únicamente cuando concurren dos factores: la veracidad y el interés público* de una información, *pero no cuando concurre la veracidad*<sup>103</sup>. Criterios estos que, además, el propio Código Penal asume en la redacción de los artículos 207 y 210 del Código Penal —la denominada *exceptio veritatis*—. Esta última, sólo resulta operativa cuando, además de ser el hecho verdadero, es de *interés público*<sup>104</sup>. De ello se deduce que *el espíritu del Código no es el de considerar impunes todo tipo de informaciones verdaderas* sino, sólo aquellas que, además, posean alguna clase de relevancia pública<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", *cit.*, pág. 185.

<sup>102</sup> Así, *vid.* Carbonell Mateu, J.C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal", *cit.*, pág. 114.

<sup>103</sup> Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 148 y ss.; también, Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", *cit.*, págs. 175 y ss.

<sup>104</sup> En el caso de la calumnia la *exceptio veritatis* operará siempre porque la imputación de un delito es un hecho de innegable interés público. Sin embargo, en el caso de la injuria, aquella figura solo operará en determinados casos que, en definitiva, no son más que casos de relevancia pública: la imputación de hechos a funcionarios relacionados con el ejercicio de su función y la comisión de faltas penales o infracciones administrativas. En este punto, el Código Penal portugués resulta mucho más claro porque *sólo admite la prueba de la verdad objetiva o subjetiva de la imputación* cuando el hecho imputado, además, sea de interés público. En cualquier otro caso no cabe tal prueba, ni de la verdad objetiva, ni de la verdad subjetiva. Así, *vid.* artículo 180.2 del referido texto y, en mayor extensión, Maia Gonçalves, M.: *Código Penal portugués. Anotado e comentado*, 10ª edición, *cit.*, págs. 580-581.

<sup>105</sup> En sentido contrario al aquí expuesto y considerando que la decisión del legislador ha sido la de no utilizar el instrumento penal en los supuestos de imputación de hechos objetivamente verdaderos y carentes de interés público, *vid.* Alvarez García, J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 121 y ss., especialmente, pag. 123. En su opinión, en estos casos queda expedita la vía civil para su protección. A mi juicio, *de la lectura de los debates parlamentarios y de la Disposición Final 4ª del nuevo Código* —que establece una nueva redacción para algunos de los preceptos de la Ley Orgánica 1/1982— se deduce que la pretensión del legislador fue la de equiparar el injusto civil y penal contra el honor. En otros términos, su pretensión fue la de que por ambas vías se llegase a idénticas conclusiones y soluciones y, en consecuencia, se puede decir que el legislador penal decidió utilizar el instrumento

Sin embargo, no faltan quienes, a pesar de sostener que la falsedad es un elemento del tipo, contradictoriamente, mantienen que cuando nos encontremos ante imputaciones objetivamente verdaderas, y atinentes a la intimidad, esto es, sin relevancia pública, el tipo está consumado<sup>106</sup>. Se trata de una opinión que, naturalmente, tiene que corregir su punto de partida inicial —esto es, que el honor no se lesiona cuando se imputan hechos objetivamente verdaderos— para solucionar casos concretos —esto es, la sanción de las imputaciones *verdaderas* de hechos íntimos— y, por tanto, como sostiene Gimbernat Ordeig, esto demuestra que se trata de una opinión puramente subjetiva, cuyo carácter científico parece dudoso<sup>107</sup> y, como veremos, *lleva a consecuencias prácticas todavía más incoherentes porque convierte en antijurídicas todas las imputaciones de hechos íntimos, sean o no deshonorosas*. En efecto, para establecer esa distinción de tratamiento entre hechos íntimos —cuya verdad objetiva no excluiría la tipicidad— y aquellos otros que no son de tal naturaleza —cuya verdad objetiva sí excluiría la tipicidad objetiva—, y para fundamentar la no aplicación de la *exceptio veritatis/causa de atipicidad* en los supuestos de hechos íntimos se argumenta que la razón principal estriba, no "como es habitual, en una defensa del honor, que no se ve afectado por imputaciones que sean completamente verídicas, sino del bien jurídico intimidad" y, se añade que "al encuadrarse en la injuria también la imputación verdadera de hechos que afectan a la intimidad del sujeto se está en realidad reconociendo que en este tipo se protege también como bien jurídico la intimidad"<sup>108</sup>. En mi opinión, de esta argumentación se deduce, en primer lugar, que la imputación de hechos íntimos *que no lesiona el honor* es típica —observemos cómo se señala expresamente que toda imputación verdadera no afecta al honor pero las íntimas se encuadran en la injuria— y, en segundo lugar, que la intimidad, en los delitos contra el honor, *no se protege a través del honor* sino que parece ser un ente o bien jurídico autónomo e independiente dentro de aquéllos. La cuestión que se puede plantear, entonces, es ¿cómo se pueden proteger las imputaciones de hechos verdaderos e íntimos a través de los delitos contra el honor *sin que exista lesión del honor*? Me parece, cuando menos, una *contradictio in terminis* otorgar protección frente a conductas *que no lesionan el honor* a través de los delitos contra el honor! A este respecto, y en relación a la imputación de hechos verdaderos e íntimos, me parecería mucho más coherente aplicar la solución de la tentativa inidónea, que ya deseché. A mi entender, con esa construcción se pone de relieve una confusión de planos. Es cierto que, en muchos casos, la intimidad se protege a través del honor: cuando el hecho difundido, además de ser íntimo, es deshonoroso, *pero*

penal, incluso, para los casos de imputaciones de hechos verdaderos y carentes de relevancia pública.

<sup>106</sup> Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", *cit.*, págs. 290-291.

<sup>107</sup> Así, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, *cit.*, págs. 110 y ss., especialmente, págs. 114 y ss.

<sup>108</sup> Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", *cit.*, págs. 290-291. La cursiva es mía.

no cuando no es deshonroso por muy íntimo que sea. En otros términos, para poder proteger la intimidad a través del honor es preciso que el hecho íntimo difundido afecte también al honor.<sup>109</sup> Pero, es necesario precisar que para que nos encontremos ante una lesión de la intimidad, el hecho imputado siempre habrá de ser objetivamente verdadero: si es falso no se difunde algo que el sujeto pretende que permanezca extramuros del conocimiento general, en todo caso, cuando sea falso se podrá afectar a su honor pero no a su intimidad. Si, como se sostiene expresamente, la difusión de hechos verdaderos no afecta al honor<sup>110</sup> es, pues, imposible sancionar esas conductas atentatorias, únicamente a la intimidad, a través de los delitos contra el honor. Pensemos, por ejemplo, que se difunde una información en la que se dice que una persona tiene cáncer, que determinado personaje público utiliza una concreta marca de papel higiénico o que siempre lleva la ropa interior con estampados de flores o que en su casa friega los platos; en estos supuestos se afecta a la intimidad pero, en modo alguno, al honor: es imposible aplicar el tipo de injurias porque no existe ninguna lesión del honor, al contrario de lo que parece pretender Molina Fernández<sup>111</sup>: según sus argumentaciones, no son hechos deshonrosos porque son verdaderos, pero sí íntimos. Luego en su opinión deberían ser punibles. Sin embargo, consideremos otros ejemplos en los cuales la información consiste en difundir que determinada persona tiene SIDA o es aficionado a prácticas sexuales zoofílicas; en estos casos, además de la intimidad —que recordemos, ha de ser siempre una imputación verdadera—, se lesiona el honor y, por tanto, sí deben ser protegidos penalmente; pero reitero, se trata de hechos objetivamente verdaderos que lesionan el honor, ergo parece que la falsedad no puede ser elemento del tipo objetivo. De un estudio conjunto de los delitos contra el honor y los delitos contra la intimidad se deduce claramente que el legislador no ha querido proteger penalmente los atentados a la intimidad que, además, no conlleven un atentado al honor, excepción hecha de los recogidos en el artículo 199 del Código (por ejemplo, empleada del hogar que difunde datos íntimos sobre sus empleadores), encomendando su tutela únicamente al ámbito civil a través de la Ley Orgánica 1/1982. En efecto, en el ámbito penal están desprovistas de protección todas las imputaciones de hechos íntimos, y no deshonrosos, salvo que la información sobre las mismas haya sido obtenida a través de alguno de los medios tipificados en los artículos 197 y ss. del Código, de los que se deduce, como señala Gómez Benítez, “una muy insuficiente y primitiva protección penal de la intimidad”<sup>112</sup>. Pero, a mi modo de entender, esa deficiente y tosca protec-

ción de la intimidad en el Código, no autoriza a sancionar, a través de los delitos contra el honor, la difusión de informaciones íntimas y verdaderas que no lesionen el honor.

De la misma forma, si la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo, los artículos 207 y 210 del Código Penal —es decir, la *exceptio veritatis*— resultarían totalmente superfluos o reiterativos<sup>113</sup>. En este sentido, y realizando una interpretación teleológica y lógico-sistemática<sup>114</sup>, habría que preguntarse por que o para qué el Código introduciría estos preceptos consistentes en la prueba de la verdad objetiva del hecho imputado si, como se dice por algunos analistas, ya está previsto en el tipo ¿para aclarar que la falsedad objetiva es un elemento del tipo o que la verdad objetiva excluye el tipo? Creo que no, entre otras circunstancias, porque se trataría de un técnica legislativa bastante defectuosa, además de tortuosa e incoherente, al especificar elementos del tipo en artículos posteriores pudiendo hacerlo —si realmente esa hubiese sido el propósito del legislador—, sin ningún género de dudas, en el mismo tipo como, por otro lado, se hacía en el artículo 453 del antiguo Código respecto de la calumnia, no así en relación a la injuria<sup>115</sup>. Por tanto, para darle alguna operatividad y poder decir que no se trata de preceptos superfluos, o que el legislador ha utilizado un camino considerablemente tortuoso para definir el tipo, hay que atribuir a los mismos otra naturaleza jurídica distinta.

Ahora bien, es preciso cuestionarse cuál es esa naturaleza jurídica. En mi opinión, ambos preceptos no son otra cosa que causas de exclusión de la pena<sup>116</sup> que operarán en aquellos supuestos en que

<sup>113</sup> De opinión contraria, considerando que no se trata de preceptos reiterativos, a pesar de sostener que la falsedad objetiva es un elemento del tipo, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 276, quien parece atribuirles, como vimos, una naturaleza dual, ya como causa de atipicidad, ya como causa de exclusión de la pena aplicable solo a los supuestos de tentativa inidónea, cuyas consecuencias ya tuvimos ocasión de analizar, *cf. supra*. Por el contrario, manteniendo que la verdad objetiva es una causa de atipicidad pero afirmando que los preceptos que contienen la *exceptio* son “una clara reiteración”, *vid.* Carmona Salgado, C.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 472, 475 y 484, también, *vid.* Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 1124, quien también sostiene que la falsedad objetiva es un elemento del tipo objetivo, pero señalando que la previsión de la *exceptio veritatis* “es desacertada por innecesaria: se hereda sin corregir un error de la legislación anterior” y, en consecuencia, posteriormente (pág. 1129) propugna su supresión. Que no se trata de un herencia de la legislación anterior lo hemos podido comprobar al analizar los debates parlamentarios y, por tanto, la innecesariedad de esa supresión, al menos desde un punto de *lege data*, *cf. supra*.

<sup>114</sup> Esto es, una interpretación que procura superar las posibles reiteraciones o contradicciones entre los diversos preceptos penales. Al respecto, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, *cit.*, pág. 51.

<sup>115</sup> Por eso, como vimos —*cf. supra*—, se sostenía que en el antiguo Código Penal se protegían y coexistían dos clases de honor: uno el de la calumnia y otro el de la injuria.

<sup>116</sup> Desde determinados sectores doctrinales se critica esta interpretación por entender que la calificación como una causa de exclusión de la pena no puede hacerse arbitrariamente sino que es necesario “demostrar que esta circunstancia no afecta ni a la antijudicialidad del hecho ni a la culpabilidad del autor” y, puesto que la falsedad objetiva afecta al núcleo de la antijudicialidad del hecho, la *exceptio veritatis*, al menos en la calumnia, no puede ser mas que una causa de atipicidad (así, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 276, quien, no obstante, y como ya vimos atribuye a la *exceptio veritatis* una naturaleza doble: causa de atipicidad y, a la vez, causa de ex-

<sup>109</sup> En este mismo sentido, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: “Contra el delito de difamación”, en Gimbernat Ordeig, E.: *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pag. 72.

<sup>110</sup> Así, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 290-291.

<sup>111</sup> Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 290-291.

<sup>112</sup> Gómez Benítez, J.M.: “La protección penal del derecho a la intimidad”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, Madrid, 1994, pag. 355.

concurra un *error inverso acerca de la justificación*<sup>117</sup> Es decir, únicamente operarán —excluyendo la pena— cuando se impute un hecho deshonesto y objetivamente verdadero sin saber que era verdadero, o sin haber procedido a hacer las pertinentes y diligentes comprobaciones que llevasen al informador a la convicción de que lo que transmitía era verdadero. En otros términos, los preceptos que contienen la *exceptio veritatis* sólo resultarán aplicables cuando la imputación se haga con temerario desprecio de la verdad o creyendo que el hecho era falso y, posteriormente, por suerte, se demostró que era verdadero<sup>118</sup>. El legislador, por motivos político-criminales, ha considerado que —en determinados supuestos de interés público<sup>119</sup>— no ha de imponerse una pena a quien transmitió un hecho que por suerte fue objetivamente verdadero<sup>120</sup> y que, en definitiva, contribuye a formar la opinión pública<sup>121</sup>, aunque lo haya hecho con temerario desprecio hacia la verdad o creyendo que lo que transmitía era objetivamente falso porque, en definitiva, por puro azar, efectivamente ha contribuido a formar la opinión pública<sup>122</sup>.

clusión de la pena). Es preciso advertir que aquí, en modo alguno, se atribuye a la *exceptio veritatis*, de manera arbitraria, la calificación como causa de exclusión de la pena sino que, a mi entender, existen notables fundamentos para ello (en mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 342 y ss., y especialmente, págs. 365 y ss.) precisamente derivados de la constatación de que la *exceptio veritatis* no afecta ni al injusto ni a la culpabilidad. Antes al contrario, ambos concurren en toda su intensidad. A mi juicio, lo que es preciso demostrar es lo contrario: que la falsedad objetiva afecta a la antijuridicidad del hecho. Y ello, en modo alguno, resulta probado porque, en primer lugar, la misma no se exige en el texto del Código, en segundo lugar, la alusión al temerario desprecio hacia la verdad dificulta esa consideración, y, por último, de la lectura de los debates parlamentarios expresamente se deduce la interpretación contraria. Una conclusión distinta al respecto no hace sino convertir al intérprete en legislador, además de mostrar que nuestros legisladores de 1995 utilizaron un técnica legislativa muy deficiente, fueron reiterativos y, como ya he señalado con anterioridad, emplearon un camino tremendamente tortuoso para definir el tipo cuando, sin duda, existían otros caminos mucho más fáciles para introducir expresamente la falsedad en el tipo. Si no se hizo así fue porque la intención, consciente, del legislador fue otra muy distinta, esto es, la de considerar que la falsedad objetiva no es un elemento del tipo.

<sup>117</sup> En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 342 y ss.

<sup>118</sup> Esto último —creencia de que lo que se imputa es falso cuando, en realidad, es objetivamente verdadero— no es más que “temerario desprecio hacia la verdad” y no, como habitualmente se pretende, “conocimiento de la falsedad”. Si un hecho no es objetivamente falso, muy difícilmente se puede “conocer” que es falso. Por eso, quien difunde un hecho creyendo que es falso y, con posterioridad, resulta ser verdadero, no actúa con “conocimiento de la falsedad” —porque esta no existe—, sino con “temerario desprecio hacia la verdad”.

<sup>119</sup> Como lo son la imputación de un delito o los contenidos en el artículo 210 del Código.

<sup>120</sup> Es decir, aunque exista un desvalor de acción y un desvalor de resultado. En otros términos, aunque nos encontremos ante un delito totalmente consumado y respecto del cual no concurre ninguna causa de justificación.

<sup>121</sup> Además de al interés público porque, por ejemplo, ha contribuido, en el caso de la calumnia, al descubrimiento de la comisión de un delito o, en el de la injuria, a poner de relieve, verbigracia, un mal funcionamiento de la Administración pública llevado a cabo por el funcionario en cuestión.

<sup>122</sup> De opinión contraria, y considerando que no se entiende por qué el legislador introduzca esta cláusula de exención si, según se afirma, el hecho se encuentra típicamente perfecto y es antijurídico además de culpable, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 276. A mi entender, la respuesta es clara: como ya he señalado en el texto, por motivos político-criminales como, por otra parte, ocurre en todas aquellas causas de exclusión de la pena contenidas en el Código (en mayor ex-

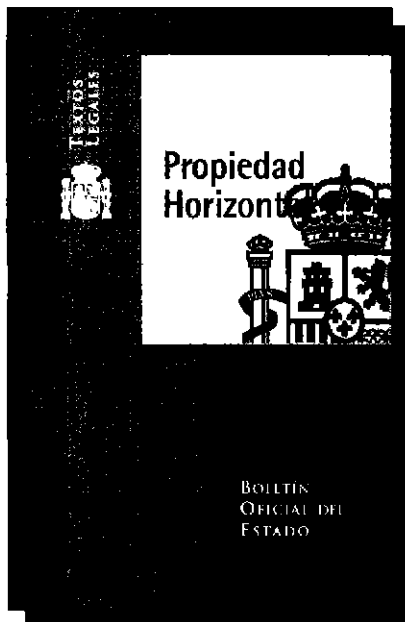
Desde el punto de vista del profano, aparentemente ambas soluciones —*exceptio veritatis* como causa de atipicidad o como causa de exclusión de la pena— son igualmente válidas porque confluyen en la misma solución: la ausencia de sanción penal; en consecuencia, para quien sea lego en Derecho, la construcción que acabo de realizar no sería más que un puro divertimento mental o un juego intelectual sin mayor significación práctica porque, en definitiva, sea o no la falsedad un elemento del tipo, o sea la *exceptio veritatis* una causa de atipicidad o de exclusión de la pena, cuando se difunde un hecho objetivamente verdadero no se le impone al sujeto ninguna pena. Sin embargo, para el estudioso del Derecho, y para todos los operadores jurídicos, no debe ser así<sup>123</sup> porque, no sólo desde el punto de vista dogmático, sino, también, práctico, ambas soluciones son, sólo en apariencia, idénticas, precisamente, por dos razones fundamentales:

— La primera porque, desde el punto de vista dogmático-penal, no puede merecer idéntica valoración la conducta de imputar un hecho objetivamente verdadero sabiendo que lo es —ya por haber sido testigo directo del mismo, ya por haber realizado las pertinentes comprobaciones—, que la de aquel otro sujeto que no sabe si lo que está imputando es verdadero o falso o, incluso, lo cree falso y, posteriormente, por suerte se demuestra que era verdadero. Frente al Derecho, ambas conductas, en mi opinión, son sustancialmente diversas y, por tanto, merecen una muy distinta valoración jurídica. Esta última sólo se consigue atribuyendo a la *exceptio veritatis* la naturaleza jurídica de una causa de exclusión de la pena y no la de una causa de atipicidad. Negar esta conclusión conlleva, también, negar las diferencias dogmáticas existentes, por ejemplo, entre autor y cooperador necesario o entre dolo directo y eventual.

— La segunda, porque también tiene importantes consecuencias prácticas en lo referente a la responsabilidad civil. No olvidemos que en esta materia, y fundamentalmente en el ámbito de los medios de comunicación —que es donde con más frecuencia se cometen esta clase de delitos— suele sobresaltar más la posible condena al pago de una indemnización —que, además, acostumbra a ser sustanciosa— que la amenaza que representa la eventual sanción penal constitutiva de privación de libertad o de multa. Entre otras circunstancias, ello se debe a que el artículo 212 del Código declara como responsable civil solidario al medio de comunicación. Si la *exceptio veritatis* es una causa de exclusión de la pena, por mucho que lo imputado sea objetivamente verdadero y se ex-

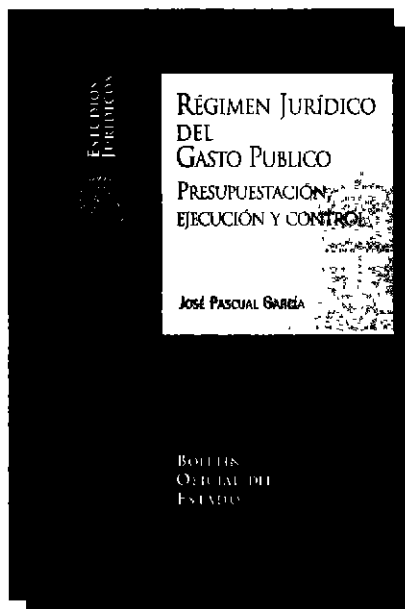
tensión sobre el fundamento de las causas de exclusión de la pena, *vid.* Higuera Guimera, J.F.: *Las excusas absolutas*, Marcial Pons, Madrid, 1993, *passim*). Así, por ejemplo, baste recordar la causa de exención de la pena por parentesco recogida en el artículo 268 del Código respecto de los delitos patrimoniales; o las recogidas en los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 respecto de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; o en el artículo 427 respecto de la denuncia del cohecho; o en el artículo 462 respecto del falso testimonio; el 480.1 respecto del delito de rebelión. Todas ellas se aplican, como todas las causas de exclusión de la pena, cuando nos encontramos ante un hecho típico, antijurídico y culpable.

<sup>123</sup> En esta mismo sentido, *vid.* Roxin, C.: “Causas de justificación, causas de inculpatibilidad y otras causas de exclusión de la pena”, Cuadernos de Política Criminal, nº 46, 1992, *passim*.



## PROPIEDAD HORIZONTAL

15ª edición (abril 1999)  
207 páginas. PVP: 980 pesetas



## OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN TEXTOS LEGALES

### CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

12ª edición (15 abril 1999), 240 páginas. PVP: 1.250 pesetas

### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

8ª edición (mayo 1999), 574 páginas. PVP: 2.400 pesetas

### ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

6ª edición (julio 1998, actualizada a febrero 1999), 1.150 páginas. PVP: 3.700 pesetas

### CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

15ª edición (febrero 1999), 696 páginas. PVP: 2.700 pesetas

### PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

2ª edición (abril 1999), 560 páginas. PVP: 2.000 pesetas

### LEY Y REGLAMENTO HIPOTECARIOS

11ª edición (mayo 1999), 828 páginas. PVP: 3.000 pesetas

## DE PRÓXIMA APARICIÓN

### CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1ª edición (31 marzo 1999). Códigos

### CÓDIGO DE SANIDAD Y CONSUMO

Edición actualizada a diciembre 1998

Edición conjunta en papel y CD-ROM: 47.000 pesetas

Edición en CD-ROM: 25.000 pesetas

Anexo de actualización en CD-ROM para los que posean el Código, previo intercambio del CD-ROM anterior: 10.000 pesetas

## COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

### RÉGIMEN JURÍDICO DEL GASTO PÚBLICO. PRESUPUESTACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL

José Pascual García

1ª edición (enero 1999), 792 páginas. PVP: 4.500 pesetas

### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. 3ª edición

José Pascual García

Edición cerrada a enero de 1999, 436 páginas. PVP: 3.500 pesetas

cluya la sanción penal, llevará aparejada la obligación de indemnizar civilmente<sup>124</sup> en la medida en que aquella figura dogmática no afecta al injusto —es decir, nos encontramos ante un hecho antijurídico—<sup>125</sup> Si se considera un causa de atipicidad no procederá la indemnización civil pero, sin embargo, el lesionado podría dirigir su acción hacia esta última vía en la que sí obtendría la referida indemnización<sup>126</sup>. No obstante, esta última conclusión ha ser matizada porque, al menos en el caso de las injurias, y de mantenerse que la verdad objetiva es una causa de atipicidad, también cabría la responsabilidad civil. En efecto, recordemos que en estos casos, muy frecuentemente, nos encontraríamos siempre ante una tentativa inidónea punible que, como hecho antijurídico que es, también daría lugar a responsabilidad civil<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> En este sentido, por todos, *vid.* Higuera Guimera, J.F.: *Las excusas absolutoras*, *cit.*, págs. 14, 19, 78 y 125, quien expresamente pone de relieve que, puesto que las excusas absolutoras no excluyen la antijuridicidad del hecho, darán lugar a responsabilidad civil.

<sup>125</sup> Conclusión ésta en torno a la responsabilidad civil que, en mi opinión, resulta totalmente compatible con la protección ofrecida en el ámbito civil al derecho al honor. En otros términos, por la vía civil o penal se llegaría a idéntica solución: la obligación de indemnizar. En efecto, en el orden civil, y puesto que no nos encontramos ante el ejercicio legítimo de la libertad de información —al no concurrir una comprobación diligente de los hechos imputados— la consecuencia lógica es que se condene al informador a indemnizar al lesionado por haber llevado a cabo una conducta totalmente descuidada. Se podría pensar que el hecho de que la información fuese objetivamente verdadera eliminaría, también, la responsabilidad civil a través de la LO 1/1982, como parece pretender, por ejemplo, Pantaleón Prieto. En efecto, este autor considera que “la Constitución no requiere que la falsedad del hecho imputado figure como elemento del tipo de los delitos contra el honor, siempre que la objetiva veracidad del mismo sea causa de justificación”, así, *vid.* Pantaleón Prieto, F.: “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *cit.*, pág. 2. Parece que de estas últimas palabras es posible deducir que la verdad objetiva, no acompañada de una comprobación diligente, justificara, en todo caso, la conducta; no dando, en consecuencia, lugar a una indemnización civil habida cuenta que el hecho no sería antijurídico. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión ha de ser distinta porque el Tribunal Constitucional, para justificar la conducta lesiva del honor, siempre ha puesto más el acento en la presencia de la veracidad subjetiva que en el de la verdad objetiva. Es decir, siempre ha considerado mucho más importante la presencia de una diligente comprobación de la información, que la de una efectiva verdad objetiva de la misma (así, por ejemplo, *vid.* SSTC 15/1993, de 18 de enero, fundamento jurídico 2º; 320/1994, de 28 de noviembre, fundamento jurídico 3º; 6/1996, de 16 de enero, fundamento jurídico 3º; 190/1996m de 9 de diciembre, fundamento jurídico 3º; 51/1997, de 21 de marzo, fundamentos jurídicos 5º y 6º). Por lo tanto, no es desacertado pensar que, incluso en el ámbito civil, concurra la condena, a pesar de ser el hecho objetivamente verdadero, si no se encuentra presente la diligente comprobación de la información que, al fin y al cabo, es la que nos informa de la presencia del elemento subjetivo de justificación (en mayor extensión sobre este último y la naturaleza dogmática de la diligente comprobación de la información en el ámbito de la causa de justificación, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 321 y ss., y 422 y ss.). Salvo error u omisión por mi parte, no existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en la que, siendo la información objetivamente verdadera, se haya condenado al informador por falta de una diligente comprobación. No obstante, esta circunstancia puede deberse a que cuando la información es objetivamente verdadera es muy difícil probar, en la mayoría de los casos, que no ha habido una mínima diligencia. Sin embargo, puede haber supuestos en que se llegue a probar ese extremo y, en mi opinión, en el ámbito penal procedería aplicar la exención de pena contenida en la *exceptio* y condenar al pago de la consiguiente indemnización civil. La misma solución habría de darse en el ámbito civil.

<sup>126</sup> Como ya he indicado en la nota anterior.

<sup>127</sup> *Cfr. supra.*

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente análisis creo haber aportado algunos argumentos para intentar demostrar cómo, tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, tanto en el delito de calumnia como en el de injuria, la falsedad objetiva de una información, ni es, ni puede ser, un elemento del tipo objetivo.

En primer lugar, no lo es porque el Código no sólo no la exige expresamente sino porque, además, la rechaza de plano al considerar típicas todas aquellas informaciones transmitidas con “temerario desprecio hacia la verdad”. Este último elemento puede estar presente, tanto si la información transmitida es objetivamente verdadera, como si es objetivamente falsa puesto que, además, el Código no hace referencia al temerario desprecio *hacia la falsedad* sino *hacia la verdad* de lo transmitido. Si esto es así, es preciso concluir en que la falsedad objetiva de la información no puede ser nunca considerada un elemento del tipo objetivo.

Pero, de la misma forma, la falsedad objetiva no puede —ni debe— ser considerada un elemento del tipo porque conduce a tratar dogmáticamente de la misma forma comportamientos que no merecen idéntica valoración. En efecto, la consideración de aquella como elemento del tipo objetivo equipara en cuanto a su tratamiento dogmático y práctico las conductas de transmitir una información objetivamente verdadera habiéndolo hecho con o sin temerario desprecio hacia la verdad. En otros términos, equipara la conducta del sujeto que transmitió una información tras comprobarla diligentemente con la de aquel otro que transmitió esa misma información sin realizar dicha comprobación aunque, por suerte, posteriormente resultó ser verdadera. En ambos casos nos encontraríamos ante conductas atípicas por inexistencia de lesión del bien jurídico honor.

Por otro lado, la consideración de la falsedad objetiva como un elemento del tipo —concretamente en las injurias— relativizaría enormemente la protección otorgada constitucionalmente al derecho al honor —e indirectamente, por ejemplo, a la intimidad— que, no olvidemos, que al igual que la libertad de información son, también, derechos fundamentales. La razón estriba en que si la falsedad objetiva es un elemento del tipo se permitiría difundir cualquier información deshonrosa que fuese objetivamente verdadera, con independencia de si la misma poseía interés público o no, o como mucho, esas conductas sólo serían constitutivas de tentativa inidónea. En definitiva, por ejemplo, estaría totalmente permitido —sería atípico— difundir informaciones deshonrosas relativas a la intimidad de una persona —y carentes de cualquier relevancia pública— con tal que fuesen objetivamente verdaderas. Y a este respecto, cabe preguntarse ¿en nombre de qué valor sometemos a semejante tortura a los ciudadanos, sean particulares o personas públicas? ¿qué fundamentaría en esos casos la preferencia de la libertad de información? La respuesta, a mi modo de entender es clara: por un lado, la verdad, y por el otro el morbo, confundiendo-

se, entonces, el interés público con el interés *del público*.

Pero, además, estimar que la falsedad objetiva es un elemento del tipo hace que los artículos 207 y 210 del Código Penal resulten totalmente superfluos y reiterativos o, cuando menos, pone de relieve una técnica legislativa sumamente defectuosa y tortuosa al introducir en preceptos relativamente distantes elementos del tipo que fácilmente se podrían haber introducido en éste, *naturalmente si ese hubiese sido el propósito del legislador*; sin embargo, de la lectura de los debates parlamentarios se deduce nítidamente que el espíritu que inspiró al legislador no fue el de considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor.

En conclusión, a mi juicio, la falsedad objetiva de

una información no es un elemento del tipo objetivo de los artículos 205 y 208 párrafo tercero y, en consecuencia, *cuando la conducta consiste en la imputación de hechos, lo que dogmáticamente protege el Código Penal es un honor aparente*. Sin embargo, esto no significa que cualquier conducta atentatoria de ese honor aparente sea punible. Al contrario, dependiendo de los casos, la verdad objetiva de la información puede justificar el comportamiento del sujeto activo a través de la eximente del artículo 20.7 del Código —si además concurren el resto de elementos objetivos y subjetivos de la misma— o, en última instancia, quedando intacto el injusto, excluir la pena a través de la *exceptio veritatis* en los casos en que el legislador, por razones político-criminales, así lo ha previsto.

#### EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-593 90 40

E-mail: [trotta@informet.es](mailto:trotta@informet.es)

<http://www.trotta.es>

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO  
*Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal  
de Derechos Humanos, cincuenta años después*

LUIGI FERRAJOLI  
*Derechos y garantías. La ley del más débil*

LUIS ENRIQUE ALONSO  
*Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre  
la crisis de la sociedad salarial*

JUAN ANTONIO GARDE (ed.)  
*Políticas sociales y Estado del Bienestar  
en España. Informe 1999*

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO  
*Derechos fundamentales. Concepto y garantías*

JOSÉ LUIS REINA  
*Apunte sobre sindicalismo y formación profesional*

KLAUS ADOMEIT Y CRISTINA HERMIDA  
*Filosofía del derecho y del Estado.  
De Sócrates a Séneca*

JOSÉ LUIS MONEREO  
*Fundamentos doctrinales del derecho social en España*

CARLOS LEMA AÑÓN  
*Reproducción, poder y derecho.  
Ensayo filosófico jurídico  
sobre las técnicas de reproducción asistida*

AURILIO DESDENTADO Y BERTA VALDÉS DE LA VEGA  
*La negociación colectiva en la doctrina del  
Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*

THOMAS HOBBES  
*Tratado sobre el ciudadano*

PETER SINGER  
*Liberación animal*

# Las cloacas de la jurisdicción civil. (La estructura de la ejecución de sentencias civiles en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil)

Jose María FERNANDEZ SEIJO

Seguramente la fase del procedimiento civil en el que resulta más patente el fracaso del vigente modelo procesal es la fase de ejecución; el Libro Blanco de la Justicia dice que "hay pocas cuestiones en las que haya un nivel de acuerdo más grande que en la ineficacia del sistema procesal de ejecución de sentencias, hasta el punto de que la mayoría de los consultados —de todos los sectores— que defienden una reforma global e íntegra del proceso civil han mantenido que si ésta no se produce sería posible, e incluso, aconsejable, abordar de forma urgente y autónoma la ejecución civil"<sup>1</sup>.

Cualquier aproximación realista al actual estado de la ejecución supone un viaje por las *cloacas* de esta jurisdicción pues aquí es donde se detecta una mayor ineficacia y de lentitud; el viaje por la ejecución es lento, es farragoso y en el camino es habitual cruzarse con las ratas, no en vano los *subasteros* han impuesto sus reglas y han conseguido tener un coto cerrado y exclusivo para poder adquirir a precios irrisorios bienes muebles e inmuebles sin prácticamente ningún tipo de control intraprocesal o extraprocesal de sus tropelías.

Este artículo tiene por objeto aproximarse al modelo de ejecución propuesto por el proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil que actualmente se discute en el Congreso de los Diputados para saber si va a ofrecer soluciones reales a la actual situación.

## 1. ALGUNAS CIFRAS ORIENTATIVAS

En el Estudio de la Universidad Carlos III realizado para el Libro Blanco de la Justicia se recogen algunos datos sobre litigiosidad en la jurisdicción civil, de entre esas estadísticas puede destacarse que un 73% de las demandas presentadas ante los juzgados civiles son estimadas completamente y un 10% más son estimadas parcialmente, quiere esto decir que ocho de cada diez ciudadanos que litigan lo hacen con razón.

Este mismo estudio indica que en materia de ejecución sólo en la mitad de los casos se obtiene la satisfacción total de la ejecución y que en un 15,7% de los supuestos la estimación es parcial, en un 36,3% no se consigue ningún éxito.

Como complemento de los datos anteriores debe tenerse en cuenta que la duración media de la ejecución es superior a los 9 meses (9,16 meses), media que se eleva a 14 meses en los supuestos de juicios ejecutivos; estas dilaciones se producen

cuando el justiciable ha tenido que soportar ya los retrasos de la fase declarativa.

Ante este panorama parece más que justificada la desconfianza que los ciudadanos tienen en su sistema judicial, a la hora de enfrentarse a cualquier reforma legal no basta con examinar su mayor o menor perfección técnica o su adscripción a una u otra escuela procesalista, hay que examinar si el nuevo modelo de ejecución va a reducir el plazo de ejecución, va a ser más eficaz y va a apartar de la ejecución a todos los *tiburones* que actualmente la cortejan.

## 2. MODELO DE EJECUCION DEFENDIDO POR EL LIBRO BLANCO

Ya se ha puesto de manifiesto el consenso existente entre los distintos operadores jurídicos sobre la necesidad de una reforma urgente e integral de la ejecución civil; el Libro Blanco hablaba de cuatro defectos estructurales en la ejecución:

1. Una incorrecta interpretación del principio dispositivo que exige que cada fase haya de ser solicitada por la parte.
2. La existencia de toda clase de incidentes en la ejecución, con tramitación escrita.
3. La inexistencia de mecanismos de interpretación del título.
4. Y la falta de colaboración no sólo del deudor, sino incluso de terceros.

Respecto de estos cuatro problemas estructurales sorprende que el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil no dé respuesta más que al último de ellos ya que sigue sometiendo todas y cada una de las fases de la ejecución al requerimiento del ejecutante, aumentándole incluso sus obligaciones ya que no le basta con solicitar la ejecución —como hasta ahora— sino que debe articular una demanda de ejecución con concretos requisitos de fondo y forma, la ejecución tiene una tramitación escrita en todos y cada uno de sus momentos ya que se deja sólo al trámite oral la vista a la oposición por motivos de fondo (art. 562.2 PLEC), el resto de los trámites son de naturaleza no sólo escrita sino sometida a formalidades.

Con referencia a los mecanismos de integración o interpretación del título la rigidez es idéntica a la de la vigente LEC ya que no se permite traer a la ejecución a terceros en los supuestos en los que el ejecutado haya descapitalizado su patrimonio; sólo se ha satisfecho el cuarto de los puntos, referido a la falta de colaboración.

<sup>1</sup> Libro Blanco de la Justicia; elaborado y editado por el Consejo General del Poder Judicial; Madrid, noviembre 1997.

Tanto en el Libro Blanco como en sus anexos<sup>2</sup> se hace referencia hasta doce aspectos de la ejecución agrupados en otros tantos apartados referidos:

a) Al principio dispositivo, el Consejo opta por un modelo en el que, una vez instada la ejecución, se permita al juzgado adoptar todas las medidas encaminadas al cumplimiento de la oposición sin necesidad de impulso de la parte en cada una de las fases.

b) Consecuencia de lo anterior el Consejo considera que el trámite escrito debe sustituirse por un sistema de comparecencias de las partes ante el juez.

c) Con referencia a las funciones del secretario propugna por la desaparición de las propuestas de resolución permitiendo al secretario la facultad de adoptar decisiones autónomas, salvo en lo referente a la incoación de la ejecución y decisiones que afecten a derechos fundamentales, el Proyecto mantiene, sin embargo, las propuestas; el Libro Blanco considera necesario que se atribuyan expresamente al secretario las cuestiones referidas al embargo, valoración, liquidación de cargas, elección del sistema de venta, información sobre la misma a los posibles partícipes, efectividad de la venta y adjudicaciones y anotaciones correspondientes.

d) Consecuencia de la simplificación debe reducirse los incidentes en la ejecución.

e) Acentuar el deber de colaboración con la Administración de justicia del deudor, de terceros y de la propia administración —extremo ya logrado por medio de la reforma del vigente artículo 1454 de la LEC por Ley 51/97, de 1997<sup>3</sup>—; la introducción de multas coercitivas en fase de ejecución es uno de los instrumentos con los que se pretende hacer efectivo ese deber de colaboración.

f) La dotación de instrumentos procesales para la interpretación del título ejecutivo, evitando a las partes tener que acudir a otros procesos.

g) La ejecución de las sentencias en sus propios términos favoreciendo la ejecución por prestación analógica antes que a la indemnización de perjuicio —extremo sobre el que el PLEC no hace aportaciones dignas de mención.

h) Las encuestas del Consejo arrojan una opinión mayoritaria hacia que la indemnización de daños y perjuicios dentro de la ejecución se intensifique en los casos de venta de bienes embargados, rotura de precintos, vulneración de depósitos o malversaciones impropias.

i) El Libro Blanco considera que la acumulación de ejecuciones puede plantar problemas y puede ser entorpecedor para la ejecución

j) Debe potenciarse la capacidad del juez para averiguar de oficio bienes objeto de un posible embargo.

k) El deudor debe tener proscrita la libre disposición sobre los bienes embargados, debiendo introducirse mejoras en la publicidad registral y en el depósito de bienes embargados.

l) Debe acudir a sistemas alternativos en la realización forzosa, defendiendo el modelo de una única subasta o a lo sumo dos.

Como puede verse el proyecto no da plena satisfacción a todos los puntos examinados, en materias como la acumulación opta por un sistema que el Consejo considera disfuncional y en la tramitación procesal de la ejecución prefiere un modelo de ejecución escrita que llevaría a la paradoja de obligar en la ejecución a un trámite más complejo que el previsto en la fase declarativa los procedimientos abreviados o verbales.

En el informe del CGPJ al Anteproyecto de LEC<sup>4</sup> se indica que el establecimiento de un procedimiento unitario para todo proceso de ejecución "provoca en ocasiones importantes disfunciones, complicando innecesariamente el procedimiento al forzar el sometimiento de distintas situaciones a la rígida estructura común y al salpicar, en otras ocasiones, el texto proyectado, de excepciones y salvedades puntuales para unos y otros títulos"; el Proyecto que finalmente se remite al parlamento hace caso omiso de estas indicaciones.

Este informe realiza otra sugerencia desatendida que "se detallaran con más precisión los cometidos de cada una de las autoridades o funcionarios intervinientes en la ejecución, en evitación de que se produzcan disfunciones en la práctica material de los actos procesales".

Por razones tal vez de carácter político el proyecto ha dejado fuera del texto del proyecto la tercera de las sugerencias estructurales hechas por el Consejo en su informe, referida a la necesidad de establecer servicios comunes de ejecución<sup>5</sup>.

### 3. LA EJECUCIÓN FORZOSA EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El Libro III del proyecto se dedica por entero a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares (arts. 519 a 750), en el texto presentado a las Cortes aparecen importantes novedades hasta el punto de poder afirmar que el legislador ha previsto un nuevo modelo, una nueva estructura de la ejecución, el Consejo General del Poder Judicial hace una valoración positiva del proyecto, en términos generales, afirmando en su informe al Anteproyecto que "la valoración que realiza el Anteproyecto del procedimiento de apremio ha de ser en términos generales positiva: mejora indiscutiblemente la situación actual, flexibiliza y simplifica el régimen de subasta

<sup>2</sup> Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997

<sup>3</sup> El informe del Consejo al Anteproyecto de Ley detecta algunos problemas de garantías respecto de este deber de colaboración indicando que ni en el Anteproyecto, ni ahora en el proyecto, hay una regulación específica del posible secreto de los datos suministrados, aún cuando excediera de lo necesario a los fines de la ejecución (pagina 262 del Informe). La solución para garantizar el secreto podría ser la de formar pieza separada con estos datos y no suministrar a la parte la totalidad de las referencias obtenidas, sino solo aquellas que pudieran cubrir las cantidades o responsabilidades reclamadas.

<sup>4</sup> Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pagina 243

<sup>5</sup> Hay que indicar que cuando la Asociación Jueces para la Democracia reclamó en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Parlamento el 5 de marzo de 1999 el expreso reconocimiento de estos servicios en el texto del proyecto la diputada del PNV Margarita Uribe reivindicó la competencia exclusiva de las CC AA en esta materia, justificando así que hubiera quedado excluida expresamente del Proyecto (así consta en el BOCG de esa fecha)

pública vigente e introduce importantes novedades que persiguen alcanzar más eficaz y eficientemente la obtención de su derecho por el ejecutante<sup>6</sup>.

Dentro de esta valoración de carácter genérico debe hacerse mención a los borradores de anteproyecto de normas procesales de ejecución elaborados por el anterior equipo del Ministerio de Justicia, borradores en los que aparecía claramente diseñado el sistema que ahora se propone en el PLEC hasta el punto de que se han transcrito capítulos enteros de aquella documentación en la que se incluían muchos mecanismos de ejecución tomados de la experiencia de ejecución en la jurisdicción laboral.

Sin embargo parece que el legislador de 1998 va a ser menos audaz de lo que fuera el prelegislador de 1994 y la reforma no se atreve a afrontar con criterios de eficacia algunas cuestiones importantes y ni tan siquiera afronta la totalidad de las propuestas derivadas el Libro Blanco, tal y como se verá en los epígrafes siguientes.

Los principios rectores del Proyecto pueden sintetizarse en los siguientes apartados:

## 1º Se deslinda, procesalmente, la fase declarativa de la de ejecución

El artículo 519 del PLEC considera que la sentencia de condena firme es el primero de los títulos que lleva aparejada la ejecución lo que permite configurar en todo procedimiento civil la ejecución no como una fase del procedimiento sino como algo procesalmente distinto, como un nuevo procedimiento procesalmente desligado del declarativo.

El artículo 547 del PLEC establece la competencia para la ejecución en el juzgado que conoció del asunto en primera instancia<sup>7</sup>, este precepto impide, en principio, la creación de juzgados especializados en materia de ejecución civil aunque por la vía de la acumulación el artículo 557 permite que un mismo juzgado pueda conocer tanto de las ejecuciones pendientes entre un mismo acreedor/ejecutante y deudor/ejecutado, sino las que pudieran seguirse contra el mismo ejecutado por distintos ejecutantes *si el tribunal que conozca del proceso más antiguo lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes*.

La introducción del principio de conveniencia en

<sup>6</sup> Un sector importante de la doctrina coincide en esta valoración positiva del trato que a la ejecución se da en el proyecto, así, por ejemplo los profesores Córdón y Ortiz Navacerrada, así como el magistrado del Tribunal Supremo señor Ríos Salmerón, que mostraron su parecer en las Jornadas sobre el Anteproyecto de la LEC celebradas en Murcia en octubre de 1997 y publicadas por la Consejería de Presidencia de la Comunidad Autónoma Murciana en 1998 (págs. 79 y ss)

<sup>7</sup> Al realizar este pronunciamiento la ley se contradice con sus propios principios al impedir que ese procedimiento distinto pueda ser asumido por un juzgado distinto y especializado, y, por otra parte, supone una invasión de una competencia que debería considerarse como orgánica u organizativa, que incluso pudiera ser adoptada por las Juntas de jueces. El mandato Constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado exige, en todo caso, que la ejecución la realice un órgano jurisdiccional, pero de la lectura de la Constitución no puede colegirse que un mismo juzgado deba dictar la sentencia y ejecutarla.

esta decisión sin duda puede distorsionar la aplicación de esta posibilidad. Ya se ha indicado la valoración negativa que el CGPJ hace a la acumulación en fase de ejecución, tal vez el temor del consejo sea acertado si se observa que en el Proyecto apenas se regula esta acumulación, tal vez por miedo a incidir en procedimientos de naturaleza universal; no puede olvidarse que el proyecto remitido a las Cortes deja expresamente fuera de las normas procesales todo lo referido a procedimientos concursales.

La consideración de la sentencia como un título que lleva aparejada la ejecución tiene un consecuencia procesal inmediata y es que para instar la ejecución será necesario presentar una demanda ejecutiva (art. 551 PLEC) firmada por abogado y procurador<sup>8</sup>, en esta demanda se expresará el título en el que se funda el ejecutante, la tutela ejecutiva que se pretende, los bienes del ejecutado susceptibles de embargo o, en su caso, las medidas de localización e investigación de estos bienes y la persona o personas frente a las que se pretenda el despacho de ejecución. El artículo 552 PLEC establece los documentos que deben acompañar a la demanda.

En la demanda de ejecución de condenas dinerarias el auto preverá intereses y costas, que no podrán superar el 30% del principal (art. 577.2 PLEC).

Jueces para la Democracia, en su informe al Anteproyecto, consideraba que la exigencia de demanda para iniciar la ejecución provisional o definitiva de sentencias era innecesaria.

El juez antes de iniciar la ejecución debe dictar auto despachando la misma, esta resolución no podrá dictarla el secretario puesto que el artículo 547 PLEC establece que tanto este auto como los que resuelvan la oposición a la ejecución, la suspensión o las tercerías corresponden al juez; el resto de las resoluciones que procedan en la ejecución forzosa se dictarán a propuesta del secretario judicial. El legislador sigue optando por un secretario infrutilizado y bajo la permanente tutela de un juez a quien la ley obliga a estar presente en todos los momentos del procedimiento bien decidiendo directamente bien dando el visto bueno a las resoluciones y decisiones del secretario del juzgado.

Ni qué decir tiene que este modelo de ejecución permite al ejecutado oponerse dentro de los 10 días siguientes adoptando su oposición la forma de demanda (art. 558 PLEC); el proyecto permite que la oposición se haga por motivos procesales<sup>9</sup> o por motivos de fondo. En este punto el Proyecto no es acertado ya que el procedimiento de ejecución de sentencias no puede asimilarse a los procesos ejecutivos ordinarios dado que no puede considerarse un procedimiento efectivamente contradictorio. Mientras que en la fase declarativa el juez debe ser un

<sup>8</sup> Salvo en aquellos procedimientos en los que no sea preceptiva su intervención (art. 541 PLEC).

<sup>9</sup> Laura Carballo Piñeiro en su trabajo sobre la ejecución no dineraria en el libro colectivo "Presente y Futuro del Proceso Civil", editado por J.M. Bosch Editor, Barcelona 1998; indica que no resulta lógico ni eficaz que la oposición pueda basarse en defectos en el modo de proponer la demanda ejecutiva; "yerra el redactor del anteproyecto al convertir a la demanda en el objeto de la oposición".

juez de garantías para ambas partes, sometido al principio dispositivo, en fase de ejecución ese juez de garantía debe pasar a ser un juez de tutela de la ejecución.

Por último indicar que la nueva regulación fija un plazo de caducidad para la acción ejecutiva en tres años desde la firmeza de la resolución (520 PLEC), rompiendo con ello el principio derivado de la actual LEC por el cual la ejecución quedaba sometida al plazo ordinario de prescripción de acciones personales (15 años). La decisión de gran trascendencia y podría generar serios problemas de derecho transitorio respecto de la ejecución de sentencias dictadas bajo la regulación del régimen general de la actual Ley de Enjuiciamiento, por otra parte la decisión de que sea un plazo de caducidad en vez de prescripción impedirá o limitará los acuerdos procesales de ejecución, que no podrán establecer plazos superiores a los tres años puesto que sino el ejecutante se quedará sin la tutela de la vía de apremio.

## **2º Se impide la posibilidad de trabas genéricas de bienes**

El artículo 590 del PLEC establece la nulidad del embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste.

Al instar la ejecución el ejecutante tiene el deber de determinar los bienes del ejecutado susceptibles de embargo (art. 551.3º PLEC), o, por lo menos, establecer qué medidas deben adoptarse para la localización de investigación de bienes del deudor (art. 592 PLEC). La actual redacción del artículo 1454 de la LEC establece la actuación del juzgado de oficio en la averiguación de bienes, el Proyecto limita las facultades del juez para actuar de oficio en esta fase:

a) Obligando al ejecutante a motivar sucintamente la relación que tenga el ejecutado con la entidad, organismo, registro o persona a la que deba investigarse.

b) El juzgado no reclamará datos a estos organismos o registros públicos o privados cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismos. Al objeto de evitar situaciones de fraude este deber de colaboración debiera extenderse a aquellas cuentas o patrimonios que aunque no estén a nombre del ejecutado, dicha persona tenga poder de disposición sobre la misma (por medio de apoderamientos, reconocimientos de firma, amplias facultades de gestión u otras fórmulas similares).

El artículo 591 del proyecto recoge expresamente el deber del ejecutado de manifestar bienes en los supuestos en los que el ejecutante no señale patrimonio embargable; esta actuación la realizará el juzgado de oficio, con expreso apercibimiento de imponerle multas coercitivas si no presenta relación de bienes, incluya bienes que no sean suyos o excluya bienes propios susceptibles de embargo; esta obligación se extiende también a la de manifestación de cargas y gravámenes sobre dicho patrimonio.

El artículo 591 del PLEC no establece plazo algu-

no para la manifestación de bienes, el profesor Cachón, catedrático de Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona, indica que “aunque sólo fuera para evitar el riesgo de que se produzcan en la práctica disparidades excesivas en este punto, convendría que la ley fijara el límite máximo de aquel plazo”<sup>10</sup>, de este modo se podría articular un sistema de multas coercitivas realmente eficaz. Cachón también considera que debe constar en el Proyecto que el requerimiento al ejecutado para la manifestación de bienes debe ser necesariamente personal, y que en el caso de que fuera el ejecutado una persona jurídica el proyecto debiera indicar en qué persona debiera efectuarse el requerimiento. La fórmula empleada en el artículo 591 es excesivamente amplia debiendo sustituirse por el deber de manifestar bienes y derechos suficientes para hacer frente al principal, intereses y, en su caso, costas reclamadas.

Como complemento de lo anterior el Proyecto establece el deber de colaboración de terceras personas, privadas o públicas, en la determinación del patrimonio ejecutable.

Tanto en lo referido a la actuación de oficio por el juzgado en cuanto a la averiguación de patrimonio como en el deber de colaboración de los terceros tanto o más importante que su expresión en el texto de la ley es el establecimiento de mecanismos y mejoras técnicas en la oficina judicial que permitan la efectividad de dichas actuaciones.

Sobre los bienes que pueden ser objeto de embargo el artículo 594 del proyecto es una transcripción casi literal del artículo 1447 de la vigente LEC, el profesor Cachón Cadenas critica que el proyecto no se haya atrevido a simplificar este precepto y apunta hacia la posibilidad de que el embargo de la vivienda familiar debiera quedar pospuesto cuando el ejecutado disponga de otro patrimonio inmobiliario.

En cuanto a los bienes imbargables el artículo 607 PLEC reproduce el actual artículo 1449 LEC, con la única salvedad de que los instrumentos para el ejercicio de trabajo o profesión son inembargables sólo cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda que se reclama, esta redacción permitirá el embargo de instrumentos de trabajo con valor equiparable a la deuda (el taxi al taxista, el mobiliario de un negocio al comerciante, la maquinaria a un industrial...). El legislador incrementa el límite de inembargabilidad de sueldos y salarios al doble del salario mínimo, con un correctivo en los porcentajes en favor del ejecutado entre un 10 o un 15% en atención a las cargas familiares. No da el proyecto solución al embargo de ingresos de trabajadores autónomos ingresados en cuentas corrientes, en estos casos no se puede hablar verdaderamente de sueldos pero lo cierto es que si se embargan las cuentas el trabajador autónomo puede verse privado de la totalidad de sus ingresos sin previsión legal de límite alguno similar al de sueldos o salarios.

Siguiendo los comentarios el profesor Cachón en este punto debe mencionarse el hecho de que no

<sup>10</sup> En la obra colectiva: “Presente y Futuro del Proceso Civil”, ya citado.

se acoja expresamente en sede civil la inembargabilidad de determinados bienes de administraciones públicas.

### 3º Sistema de enajenación forzosa

A falta de acuerdo entre las partes los bienes se valoran por un perito designado por el juzgado (art. 641 PLEC), en vez de por los peritos propuestos por las partes derivado del sistema actual de la LEC, sorprende que el legislador en fase de ejecución establezca un sistema de valoración por vía pericial distinto de la prueba pericial en fase declarativa, que recae principalmente en las partes, reduciendo las facultades de designación de peritos por el Juzgado a la mínima expresión. Sin embargo en la ejecución el legislador recupera su confianza en los peritos judiciales pese a la trascendencia que tiene la valoración en orden a la determinación del tipo por el cual el bien sale a subasta. El perito designado en esta fase estará sometido a las mismas obligaciones y al mismo régimen de tacha que los peritos en fase declarativa.

El artículo 643 del Proyecto impide que se saquen a subasta bienes cuyo valor sea poco relevante, considerando como tal aquellos en los que *sea previsible que con su realización no se obtendrá una cantidad de dinero que supere, cuando menos, los gastos originados por la misma subasta* (art. 643 PLEC). El profesor Cachón acertadamente considera que como complemento de este artículo se debía reconocer expresamente en la futura ley la inembargabilidad de aquellos bienes cuyo valor sea manifiestamente insuficiente para cubrir los gastos que van a provocar las actuaciones judiciales; la apreciación del profesor Cachón en este punto debe tenerse en cuenta que cuando se ejecutan sentencias de condena por cantidades no muy grandes el ejecutante opta por embargar electrodomésticos cuyo precio en la subasta es ridículo pero cuya traba y depósito tiene un efecto claramente coactivo.

Se pasa del actual sistema de tres subastas a uno de una sola tanto en muebles como en inmuebles<sup>11</sup> y se permite que en las posturas se ofrezca el plazo a plazos o con alteración de alguna de las condiciones de la subasta (arts. 650.3 y 670.3 PLEC). Simplifica el Proyecto también la publicidad al establecer como regla general (art. 645 PLEC) la publicación de edictos en los tablones del juzgado y, sólo a solicitud de las partes, se articulan sistemas distintos de publicidad.

Just Franco Arias, catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, considera que sería necesario que el proyecto reconociera al juez la posibilidad de acordar de oficio otros medios de publicidad<sup>12</sup>.

En el supuesto de que la subasta quede desierta se levanta el embargo sobre dicho bien a instancia del ejecutado (art. 671 PLEC).

Los artículos 676 a 678 del proyecto establecen *medios especiales* para la realización forzosa; bajo este eufemismo se regula la posibilidad de ejecución extrajudicial. El Proyecto establece una comparación previa a la que concurrirá el ejecutante, el ejecutado, quien acredite interés directo<sup>13</sup> o incluso otras personas a invitación del ejecutante o ejecutado. El Proyecto permite *cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante subasta judicial*. En el supuesto de bienes susceptibles de inscripción registral para aprobar estos medios alternativos será necesaria la conformidad de acreedores y terceros poseedores que tuvieran inscrito o anotados sus derechos en el registro correspondiente.

Estos medios especiales permiten la realización extrajudicial por un tercero especializado o conocedor del mercado, quedando sometida la ejecución a las reglas y usos del mercado. El establecimiento de mecanismos extrajudiciales de realización forzosa no debe suponer una reducción de garantías por parte del juzgado, en este sentido el profesor Franco Arias<sup>14</sup> indica que "no se hacía referencia a que el juez deberá ser informado puntualmente de las actuaciones que se realicen y que le corresponde el control y dirección último de la realización, lo que es necesario ya que puede hacer dejación de las funciones que le impone la Constitución de no sólo juzgar sino también ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE)".

Concretando esta reflexión del profesor Franco debe indicarse que sería muy conveniente que el proyecto estableciera mecanismos de control y de transparencia en la actuación de estas personas o entidades "especializadas o conocedoras del mercado", pudiendo imponer el juzgado sistemas de publicidad que la claridad de la gestión encomendada.

En este último punto no debe olvidarse la merecida leyenda negra que pesa sobre las subastas judiciales y las personas que en ellas intervienen, si la futura ley no acentúa los mecanismos de control a estos "especialistas" se corre el serio riesgo de que toda la reforma en realidad sólo favorezca a los *subasteros* a quien en el futuro ni siquiera les será necesario pasar por los juzgados; por ello debe exigirse que esos "especialistas y conocedores" acudan al juzgado para aceptar la encomienda, acepten expresamente las condiciones de la subasta marcadas por el juzgado y se obliguen a rendir puntual cuenta de sus gestiones.

En esta línea de garantizar la honradez de los terceros que intervengan deberá quedar expresamente excluida la asignación de estas ventas judiciales a personas que hubieran sido condenadas por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos contra la Ad-

<sup>11</sup> Avalan la reducción a una sola subasta los profesores Franco, Ramos Méndez, Gómez Gallico y Robledo Villar, entre otros.

<sup>12</sup> En la obra colectiva: "Presente y Futuro del Proceso Civil", editada por J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

<sup>13</sup> Este reconocimiento expreso de la solicitud de terceros permitiría acudir a dichos medios especiales de realización forzosa a quienes hubieran obtenido una sentencia favorable, por ejemplo, en una tercera de mejor derecho.

<sup>14</sup> Obra citada.

ministración Pública y contra la Administración de Justicia; esta exclusión debe extenderse a entidades directa o indirectamente vinculadas a personas condenadas por estos delitos; en esta línea se centró el Informe al Anteproyecto de LEC elaborado por JpD exigía que estos especialistas contaran con expresa autorización administrativa u homologación a este tipo de empresas "para que no se produzca por esta vía la constitución de compañías de venta por parte de los profesionales habituales de las subastas judiciales".

Dentro de las garantías a esta nueva vía Jueces para la Democracia en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>15</sup> defendida la posibilidad de que las partes pudieran, por medio de representación, estar presentes en esta enajenación extrajudicial.

A modo de conclusión respecto del procedimiento de apremio en el proyecto sirvan las palabras del profesor Franco cuando dice que "el texto que ofrece el PLEC, como se hacía también en el borrador, es, en buena medida, una refundición de la normativa actual reguladora del apremio y de lo establecido en el procedimiento de ejecución de hipotecas previsto por la Ley Hipotecaria y, además, no se encuentra respuesta en él a importantes problemas que plantea el apremio<sup>16</sup> e incluso es posible que produzca otros nuevos<sup>17</sup>. A tenor de todo lo expuesto, es manifiesto que aún queda un buen trecho por recorrer, al menos por lo que concierne al apremio, si se quiere aprovechar adecuadamente la oportunidad que ofrece la reforma de una ley procesal civil como la nuestra que es más que centenaria".

#### 4º Ejecución de sentencias con contenido distinto al dinerario

El Proyecto las regula en el Título V del Libro III, el contenido material de estos artículos es muy similar al de los actuales artículos 924 y siguientes de la LEC, en el sentido de que se intenta, en primer lugar, la ejecución de la sentencia en sus propios términos y, si no es finalmente posible, se pasa a la satisfacción al ejecutante por medio de una indemnización. Una de las novedades más importantes es la de la inclusión de multas coercitivas para los supuestos de incumplimientos de obligaciones de hacer personalísimos.

Por lo demás la estructura es muy similar a la de los actuales incidentes de oposición a la ejecución

<sup>15</sup> Editadas por EDIJUS, dirigidas y coordinadas por la Fundación Antonio Carretero en 1999 al publicar las Jornadas Sobre el Anteproyecto de la ley de Enjuiciamiento Civil celebradas, a iniciativa de JpD en junio de 1998 en la sede del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>16</sup> El profesor Franco Arias cita, entre otros problemas no resueltos, el del régimen aplicable a los arrendamientos anteriores a la LAU de 1994, los criterios concretos para el reparto del sobrante entre titulares de cargas extinguidas o entre otros acreedores.

<sup>17</sup> Entre los que Franco Arias destaca la insuficiente regulación en materia de acumulación de ejecuciones, sin establecer criterios de reparto; el recurso de reposición en materia de ejecución, o el régimen transitorio respecto de ejecución de sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de la futura ley.

con los traslados a las partes algo más amplios, de 6 días en la LEC a 10 en el PLEC, con fase de prueba y con resolución en forma de auto.

#### 5º Sobre las personas contra las que puede seguirse la ejecución

El contenido del artículo 540 del proyecto determina que la ejecución deba despacharse contra la persona que aparezca como deudor en el título, es decir, contra quien aparezca como condenado en la sentencia; para poder seguir la ejecución contra el sucesor del condenado es necesario (art. 542.2 PLEC) que conste la misma en documento fehacientes o suficientes a juicio del tribunal.

El proyecto no establece instrumentos claros para poder seguir la ejecución contra personas que no hayan sido parte en el procedimiento en su trámite declarativo, no regulando, por ejemplo, los supuestos de sucesión de empresas, excluyendo la ejecución contra el deudor solidario que no hubiera sido parte en el procedimiento inicial (art. 544.1 PLEC); en las uniones temporales de empresas o en las asociaciones de carácter temporal sólo es posible la ejecución contra los socios, miembros o integrantes si por acuerdo de ellos o por disposición legal se estableciera la responsabilidad solidaria por los actos de la unión o agrupación (545 PLEC), obligando el párrafo segundo de este precepto a acreditar la insolvencia de estas uniones temporales cuando la responsabilidad de sus integrantes viniera fijada por ley.

En entidades sin personalidad jurídica podrá despacharse ejecución frente a socios, miembros o gestores siempre que se acredite cumplidamente la condición de tal del ejecutado y la actuación ante terceros en nombre de la entidad.

#### 6º La ejecución provisional

Partiendo de las cifras ofrecidas por el Libro Blanco, en las que se indica que más de un 70% de las demandas civiles son estimadas en su totalidad, parece lógico que el legislador opte por un cambio radical en el sistema de ejecución provisional haciendo recaer sobre el ejecutado y no sobre el ejecutante, el afianzamiento o aval que evite la ejecución provisional como regla general.

Si en el modelo de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 385 y concordantes), la ejecución provisional queda vinculada a que el ejecutante avale o afiance posibles perjuicios derivados de la revocación de la sentencia, en el artículo 528 del Proyecto la ejecución no requiere caución del ejecutante y el ejecutado sólo podrá paralizar la ejecución si propone medidas alternativas a la ejecución pero que garanticen la misma o si presta caución (art. 530 párrafo final del PLEC).

Al igual que sucedía en el artículo 385 de la LEC, el proyecto establece resoluciones que en ningún caso son susceptibles de ejecución provisional:

1º Las referidas a paternidad, maternidad, filia-

ción, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad, estado civil y derechos honorífico, salvo en los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales.

2º Sentencias en las que se condene a una declaración de voluntad.

3º Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos inscritos de propiedad industrial.

4º Sentencias extranjeras no firmes, salvo que los tratados expresamente dispongan lo contrario (527 PLEC).

El procedimiento de solicitud de ejecución provisional es muy similar al visto para la ejecución ordinaria por cuanto también se iniciará por medio de demanda, en cualquier momento anterior a que se dicte sentencia en segunda instancia; los artículos 530 y 531 del PLEC regulan el incidente de oposición.

En las jornadas celebradas en Murcia sobre el Anteproyecto tanto la profesora Calderón Cuadrado y la profesora Fontestad, como el profesor Pe-láez Sanz destacaron los riesgos de que el anteproyecto usara conceptos imprecisos, como el de *imposibilidad* o *extrema dificultad*, para referirse a los supuestos en los que el ejecutado puede solicitar la no ejecución, conceptos que siguen presentes en el proyecto<sup>18</sup>; también hacen mención estos profesores al hecho de que en la ejecución provisional no exista ninguna norma que regule las costas.

#### 4. CONCLUSION

El tratamiento que el proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil da a la ejecución de sentencias supondrá un avance respecto del sistema actual, el proyecto es en esta materia deudor de algunos borradores de gobiernos anteriores. Pese a la innegable mejora en la ejecución prevista en el Proyecto el texto propuesto queda a mitad de camino y no se atreve a articular un modelo de ejecución más eficaz, desoyendo muchas de las propuestas o indicaciones recogidas en el Libro Blanco de la Justicia.

A modo de conclusión puede afirmarse:

1º Opta por un modelo de ejecución de carácter completamente escrito lo que supone un contrasentido cuando en la fase declarativa la mayoría de los procedimientos habrán de ventilarse bien por la vía del procedimiento verbal, bien por la del monitorio.

Se aparta, con ello, de las propuestas que estructuran la ejecución a partir de sucesivas comparecencias de las partes ante el juez, con tramitación preferentemente oral.

2º Hace recaer toda la responsabilidad de la ejecución en el ejecutante, respecto del que se intensifican incluso los requisitos formales al obligarle a articular una demanda de ejecución.

3º El Libro III despreja las funciones del secretario, que sigue siendo un funcionario sometido a la tutela y control del juez, sobre el que recaen no sólo todas las decisiones fundamentales, sino también el visto bueno o aprobación de las propuestas del secretario.

4º Quedan prácticamente desterradas de la LEC algunas decisiones de gestión que agilizarían la ejecución, sobre todo en lo referente a la creación de juzgados especializados en ejecución, el establecimiento de un sistema eficaz de acumulación de ejecuciones y la organización de servicios comunes dedicados con carácter exclusivo a esta faceta del proceso.

5º Impide la ejecución frente a terceras personas en supuestos de fraude o abuso por parte del condenado que, antes de la ejecución, vacía de contenido su patrimonio para que la ejecución sea inviable.

6º No fija verdaderas garantías ni en la fase de embargo ni en fase de enajenación ya que excluye cualquier facultad de actuación de oficio del juez en materia, por ejemplo, de publicidad de las realizaciones forzosas y, por otra parte, no regula con detalle los requisitos y características de la enajenación extrajudicial.

7º No se establecen mecanismos específicos de ejecución de sentencias dictadas en procedimientos de familia y alimentos, pese a que la trascendencia social de los intereses ventilados en dichos procedimientos exigiría que la ejecución pudiera ser inmediata, no sujeta a formalidad alguna.

En definitiva pese a que tanto la doctrina científica como los distintos operadores jurídicos coinciden al destacar que el Libro III del Proyecto supone una importante mejora respecto del sistema actual, lo cierto es que en la redacción del texto se observan no sólo imprecisiones, sino omisiones de importantes garantías y de mecanismos que permitan, de una vez por todas, ofrecer a los ciudadanos un modelo eficaz de ejecución.

<sup>18</sup> El profesor Caballol Angelats en la obra, ya citada, titulada "Presente y Futuro del Proceso Civil", dice que habrá que introducir reformas para evitar las situaciones de indefensión a las que puede dar lugar la utilización de conceptos jurídicos no determinados legalmente y reducir la arbitrariedad en la apreciación judicial.

# La responsabilidad de la CNMV. Observaciones al artículo 92 de la Ley del Mercado de Valores

Manuel María SANCHEZ ALVAREZ

## I. INTRODUCCION

El artículo 92 *in fine* de la Ley de Mercado de Valores (LMV) dispone que la incorporación a los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los informes de auditoría de cuentas y de los folletos informativos sólo implicará el reconocimiento de que aquellos contienen toda la información requerida por las normas que fijan su contenido y en ningún caso determinará responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la falta de veracidad de la información en ellos contenida.

A la vista de ello, un autorizado sector de nuestra doctrina ha entendido que la CNMV no responde, bajo ningún concepto, por los daños derivados por la falta de veracidad de los informes de auditoría de cuentas o del folleto informativo y ello sería así porque, según se afirma, la supervisión de la CNMV es, en estos casos, puramente formal pues se limita a comprobar que dichos documentos contienen toda la información requerida por las normas que fijan su contenido, sin entrar a conocer del mismo<sup>1</sup>. Para avalar esta tesis se aduce, en primer término, que la responsabilidad del contenido del folleto es de quien lo firma (art. 15.4 del Real Decreto 291/1992), lo que no deja de ser una obviedad que no resuelve el problema. En segundo término, se afirma que la CNMV carece de competencias y de medios para abordar una comprobación sustantiva de esos documentos, lo que, sencillamente, no es cierto. En tercer lugar, se señala que la CNMV dispone de apenas un mes para acometer esa verificación, lo que así dicho no es exacto. Por último se añade, en un evidente intento de quitar hierro al asunto, que esa supuesta exención de responsabilidad se limita de manera exclusiva esos dos supuestos. En el plano más dogmático se afirma que esa exención de responsabilidad es la consecuencia lógica del llamado principio de neutralidad de la inscripción, recogido en el artículo 21 del RD 291/1992, en cuya virtud la CNMV, según el cual el registro del folleto en la CNMV no implica que esta recomiende la suscripción de los valores a emitir o se pronuncie en sentido alguno sobre la solvencia de la entidad

emisora o sobre la rentabilidad de la emisión<sup>2</sup> lo que, como veremos, carece de toda relevancia.

La finalidad de esta breve nota es demostrar que esa supuesta exención de responsabilidad carece de cualquier apoyo pues amén de ser incompatible con el principio de responsabilidad de la administración que consagra el artículo 106 CE, resulta más injustificable aun, si cabe, a la vista del variado arsenal de instrumentos normativos y orgánicos de los que dispone la CNMV en punto a la supervisión de los sujetos que intervienen en uno u otro grado en el mercado que, como veremos, le permite efectuar un control material del contenido básico de los documentos que se le presentan.

La importancia del problema es evidente. De un lado, porque según la concepción que combatimos, estaríamos ante una verdadera zona de impunidad que, como se ha dicho, no parece compatible con el artículo 106 de la Constitución Española. De otro, por la magnitud de los intereses que está en juego, debido a que el cambio de modelo de ahorro ha provocado un desplazamiento masivo de capitales desde las entidades de crédito a los mercados de valores<sup>3</sup>. En tercer lugar, la globalización de los mercados financieros ha provocado la aparición de un único mercado mundial de valores formado por el eje Londres-Frankfurt, Nueva York y Tokio<sup>4</sup>, al que no somos ajenos, impone la necesidad de establecer con claridad y precisión las reglas de juego. Por último, y conectado con lo anterior, la efectiva aparición del euro crea las bases objetivas para la creación de un gran mercado de valores europeo al que, desde luego, habrá que dar forma legal, avanzando más en el proceso de armonización de las diferentes legislaciones nacionales<sup>5</sup>.

Por la finalidad meramente introductoria del trabajo, se ha adoptado un estilo expositivo deliberadamente conciso que espero que el lector sepa perdonar.

<sup>1</sup> Jiménez-Blanco, G., "La Comisión Nacional del Mercado de Valores y las Entidades del Mercado Financiero", en Alonso Ureba/Martínez-Slimancas y Sanchez (dir.), *Derecho del mercado Financiero Tomo I. Volumen 2*, Madrid, 1994, pág. 97.

<sup>2</sup> Rodríguez Saiz, L., Parejo, J. A., Cuervo, A., y Calvo, A., *Manual de sistema financiero español*, 9ª edic., Barcelona, 1996, págs. 440 y ss. *El País, Anuario de Economía y Finanzas 1999*, Madrid, pág. 229.

<sup>3</sup> Soros, G., *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, Madrid, 1999, 21 y 133 *Capitals of capital. A survey of financial Centres*, "The Economist", 9 de mayo de 1998.

<sup>4</sup> Desde una perspectiva crítica, Amin, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Barcelona, 1999, pág. 145. "el derecho mercantil —y especialmente el societario— sigue siendo competencia de los estados. Los proyectos de unificación —una exigencia evidente debido a la aparición de multinacionales europeas en lugar de las alemanas, británicas o francesas— no van más allá del discurso puramente retórico o de los estudios académicos".

<sup>1</sup> En este sentido, Jiménez-Blanco, A., *Derecho público del mercado de valores*, Madrid, 1989, pág. 119, quien recuerda que la auditoría de cuentas es obra de una empresa *ad hoc* y el folleto informativo de las entidades correspondientes, Cachón, "El principio jurídico de protección al inversor en valores mobiliarios: aspectos teóricos y prácticos", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 55, 1994, pág. 666. Fuertes, M., *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid, 1996, pág. 333 y Zunzunegui, F., *Derecho del Mercado Financiero*, Madrid, 1997, págs. 109 y ss.

## II. LA FUNCION DE LA CNMV

Como es lógico, debemos comenzar recordando, aunque sea brevemente, el papel que cumple la CNMV en la organización y funcionamiento de los mercados de valores.

Como es sabido, los mercados de valores son mercados institucionalmente organizados que se rigen por un conjunto más o menos articulado de normas cuya finalidad primordial es ofrecer seguridad y garantías a los inversores<sup>6</sup>. La necesidad de esa regulación se ha justificado por distintas razones que, en última instancia, remiten a la complejidad de esos mercados y a su importancia para la economía general<sup>7</sup> puesto que su función social es, como se sabe, facilitar una mejor colocación de capitales y la distribución óptima de los recursos financieros<sup>8</sup>. Este arsenal normativo que, como se ha dicho, es muy minucioso y completo tiene una finalidad doble al pretender garantizar, el correcto funcionamiento del mercado, al mismo tiempo que se protege al inversor, en particular al individual<sup>9</sup>.

Pues bien, el cumplimiento efectivo de esos objetivos es la razón de ser de la CNMV cuya función es velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines (art. 13.II LMV). Para ello y a imagen y semejanza de la SEC<sup>10</sup>, la CNMV —que puede ser calificada como la autoridad que gobierna el mercado de valores— ha sido investida de todas las potestades<sup>11</sup> y dotada de todos los medios personales y materiales que el legislador ha considerado necesarios.

<sup>6</sup> Anno Ortiz, G., y Sala Arquer, J.M., *La bolsa española. marco institucional*, Madrid, 1987, pág. 24.

<sup>7</sup> Fabozzi, F.J., Modigliani, F., y Ferri, M.C., *Foundations of Financial Markets and Institutions*, 2ª edic., Nueva York, 1998, pag. 35.

<sup>8</sup> Soros, G., *The Alchemy of Finance*, Nueva York, 1994, pag. 322, entiende que la regulación puede prevenir la inestabilidad inherente a estos mercados, aunque una excesiva regulación puede producir distorsiones y rigideces. Entre nosotros, Sánchez Andrés, A., "La Bolsa de valores como forma de mercado y como pieza del sistema financiero", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Rodríguez Sastre*, Madrid, 1985, pág. 415.

<sup>9</sup> Sobre la noción de inversor, resulta inexcusable consultar el trabajo de Fernández Pérez, N., *La protección del inversor: aspectos jurídico-societarios*. Tesis doctoral inedita, Universidad de Alicante, 1999. Que el destinatario de esa especial protección es el inversor individual se desprende del hecho de que cuando una OPV tiene como destinatarios exclusivos los inversores institucionales, entonces no estarán sujetos a verificación y registro por parte de la CNMV, las cuentas anuales ni el folleto informativo (art. 7.1 a) RD 291/1992). Sobre ello, vid., Tapia Hermida, A. J., "Artículo 7 Excepciones parciales", en Sánchez Calero, F., *Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992*, Madrid, 1995, pag. 183, lo que se justifica, a juicio de este autor, por la capacidad de autoprotección de esos inversores.

<sup>10</sup> Como es sabido, la Securities and Exchange Commission (SEC) fue creada por la Exchange Act de 1934 que junto con la Securities Act de 1933 constituyen los pilares normativos sobre los que se apoya el entramado institucional de los distintos mercados de valores en EE.UU. (NYSE, NASDAQ, CME, CBOE, etc...) (Loos y Seligman, *op cit*, págs. 50 y ss. Un balance muy crítico, casi acido, del papel que ha jugado la SEC en los años 80 y 90 puede leerse en Miller, M., "Regulación de derivados: ¡basta ya!", en *Los Mercados de Derivados*, *op cit*, págs. 87 y ss. Una respuesta implícita a esta posición, Soros, G., *La crisis del sistema capitalista global*, *op cit*, págs. 219 y ss.

<sup>11</sup> Zunzuneguil, F., *op. cit.*, pág. 107, entiende que esas facultades deben calificarse como derechos-función.

En efecto, la CNMV dispone de limitadas facultades normativas (art. 15 LMV), y de unas muy amplias facultades de supervisión e inspección y sancionadoras. Estas últimas se han visto reforzadas de manera notable por las leyes 37/1998, de 16 de noviembre y 20/1998, de 30 de diciembre, que han reformado la Ley 24/1988, de 28 de julio.

En efecto, la potestad supervisora e inspectora le permite recabar de cualquier sujeto que intervenga de una u otra manera en el mercado de valores toda la información que estime necesaria sobre las materias que son objeto de la ley, debiendo poner a disposición de la CNMV cuantos libros, registros y documentos aquella considere precisos (art. 85.1 LMV). El obstáculo o impedimento de esas facultades supervisoras constituye una infracción muy grave que puede ser objeto de sanción en vía administrativa (art. 99.t LMV) y penal (art. 294 CP)<sup>12</sup>. A la vista de ello parece posible permite sostener que la CNMV no es un mero receptor pasivo y acrítico de la información que le proporcionan los sujetos que de una u otra manera intervienen en el mercado pues, por el contrario, aquella puede y, en realidad, debe recabar —por sí misma, si fuera necesario— toda la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, sin conformarse con la que le suministran aquellos.

## III. LA INFORMACION Y EL MERCADO DE VALORES

Según la teoría clásica, la información es una condición necesaria para la existencia de un mercado de valores perfectamente competitivo<sup>13</sup>. Sentado esto, se afirma que a diferencia de lo que sucede en otros mercados, en los de valores, la información constituye un bien público<sup>14</sup>, con lo se concluye que el legislador debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la existencia de un flujo continuo de información básica a los mercados, pues con ello se facilita una mejor formación de los precios, al disminuir los costes de transacción derivados de la búsqueda de una información que, de otra manera, sería difícil, cuando no imposible, adquirir<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Una de las finalidades de este precepto es reforzar las facultades supervisoras e inspectoras de la CNMV (Sánchez Álvarez, M.M., *op. cit.*, pag. 198).

<sup>13</sup> Stieglar, G.J., *La teoría de los precios*, Madrid, 1968, pág. 104 y Friedman, M., *Teoría de los precios*, Madrid, 1982, pág. 285.

<sup>14</sup> Clark, RCH., *Corporate Law*, Boston-Nueva York, 1986, pág. 720 y Coffee JR., J. C., "Market Failure and the Economic Case for a Mandatory Disclosure System", *Virginia Law Review* 70, 1984, 717.

<sup>15</sup> Demstz, H., "Maximización de beneficios y comportamiento racional", en *La economía de la empresa*, Madrid, 1997, pág. 108, a partir de la crítica a la distinción de Knight entre riesgo e incertidumbre, alude a lo que denomina coste de comprender que viene determinados por el tiempo que se dedica a comprender como un flujo determinado de datos afecta a un problema específico. En este sentido podría afirmarse que sin ese flujo incesante de información el mercado quizás no pudiera funcionar con la rapidez con la que lo hace (Coase, R.H., "La estructura institucional de la producción", en *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, 1994, pág. 214). A lo dicho en el texto debe añadirse que los costes de transacción disminuyen, también, por la estandarización de la

Frente a ello, un autorizado sector de la doctrina sostiene que en la medida que los mercados de capitales son competitivos, estos son capaces de generar por sí mismos información acerca de sus productos, de lo que se desprende que la intervención del Estado en este punto es, como mínimo, innecesaria por redundante, cuando no perturbadora<sup>16</sup>.

No es esta, sin embargo, la opinión dominante. Sobre la base de la experiencia<sup>17</sup> se considera que el mercado no es capaz de garantizar por sí mismo un flujo de información suficiente y veraz, con lo que entiende plenamente justificado intervenir estableciendo determinadas medidas legales que aseguren la total transparencia de los mercados de valores (*disclosure*)<sup>18</sup>, imponiendo a los sujetos la obligación de informar de manera veraz (arg. ex art. 290 CP) sobre aquellos aspectos que se consideraran relevantes, en la medida de que puedan influir sobre las decisiones de los inversores, y, al mismo tiempo, se les exige que ofrezcan esa información de manera simultánea al mercado, a fin de evitar o al menos disminuir los costos inherentes a la inevitable asimetría en la información<sup>19</sup>.

Como se ha dicho, la necesidad de imponer por mandato legal la transparencia se apoya en una

idea muy simple, que puede expresarse con las conocidas palabras del *Justice Brandeis* de que la luz solar es el mejor de los desinfectantes y la luz eléctrica es el mejor policía contra los abusos de los que gestionan el dinero ajeno<sup>20</sup>. Al mismo tiempo, la necesidad de imponer por ley la simetría en la información pretende garantizar la igualdad de los inversores individuales frente a los inversores institucionales y a los administradores de las sociedades cotizadas<sup>21</sup>. Como es sabido, el artículo 285 del Código Penal sanciona las violaciones más graves de este mandato<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Brandeis, L.O., *El dinero de los demás*, Barcelona, 1994, pág. 99 y, en particular, pág. 108, en palabras que, por su elocuencia, deben transcribirse, "la transparencia debe ser real, y debe ser una transparencia en beneficio del inversor... para ser efectiva, el conocimiento de las informaciones debe llevarse a casa del inversor y la mejor forma de hacerlo es exigiendo que las informaciones queden expuestas en caracteres claros y grandes en cada nota, circular, carta o publicidad que invite al inversor a comprar". Sánchez Andrés, A., "La Reforma del Mercado de Valores español: algunas claves orientadoras", *Revista de Derecho Bancario Bursátil*, 1990, pag. 12

<sup>21</sup> Se denominan inversores institucionales a los intermediarios financieros y en general a las entidades que captan ahorro privado y lo canalizan a la inversión en títulos de participación societaria, entre otras inversiones (Trias Sagnier, M., *Los inversores institucionales y el gobierno de las grandes sociedades*, Madrid, 1998, pag. 91). En este punto no podemos dejar de señalar la contradicción que se aprecia entre la exigencia de igualdad de los inversores en el acceso a la información y la recomendación que hace el Informe de la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las sociedades, el gobierno de las sociedades cotizadas (el llamado Código Olivencia) que recomienda a los Consejos de administración crear canales de comunicación privilegiados con estos inversores, con lo que se canoniza que estos inversores disfruten de más información que el resto de los inversores, antes que ellos y probablemente de mayor calidad. En un sentido similar, *vid.* Tapia Hermida, A., "Los accionistas y el gobierno de las sociedades cotizadas Observaciones a la vista de algunas crisis financieras recientes", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, II, op. cit., pág. 2555 a quien sigue Roncero Sánchez, A., "Los inversores institucionales y el denominado Gobierno Corporativo", en Esteban Velasco (coord.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pág. 689. Esta contradicción sólo puede resolverse, como es lógico, a favor de la supremacía incondicional y con todas las consecuencias de las normas legales, que en este caso son imperativas, sobre las recomendaciones del Código, de manera tal que éstas sólo pueden aplicarse dentro de los límites que aquellas fijan.

<sup>22</sup> Ruiz Rodríguez, L.R., *Protección penal del mercado de valores (infidelidades en la gestión de patrimonios)*, Valencia, 1997, pags. 342 y ss., criticando, sin acierto a mi modo de ver, que el artículo 285 CP no sancione el uso de información privilegiada por parte de los emisores de valores (pág. 344) y ello es así por la sencilla razón de que el emisor del valor sólo puede ser obviamente la sociedad que lo crea, con lo que no existe problema en entender comprendido en el precepto a los administradores, directivos y empleados de dicha sociedad (Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho penal económico Parte especial*, Valencia, 1999, pag. 139, aunque este autor alude, con escaso rigor técnico, a unas allí llamadas personas protagonistas de la sociedad emisora). Sobre la concepción del *insider*, *vid.* Chiarella vs. United States, 445 U.S. 222 (1980), con voto disidente del Chief Justice Burger —donde se sientan las bases de la teoría de la *misappropriation*—, y *Dirks vs. SEC*, 463 U.S. 646, 1983 que reducen el abanico de infractores a los *insiders* a los administradores, altos directivos y accionistas de control y a todos aquellos que mantienen una relación de confianza y confidencial con la sociedad. Nuestro artículo 285 CP, al prescindir de este requisito subjetivo de la confianza, puesto que se limita a exigir que la información con la que se trafica haya sido obtenida con ocasión del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, amplía el concepto de iniciado, lo que permite comprender los supuestos de *misappropriation* que, como se sabe, ha sido adoptado como criterio por los Circuitos 2, 3, 7 y 9 de EE.UU. (*vid.* *SEC vs. Cherif*, USCA, Fd7, 1992, 966; *SEC vs. Matera*, Fd2, 1984, 197, ES vs. Nuewman, Fd2, 1981, 664). Volviendo al artículo 285 CP, resulta que una interpretación literal del mismo permitiría perseguir al camarero, taxista, periodista o impresor que han conocido la información

información a suministrar (Bloomenthal H., *Securities Law Handbook*, Nueva York, 1995, pág. 64). Entre nosotros García de Enterría, J., "Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al *securities law* de los Estados Unidos", *Revista de Derecho Mercantil*, 1989, págs. 653 y ss.

<sup>16</sup> Esta es la posición de la llamada Escuela de Chicago; por todos, Sttiegler, G., ("Public Regulation of the Securities Markets", 37 *J. Bus.* 117, 1964) —un trabajo que sólo pueden calificarse como un clásico inexcusable— y Benson, G.J., ("Required Disclosure and the Stock Market: An Evaluation of the Securities Exchange Act of 1934", *American Economic Review*, marzo 1973, págs. 132 y ss.), entre los economistas. Entre los juristas pueden destacarse a Posner, R., (*Economic Analysis of Law*, 4ª edic., Boston-Nueva York, 1992, págs. 445 y ss.) y Easterbrook, F.H., y Fischel, D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard, 1991, págs. 262 y ss., 286 y ss. Al respecto debe tenerse presente que estos autores parten de la consideración de que la falta de información o la asimetría en esta constituyen fallos del mercado y que, por ello, deban considerarse de manera negativa. En esta línea parecen situarse los autores del llamado *Libro blanco sobre el papel del Estado en la economía española*, Termes, R., (dir.), Madrid, 1996 que en la pág. 697, proponen simplificar y reducir las exigencias de información del folleto de emisión.

<sup>17</sup> Loos, L., y Seligman, J., *Fundamentals of Securities Regulation*, op. cit., págs. 24 y ss. y, en particular, pag. 29 Es la experiencia la que permite defender la tesis de la incapacidad del mercado para solventar por sí mismo sus crisis más graves (Soros, G., *La crisis del capitalismo global*, op. cit., págs. 151 y 158 y ss.). Desde una perspectiva diametralmente opuesta, muy crítica con la idea de mercado financiero regulado legislativamente y controlado por una autoridad administrativa, Miller, M., en la colección de artículos agrupada en los libros *Innovación y volatilidad en los Mercados Financieros*, Madrid, 1994, *passim* y *Los mercados de derivados*, Madrid, 1999, *passim*, en especial, págs. 61 y ss.

<sup>18</sup> Loos, L., y Seligman, J., op. cit., pág. 7: "hay un tema recurrente: la transparencia, de nuevo la transparencia y una vez más la transparencia"

<sup>19</sup> Mankiw, N. G., *Principios de economía*, Madrid, 1998, pag. 522, pone de relieve que la información asimétrica incide negativamente en el funcionamiento del mercado porque la persona desinformada corre el riesgo de comprar un bien de baja calidad. Assmann, H.D., "La responsabilita da pospetto", en Abbadessa, P. y Rojo, A., *Il Diritto delle società per azioni problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, pág. 656. Notese que se alude a la información relevante para el mercado y no a toda la información existente, como erróneamente afirman Vicent Chulia, F., y Salinas Adelantado, C., "Derecho de sociedades y mercado de valores", *La Ley* 4779, 21 de abril de 1999, pág. 2, pues además de que ello no sería factible tampoco parece deseable.

Llegados a este punto, podemos establecer por qué deben registrarse la auditoría de las cuentas y el folleto de emisión. Si nos atenemos al artículo 92 *in fine* LMV ello no tiene otra finalidad que la de reconocer que esos documentos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido, con lo que parece afirmarse que la CNMV ejerce sobre aquellos un control formal<sup>23</sup>. Como se ha avanzado, no podemos compartir este criterio, por las razones que seguidamente se exponen.

Resulta evidente que ambos documentos comparten una misma función informativa. La auditoría de cuentas, por estar orientada a comprobar si las cuentas ofrecen la imagen fiel del patrimonio<sup>24</sup>, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad, así como de la concordancia del informe de gestión con las cuentas (arts. 208 y 209 TRLSA) constituye un documento de consulta obligada para el inversor que por medio de su lectura se puede hacer una idea sobre el estado patrimonial de la

---

en el ejercicio de su profesión, por lo que no ha faltado quien ha defendido una interpretación más estricta del precepto, excluyendo a los *outsiders*, con lo que el elenco de sujetos activos se ceñiría a los *insider* en sentido propio (directivos, accionistas o empleados). En este sentido, Barja de Quiroga, J., "El abuso de información privilegiada", en Bacigalupo, E., (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, págs. 362, 345 y 344, donde rechaza de una manera un tanto expeditiva la teoría de la *misappropriation*, al considerarla escasamente convincente lo que ciertamente resulta muy llamativo si se recuerda que es la que ha sido adoptada por alguno de los más importantes Circuitos de Apelación de EE.UU., en particular el 2 y el 7, y que ha sido recogida en parte por el Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act (ITSFEA) de 1988 que reforma el Insider Trading Sactions Act (ITSA) de 1984. A ello debe añadirse que el Tribunal Supremo de EE.UU. no se ha pronunciado, que sepamos, sobre esa teoría puesto que en el caso *Winters* el resultado fue un empate a cuatro. Dicho esto, tampoco podemos compartir la interpretación que se defiende, al menos en los términos en los que viene propuesta pues, a nuestro juicio, la expresión que utiliza el artículo 285 CP, "con ocasión del ejercicio de su actividad profesional" permite comprender, desde una interpretación acorde a los criterios del artículo 4.1 CP, a los *insiders* y también a aquellos *outsiders* que conocen la información *con motivo o precisamente por causa* de su profesión, de tal manera que el precepto excluye a los que toman conocimiento de la información de manera casual, al margen de su actividad profesional. Siendo así es claro que el taxista o el peluquero no pueden ser sujetos activos del delito, como tampoco lo puede ser el ascensorista que escuche una conversación y, sin embargo, no vemos problema en considerar como sujeto activo a los directivos y empleados de las agencias y sociedades de valores, los abogados, asesores fiscales, auditores o, incluso, porque no, a los periodistas económicos (*vid* Chasins vs. Shmith, Barney & Co Inc. 438, Fd. 2 1167, 1970 y EE UU. vs. Carpenter 791, Fd2, 1024, 1986. Al llegar este caso al TS, éste confirmó la sentencia, aunque sin pronunciarse sobre la teoría de la *misappropriation* que había aplicado el 2º Circuito).

<sup>23</sup> Al respecto pueden resultar esclarecedoras las palabras del presidente de la CNMV ante la Comisión de Estudio sobre la intervención del Banco Español de Crédito, constituida en el Congreso de los Diputados que, la sesión celebrada el 15 de marzo de 1994 y en una intervención claramente orientada a eludir sus responsabilidades en dicho desastre, afirmó que lo que la Comisión se limitaba a analizar si el folleto incluye toda la información legalmente establecida, comprobar que esas explicaciones son claras, suficientes para tomar una decisión lo que no le impidió reconocer que la información llega al mercado básicamente a través del folleto.

<sup>24</sup> Sobre los problemas valorativos de las cuentas y su repercusión sobre la imagen fiel de las mismas, por todos, Girón Tena, J., "Las cuentas anuales", *Revista de Derecho de Sociedades* 1993, 2, pág. 29, y Gondra Romero, J.M.<sup>a</sup>, "Significado y función del principio de 'imagen fiel' ('True and fair view') en el sistema del nuevo Derecho de Balances", en AA.VV. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pág. 592.

sociedad y, en particular, si existen riesgos para la situación financiera de la misma o tomar conocimiento de cualquier otra eventualidad que haya provocado la reserva de los auditores<sup>25</sup>. De la creciente importancia de la auditoría da idea, por último, que el reciente Informe Olivencia haya propuesto la creación, para las sociedades cotizadas, de un Comité de Auditoría interno, entre cuyas funciones se incluyen canalizar las relaciones entre el Consejo de administración de la sociedad y los auditores externos<sup>26</sup>.

Algo similar puede decirse respecto al folleto informativo que debe contener toda la información que se considera necesaria sobre el valor que se pretende emitir, a fin de que el inversor pueda calibrar el riesgo de la inversión (art. 28.I LMV). Su importancia reside en que es el único elemento informativo de la emisión, puesto que el tríptico se elabora a partir de él (arts. 15, 22.1 y 23 RD 291/1992)<sup>27</sup>. Su finalidad es reflejar la situación personal, económica y jurídica de la sociedad y por ello su falsedad está sancionada por el ex artículo 290 CP<sup>28</sup>.

Siendo así, parece innegable que el depósito y registro de esos documentos en la CNMV no tiene otra finalidad que la de permitir la máxima transparencia de los mercados de valores y por esta vía proteger a los inversores (art. 13.II LMV) pues estos pueden disponer de manera sencilla y económica de información relevante sobre la sociedad a la que, en otro caso, probablemente tendrían dificultades para acceder. Siendo así, la CNMV viene obligada a formular, respecto de esa documentación, un juicio tanto formal como material que se pro-

<sup>25</sup> En efecto, el elenco de reservas potenciales es amplio, ya que excede, con mucho, las señaladas en el artículo 209 TRLSA. Así, por ejemplo, los auditores están obligados a señalar si han sufrido cualquier limitación impuesta en su actividad; reseñar cualquier incidencia; constatar las eventuales infracciones de las normas legales o estatutarias en la confección de las cuentas, en particular las que se refieren a la claridad de las cuentas, criterios de valoración, observancia de principios contables; por último, deben señalar asimismo cualquier hecho que hubieren comprobado cuando éste suponga un riesgo para la situación financiera de la sociedad (Arana Gondra, F.J., *La Ley de Auditoría de Cuentas*, Madrid, 1995, págs. 164 y ss. e Illescas Ortiz, R., "Las cuentas anuales Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales", Uria, R., Menéndez, A., y Olivencia, M., *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo VIII. Volumen 2º*, Madrid, 1993, págs. 125 y ss.).

<sup>26</sup> Sobre estas cuestiones, critico con el planteamiento del Informe Olivencia, Sanz Paraiso, L.F. "Las Comisiones de Auditoría y Cumplimiento", en Esteban Velasco (coor.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, op. cit., págs. 403 y ss.

<sup>27</sup> Loos, L., y Seligman, J., op. cit., págs. 122 y 150 y Schwark, E., *Börsengesetz. Kommentar*, 2º edic., München, 1994, pág. 290, quienes aluden a la naturaleza bifronte o esquizofrénica del folleto ya que la mismo tiempo es parte del contrato de compraventa de los valores y, en esa medida, tiene naturaleza contractual pudiendo afirmarse que constituye la parte general de adhesión, de dicho contrato, por lo que es de aplicación lo dispuesto en la legislación de protección de consumidores y usuarios (vid. Fernández Pérez, op. cit., *passim*). Entre nosotros, respecto al aspecto informativo del folleto, Sánchez-Calero, Guilarte, M., "Artículo 15. Contenido ordinario del folleto", en Sánchez Calero, F., (dir.) *Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992*, Madrid, 1995, pág. 345.

<sup>28</sup> Sánchez Alvarez, M. M., *Los Delitos Societarios*, pág. 117. La omisión del deber de registro de ambos documentos en la CNMV puede considerarse, cuando concurren los demás requisitos exigidos para ello, como incardinable en la conducta descrita en el artículo 294 CP. El párrafo 264a del StGB sanciona la falsedad del folleto.

yecta sobre cuatro aspectos: su legalidad, su suficiencia, su verosimilitud y su coherencia<sup>29</sup>, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el Registro Mercantil que se limita a calificar, esto es, a formular un juicio de legalidad respecto de los documentos que se le presentan para su inscripción.

La CNMV formula un juicio formal que abarca dos aspectos. Por un lado, hace un juicio de legalidad sobre los mencionados documentos, comprobando que su autor es el determinado por la ley; que han sido confeccionados y aprobados respetando el procedimiento establecido al efecto y que reúnen los requisitos de forma exigidos a tal fin (arts. 8.2 y 10 RD 291/1992). Al mismo tiempo y en aras de asegurar al máximo la transparencia, la CNMV debe velar porque el folleto esté redactado con un lenguaje claro y preciso, de forma que no de lugar a la formación de un juicio erróneo entre sus destinatarios, los inversores, por lo que aquella está facultada para exigir la rectificación de aquellos aspectos del mismo que no se ajusten a esos parámetros (art. 15 RD 291/1992)<sup>30</sup>, a lo que debe añadirse la facultad que le asiste para añadir de oficio aquellas advertencias y consideraciones que faciliten su análisis y comprensión (art. 20.6 RD 291/1992)<sup>31</sup>.

Junto a ello, la CNMV comprueba que el folleto ofrece la información requerida legalmente con carácter mínimo (arts. 17, 18, 19 y 20 RD 291/1992). Junto a ello, la CNMV puede exigir, sin límite alguno o sujeción alguna y cuantas veces lo considere oportuno, toda cuanta información adicional considere necesaria para que el inversor esté en condiciones de formarse un juicio fundado sobre la oferta que contiene el folleto (arts. 13.II y 28 LMV y 20.6 RD 291/1992).

La posibilidad de que la CNMV formule un juicio sustantivo sobre el folleto es ciertamente polémica pues se considera, con parte de razón, que ello podría suponer una vuelta subrepticia al viejo sistema de autorización administrativa previa de la emisión, que ha sido desterrado por el artículo 27 LMV. En efecto, el uso desmedido por parte de la CNMV de la facultad que él concede a la CNMV el artículo 20.6 RD 291/1992, de exigir del emisor toda cuanta información adicional estime necesaria podría suponer un deslizamiento más o menos perceptible desde el ámbito del intervencionismo más o menos justificado al de la pura y simple arbitrariedad. En éste sentido cabe señalar que la información que solicita la CNMV es, en primer término, administrativamente obligatoria, aun en el caso de que aquella venga calificada como información adicional o complementaria. A lo dicho debe añadirse que esa in-

formación es teleológicamente típica (art. 15 RD 291/1992), de lo que se desprende que aquella debe guardar cierta relación, incluso indirecta, con la emisión que se pretende efectuar. En tercer lugar, se trata de una información objetivamente supervisada, lo que supone que la CNMV realizará su función sin acometer, en principio y por su cuenta, de oficio, investigaciones encaminadas a averiguar la verdad material de aquellos, salvo en casos realmente excepcionales (art. 12 RD 291/1992). En cuarto lugar, se trata de una información que tiene un destinatario específico: el potencial inversor. Por último, y ello es obvio, debe tratarse de una información actualizada (art. 19.3 RD 291/1992)<sup>32</sup>.

En este contexto se explica la necesidad de que la CNMV efectúe un juicio sustantivo de los documentos. Así esta valora, en primer lugar, si los acuerdos de emisión contienen infracciones graves del ordenamiento jurídico que puedan poner en peligro los intereses de los inversores o implica discriminación entre ellos, en cuyo caso aquella viene obligada a denegar el registro de la documentación (art. 8.3 RD 291/1992)<sup>33</sup>.

En segundo lugar, viene obligada a comprobar si las cuentas y el folleto son verosímiles, para lo que debe confrontarlos con la información que obre en sus archivos, con la que pueda recabar del oferente o incluso, en aquellos casos que así esté previsto, con la que le procuren otras instituciones públicas, como el Banco de España. En particular, si aprecia-se la posible inobservancia en los informes de auditoría de la legislación en materia de auditoría de cuentas o de las normas técnicas de auditoría, la CNMV tiene la obligación de dirigirse al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que en el plazo de dos meses realice el oportuno control técnico del informe de auditoría (art. 12 RD 291/1992). Si el ICAC pone reparos a la auditoría, la CNMV deberá decidir bajo su responsabilidad si los ignora, si requiere a la sociedad para los subsane (art. 27 LMV y 12 RD 291/1992) o si acepta la auditoría. En este punto nos interesa señalar que entendemos que la CNMV está facultada para remitir al ICAC todas las auditorías que se le presenten, sin que ello esté sujeto a una OPV y ello es así por la sencilla razón de que en este último caso el oferente no está obligado a presentarla cuando la CNMV disponga ya de la misma, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones establecidas (art. 11.2 RD 291/1991, en relación con el art. 92.c LMV, aunque la redacción del nuevo art. 18.2.b) RD 291/1992 parece sugerir lo contrario). Por último, la CNMV examina la coherencia interna del propio documento.

Una vez concluido este proceso, la CNMV viene obligada a registrar el folleto o, en su caso, a denegar-lo, si considera que el folleto no reúne los requisitos formales o materiales necesarios<sup>34</sup>. Como es

<sup>29</sup> Alonso Espinosa, F J, *Mercado primario de valores negociables. Un estudio en torno al RD 291/1992, de 27 de marzo*, Barcelona, 1994, pag 90, Rubio Casas, M G., "Artículo 19 Neutralidad de la inscripción, en Sanchez Calero (dir ), *Régimen jurídico* ., op. cit., págs. 438 y ss., a quien seguimos en gran medida. En el mismo sentido, Alonso Ureba, A., "Inexactitudes u omisiones del contenido del folleto informativo con motivo de una emisión/oferta de valores (en torno a los arts 20 y 21 DR 291/1992)", AA.VV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez III*, Madrid, 1996, pag. 3099.

<sup>30</sup> Loos, L, y Seligman, J., op. cit., pag., 146.

<sup>31</sup> La eficacia de esta advertencia es bastante limitada, como lo muestra el conocido caso Tucker Corp, 256 USCA 7<sup>a</sup>, Fd2, 1958, 808

<sup>32</sup> Alonso Espinosa, F J, *Mercado primario de valores negociables, op. cit.*, págs 87 y ss., a quien seguimos en este punto.

<sup>33</sup> Sanchez-Calero Guilarte, J, op. cit., pag. 230.

<sup>34</sup> Así lo reconoce, críticamente, Sánchez-Calero Guilarte, J., "Artículo 8. Normas generales", en Sanchez Calero, F., *Régimen jurídico* ., op. cit., pag. 222, que no repara, a mi juicio, en que ese mayor grado de discrecionalidad de la CNMV que es marca común de las entidades de supervisión

lógico, la decisión que se adopte es susceptible del correspondiente recurso.

Si antes del fin de la emisión suceda o se conozca un hecho que no ha sido contemplado en el folleto o se advierta una omisión o inexactitud en éste que puedan influir de manera significativa en el precio de los valores que se ofrecen en venta, el oferente viene obligado a confeccionar un suplemento del folleto, que deberá cumplir los mismos requisitos de este último (art. 23.3.I RD 291/1992), de forma tal que si aquel no confecciona ese suplemento del folleto, ello se asimilará a la falta de registro del folleto (arg. ex art. 21.3 RD 291/1992), en cuyo caso la CNMV estará facultada y más bien diríamos que obligada a cancelar de inmediato el registro del mismo, lo que implica la automática suspensión de la oferta, sin perjuicio de aplicar las sanciones que correspondan, por comisión de una falta muy grave (art. 99.n), en relación con el art. 26.b), ambos de la LMV).

#### IV. LA RESPONSABILIDAD DE LA CNMV

Llegados a este punto estamos en condiciones de ocuparnos del artículo 92 *in fine* LMV. Como se ha dicho, éste señala que la CNMV no responderá por la falta de veracidad de la información contenida en los informes de las auditorías de cuentas y de los folletos informativos. Este precepto sólo puede interpretarse, a nuestro juicio, en el sentido de que la CNMV responde *ex* artículos 106 CE y 139 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por los daños producidos a los inversores a causa del cumplimiento deficiente de su función supervisora en punto a registrar una auditoría o un folleto que no reunían los requisitos formales o sustantivos para ello, en cuyo caso la CNMV venía obligada a denegar su registro al amparo de su facultades legales, ya descritas, y en cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 13.II LMV<sup>35</sup>. Esto no se contradice, desde luego, con que la CNMV no responda por la falta de veracidad de esos documentos, lo que sería aceptable si fuese su autora o si respaldase su contenido, lo que obviamente no es el caso.

La CNMV responde entonces como se ha dicho por haber acordado el registro indebido de esos documentos. Al respecto conviene recordar, por un lado, que esa decisión es facultativa y no obligada y, por otro, que la CNMV no está sometida al cumplimiento perentorio del plazo de un mes para adoptar una decisión al respecto, puesto que cualquier solicitud de información adicional sobre aquellos interrumpe de forma automática dicho plazo, que comienza a contar sólo desde que se complete toda la documentación —lo que incluye la que se pida con carácter adicional o aclaratorio—, según dispone el artículo 8.2 *in fine* RD 291/1992. Como es lógico, tampoco puede servir de excusa para justificar esa pretendida exención de responsabilidad, la complejidad o especial dificultad de la función supervisora, puesto que la CNMV dispone, como se ha señalado, de todos los medios legales, personales y materiales que resultan necesarios para el correcto desempeño de su función (*vid.* las consideraciones de la STS 25-1-1997, dictada a propósito de la muerte de un recluso en un centro penitenciario)<sup>36</sup>.

Siendo así, el caso parece que debe tratarse como un supuesto de responsabilidad extracontractual de la administración por funcionamiento deficiente *ex* artículo 106, en relación con el artículo 103.1. ambos de la CE<sup>37</sup>, con lo que la responsabilidad de la CNMV es objetiva, directa y normalmente concurrente con la del sujeto emisor del valor o con éste y con el auditor, en el registro de la auditoría, en cuyo caso la responsabilidad será solidaria, con lo que el perjudicado podrá dirigirse exigiendo el resarcimiento de los daños sufridos contra la CNMV. Según nos parece, están legitimados para exigir esa responsabilidad los inversores individuales e institucionales que hayan sufrido lesión por el anormal funcionamiento supervisor de la CNMV, pues no se advierten motivos que aconsejen excluir a los segundos, aunque en este último caso podría pensarse que quizás haya cierta culpa por parte del inversor (arg. *ex* art. 7.1.a) RD 291/1992) lo que permitiría quizás moderar el *quantum* de la indemnización (STS 26-10-1996) pero ello no supone que la CNMV quede eximida de responsabilidad<sup>38</sup>.

del sistema financiero, por cierto, está justificado por la necesidad de proteger el inversor.

<sup>35</sup> En este mismo sentido, en la doctrina comparada, Crespi, "La falsità nel prospetto informativo inviato alla CONSOB ex articolo 18 legge 17 giugno 1974", *Rivista delle società* 1989, págs. 7 y ss. y Assmann, H.D., *op. cit.*, pag. 674 y, entre nosotros, Alonso Urbab, A, *op. cit.*, pag. 3100 y Rubio de Casas, M. G., *op. cit.*, pag. 453.

<sup>36</sup> Jimenez Blanco, A., "Supervision bancaria y responsabilidad administrativa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 20, 1985, págs. 823 y ss. y De la Cuesta Rute, J.M., "Las responsabilidades de las Administraciones públicas por las alegaciones publicitarias de contenido financiero", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 18, 1985, págs. 247 y 263.

<sup>37</sup> Garcia de Enterría, E., y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, 4ª edic., Madrid, 1993, pag. 389 y Parada, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pag. 434.

<sup>38</sup> Garcia de Enterría, E., y Fernández, T.R., *op. cit.*, pag. 401. En contra, Rubio de Casas, M.G., *op. cit.*, pag. 458 que sostiene que, en tal caso, la CNMV no responderá.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Menos tribunales, mejores jueces

Eduardo CALVO ROJAS

I

Según Marcel Proust “...no hay casi nunca ni condena justa ni error judicial sino una especie de armonía entre la falsa idea que se forma el juez sobre un acto inocente y los hechos culpables que él ignora”. Podrá pensarse que esta imagen de la justicia no es sino una ocurrencia de escritor, un simple juego de palabras que no guarda correspondencia alguna con la realidad; pero entonces viene esa realidad y nos ofrece ejemplos que van mucho más allá que aquella tímida ficción literaria. Sirva de muestra el testimonio del juez Gest von Orphane, del Tribunal de Filadelfia, que admitió haber decidido al azar 4.000 casos y se jactaba además de que el resultado no debió ser demasiado malo teniendo en cuenta que 2.300 de aquellas decisiones fueron luego confirmadas por tribunales superiores<sup>1</sup>

Todo el que tenga un mediano conocimiento del escalafón judicial español —y seguramente lo mismo cabría decir de cualquier otra organización judicial, sea o no de corte funcional— tendrá noticia de algún pintoresco personaje con criterios de enjuiciamiento y rigor profesional no muy distintos a los de aquel colega americano. Pero ni se trata de hacer aquí una chistosa galería de notables ni es éste el principal problema de nuestro sistema judicial.

Tratar de calibrar el grado de acierto de la justicia es tarea siempre vidriosa; y, en todo caso, el valor de ejemplos como el que antes mencionábamos puede relativizarse cuanto se quiera con sólo apelar a lo que en ellos hay de deliberada exageración o de muestra patológica no representativa. Hay en cambio otros reproches referidos a la justicia que difícilmente pueden tacharse de exagerados o carentes de fundamento: su exasperante lentitud, la opacidad con la que se presenta para la mayoría de los ciudadanos, los graves defectos de gestión de la justicia como servicio público, la frecuente contradicción en la resolución de casos iguales.. En fin, para qué seguir con el enunciado. Son reproches de sobra conocidos y que, sumados, conforman el sentimiento general de que la justicia funciona mal y no ofrece una respuesta satisfactoria a lo que de ella se espera.

Pero como este sentimiento es una constante histórica —ha sido formulado en épocas y culturas muy diferentes— resulta fácil pensar que, más allá de los concretos defectos de uno u otro sistema judicial, aquella insatisfacción se debe principalmente a un exceso en las expectativas. Por esta vía llegaríamos a la resignada conclusión de que la demanda de justicia nunca podrá encontrar cumplida respuesta a través los concretos instrumentos que somos capaces de articular. Pero no parece demasiado útil que intentemos consolarnos con estas conclusiones de índole fatalista que, por lo demás, no dejarían otra salida sino la de dar aquí por terminadas estas líneas. Por otra parte, la insatisfacción que genera la justicia es una realidad persistente pero cambiante; según el momento y el lugar se manifiesta poniendo el acento en uno u otro aspecto y no siempre con igual intensidad; y ello porque depende de variables sobre las que es posible incidir, y sobre los cuales, por ello mismo, conviene reflexionar.

II

Si atendemos al hecho de que el acceso a la justicia es hoy más fácil que nunca y el número de litigios de toda clase que se ventilan ante los tribunales muy superior al de cualquier período histórico anterior, podríamos llegar a la desenfocada conclusión de que el sistema judicial moderno es víctima de su propio éxito. Pero sería erróneo además de estéril ese ejercicio de autocomplacencia.

Es cierto que la elevación del nivel económico y cultural, tanto en el plano individual como en el colectivo, determina una más nítida conciencia de los propios derechos y una actitud más beligerante en la defensa de los mismos; y también lo es que un sistema constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva es terreno abonado para que proliferen las acciones judiciales de toda clase. Sin embargo, la actual saturación del sistema judicial no se puede explicar apelando únicamente al incremento de la litigiosidad por tales motivos y al insuficiente incremento en paralelo del número de jueces. Existen otros muchos factores a considerar. Sin duda, la implantación de modelos de organización obsoletos y de procedimientos inadecuados, la desafortunada tendencia a confundir garantías procesales con farragosidad de trámites, la distribución de competencias mediante normas poco claras que dan lugar a irritantes peregrinaciones, o la defectuosa gestión de la oficina judicial, son aspectos que

<sup>1</sup> De esta conocida confesión del juez Von Orphane nos dan cuenta Peces Morale, Jesús E.: “La Sentencia. Técnica de redacción”, Revista *Poder Judicial* nº 36, diciembre-1994, y Nieto, Alejandro: “El dorso metalegal de las resoluciones judiciales”, obra homenaje al profesor Jesús González Pérez (“Protección jurídica del Ciudadano”), Civitas, Madrid, 1993.

contribuyen de manera importante a la ineficacia del sistema. Y aunque estamos hablando de factores concurrentes cuya incidencia relativa es difícil de ponderar y más aún de cuantificar, considero que los que he incluido en el segundo grupo son de la mayor relevancia como causas determinantes de la penosa situación actual.

En otras ocasiones me he referido al fenómeno de la litigiosidad masiva y repetitiva (especialmente en el ámbito contencioso-administrativo) y a cómo determinadas iniciativas legislativas y de gestión podrían aliviar la saturación de asuntos que hoy nos atenaza. Y haciendo un inciso diré que hay que calificar de tímidas e insuficientes las novedades que en este punto incorpora la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>2</sup> Pero, dejando ahora a un lado el análisis de las medidas que podrían adoptarse para un orden jurisdiccional determinado, quiero dejar apuntada aquí una reflexión de alcance más general.

Comparto el parecer de Perfecto Andrés cuando señala: *"El ideal garantista, como tal, no conoce punto de llegada. Pero, de haberlo, en hipótesis, estaríamos aún muy lejos de él"*<sup>3</sup>. Ahora bien, la certeza de que en lo tocante a garantías falta mucho por hacer no debe impedir que nos preguntemos —más bien nos obliga a ello— si no estaremos empeñados en fórmulas inadecuadas. Cabe plantearse por ejemplo, aunque puede sonar a provocación, si la sistemática creación de nuevos órganos e instancias jurisdiccionales no será acaso un factor adicional de incremento la litigiosidad. No me refiero a una relación causal lineal en cuya virtud el incremento del número de tribunales comportaría de forma automática y necesaria una mayor número de litigios; pero sí a que las circunstancias que suelen concurrir o coincidir con la creación de nuevos órganos judiciales (reformas orgánicas y procesales que tardan en asimilarse, articulación de la doble instancia jurisdiccional, captación precipitada de jueces con los que cubrir las plazas de nueva creación...) son factores que siquiera transitoriamente generan más problemas que los que aquella dotación de nuevos tribunales pretende resolver.

Puesto que la congestión de los tribunales es un

<sup>2</sup> Veamos un ejemplo. El artículo 51.2 de la LJCA de 1998 introduce un nuevo motivo de inadmisión en cuya virtud el Juzgado o Tribunal "...podrá inadmitir el recurso cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme" La iniciativa es saludable en cuanto instrumento para hacer frente a administrados proclives a interponer recursos injustificados, pero resulta parcial e incompleta porque la Ley no contempla una solución igualmente expeditiva que permita estimar de plano —previo un trámite de audiencia sumaria— aquellos recursos que sean sustancialmente iguales a otros que hubieren sido estimados. Sin duda esta otra medida cerraría el paso a multitud de recursos tan injustificados como aquéllos; sólo que aquí es la Administración quien los provoca, y parece que el legislador no considera tan necesario poner coto a esta singular forma de "administrar" a base de ignorar resoluciones judiciales que ya son firmes. Como tampoco se adopta ninguna iniciativa para que la responsabilidad por haber dictado actos iguales a otros que ya han sido anulados recaiga personalmente sobre la autoridad o funcionario que los produce (las condenas en costas a la Administración son una medida insuficiente que, además, acabamos pagando todos).

<sup>3</sup> Perfecto Andrés Ibáñez, "Garantía judicial de los derechos humanos", en Revista *Claves de Razon Práctica* nº 90, marzo 1999.

fenómeno generalizado, y dado que toda iniciativa orientada a la creación de nuevos órganos judiciales acaba revelándose al poco tiempo como insuficiente<sup>4</sup>, considero legítimo preguntarse, insisto, si no estaremos perseverando en unas vías de solución ya agotadas y sin otra virtualidad que la de crear la falsa apariencia de que se está haciendo algo.

### III

Antes hice referencia a una tendencia que a menudo se advierte tanto en el legislador como en los intervinientes en el proceso y que consiste en confundir garantías procesales con farragosidad de trámites. Seguidamente entraremos en alguna explicación adicional pero ante todo me interesa destacar que esa errónea identificación, como suele suceder con toda clase de mixtificaciones, no resulta inocua: de ella se derivan consecuencias perversas, la primera de las cuales consiste en que caricaturiza y aporta descrédito a las verdaderas garantías procesales.

Salvando ahora la especificidad del proceso penal, que deliberadamente dejo fuera de las presentes reflexiones, parece fácil convenir que en cualquiera de los restantes órdenes jurisdiccionales el proceso no es sino el cauce establecido en la ley para que un órgano imparcial dirima un conflicto entre partes con intereses contrapuestos; así de simple y, por lo que se ve, así de difícil. Es claro que ese instrumento procesal ha de cumplir unos requerimientos que aseguren el respeto al principio de contradicción en términos de igualdad, el derecho de las partes a valerse de los medios adecuados para la defensa, y, en definitiva, el derecho de los litigantes a una tutela judicial efectiva. Ahora bien, nada de ello está reñido con la sencillez, con la concentración de trámites ni con la agilidad en los modos de proceder. Por el contrario, el empeño en articular tramitaciones complejas y prolijas so pretexto de asegurar plenamente los derechos de los contendientes propicia en realidad el efecto contrario: poco o nada aporta el preciosismo procedimental a sus teóricos beneficiarios y, en cambio, puede perjudicarles en la medida en que entorpece el funcionamiento del servicio público. Veamos algún ejemplo.

Recientemente los medios de comunicación dieron noticia de serias irregularidades (firmas falsas) en la tramitación de las *multas de tráfico* en el Ayuntamiento de Madrid: al parecer, en un número de expedientes todavía sin cuantificar la diligencia de ratificación aparece firmada por un agente de policía distinto de aquél que había formulado el correspondiente boletín de denuncia. Algún responsable municipal intentó disculpar a la Corporación aludiendo a que el ingente número de expedientes hace inevita-

<sup>4</sup> Podría objetarse que estamos aún lejos de alcanzar la proporción de número de jueces por número de habitantes que existe en los países más desarrollados de la Unión Europea, pero tampoco puede decirse que en esos países (piénsese en Francia, Alemania o Italia) se hayan alcanzado logros llamativos en lo tocante a celeridad y eficacia del sistema judicial.

ble que en algunos —al parecer en muchos— se produzcan anomalías; pero es claro que si en la revisión administrativa o jurisdiccional de esos expedientes se confirma el dato que han señalado los medios de comunicación nadie dudará en afirmar la relevancia invalidante de tan grosera irregularidad procedimental; esas son las reglas del juego. Ahora bien, a uno esa noticia le suscita otro tipo de reflexión: ¿aumenta realmente el grado de protección jurídica del ciudadano el hecho de la ratificación de la denuncia por el agente denunciante?; ¿qué aporta a la bondad del procedimiento un trámite de ratificación que por más que lo realice el auténtico denunciante no pasa de ser, dado el número de expedientes, una diligencia realizada de forma masiva y rutinaria?; ¿tiene sentido cifrar la pureza del procedimiento en la observancia de trámites como éste?

Si dejamos el procedimiento administrativo para adentrarnos en el proceso judicial vemos cosas parecidas. Pensemos en la ritual intervención del Secretario "dando fe" en todo tipo de actuaciones y resoluciones judiciales. No dudo —o mejor, sí lo dudo, pero no me atrevo a descartarlo— que en algún momento histórico anterior la fe pública judicial haya desempeñado un papel significativo como garantía del procedimiento; pero en la actualidad no resulta fácil justificar la exigencia de que exista un funcionario dando fe de lo que hacen o presencian unos jueces y magistrados que también son funcionarios y, además, encarnan a uno de los poderes del Estado. Si para la validez y plena eficacia de cualquier acto administrativo es suficiente la firma de la autoridad o funcionario que lo emite, ¿por qué en la resoluciones judiciales la firma del juez o de los miembros del Tribunal ha de venir seguida de la del secretario? Creo firmemente que debería liberarse al secretario judicial de un cometido que nada aporta al proceso en lo tocante a garantías y sí conlleva, en cambio, una considerable carga burocrática que tiene mucho de ficticia. Cuánto mejor si se potenciasen otras funciones del Secretario, como técnico procesal, jefe de personal y, en definitiva, como responsable de la gestión del servicio público judicial.

Las consideraciones que aquí se exponen en modo alguno constituyen una proclama frente a las garantías procesales. Se trata justamente de lo contrario; de preservar éstas a base de despojarlas de todo el artificio que ha ido sedimentándose en torno suyo hasta el punto de asfixiarlas. Es claro que la garantía de los derechos se instrumenta a través de mecanismos que ocupan un espacio y un tiempo en cualquier procedimiento, y, desde luego, ninguna apelación a la eficacia o la celeridad puede servir de pretexto para aminorar o reducir el nivel de protección de aquéllos. Por lo pronto, no es cierto que "garantías" y "eficacia" sean conceptos incompatibles, por más que a veces se los quiera presentar como opciones excluyentes; y, en fin, llegado el caso extremo en que ese dilema fuese real no hay duda de que la integridad de los derechos es siempre un valor que debe primar frente a cualquier consigna de eficacia<sup>5</sup>. Lo que sucede es que a

veces se nos quiere presentar como garantías lo que en realidad no son sino artificios organizativos y procedimentales que en poco o en nada contribuyen a la defensa y protección de los derechos.

Así como la abundancia en la cita de normas constitucionales en una resolución administrativa o judicial no permite asegurar que ésta sea la más respetuosa con los principios en los que se asienta el Estado de Derecho —a veces, paradójicamente, el exceso en la invocación de preceptos constitucionales llega a ser síntoma de lo contrario— bien puede suceder que las normas que multiplican los trámites y vericuetos procedimentales y que ordenan toda clase de formalidades y requerimientos —bajo la bandera, cómo no, de mayores garantías procedimentales— no cumplan el cometido para el que se dicen dictadas y, en cambio, sí contribuyan a entorpecer el funcionamiento del servicio público y, siquiera sea de manera indirecta, a menoscabar ellas mismas la integridad de los derechos que supuestamente pretenden proteger.

#### IV

Los derechos fundamentales —y los relativos al acceso a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva no son en esto una excepción— tienen, no obstante su configuración como derechos del individuo, una dimensión o resonancia colectiva a la que no siempre se presta la debida atención. Quiere decirse con ello que el sistema encaminado a su protección no puede articularse prescindiendo del dato de que el individuo titular de tales derechos forma parte de un colectivo cuyos demás integrantes son también, claro es, titulares de derechos igualmente merecedores de protección. En definitiva, la ordenación de las garantías no puede hacerse como si hubiese un único titular/beneficiario de aquéllas pues operar desde esa ficción no sólo supone un grave desconocimiento de la realidad sino que acaba repercutiendo negativamente en la misma efectividad de la protección en el plano individual.

Las anteriores consideraciones pueden ponerse en relación con el modelo de organización judicial y el actual sistema de recursos devolutivos e instancias sucesivas. No se trata de dinamitar aquí el esquema vigente —entre otras razones porque no disponemos de una alternativa medianamente perfilada a la que acogernos— pero sí de reflexionar sobre la conveniencia de simplificar un modelo cuya escasa operatividad parece demostrada. Veamos.

La generalización de la doble instancia en todos los órdenes jurisdiccionales —medida a la que en principio hay que atribuir un propósito decididamente garantista— puede producir en algunos casos el efecto contraproducente que venimos señalando. No acudiré aquí al consabido argumento de que la disponibilidad presupuestaria del Estado es siempre limitada y que por ello hay que racionalizar la asignación de recursos escasos, pues tal formulación tiene algo de tramposa en la medida en que no se aplica el mismo rasero a todos los ámbitos de la actuación pública. El efecto negativo al que me refiero responde más bien a otro tipo de consideraciones.

<sup>5</sup> Por lo demás, sólo impropriamente podría hablarse de una actuación administrativa o jurisdiccional "eficaz" si no es al mismo tiempo respetuosa con los derechos fundamentales.

Por lo pronto, la implantación de la doble instancia se lleva a cabo mediante disposiciones orgánicas y procesales<sup>6</sup> que incluso cuando se realizan de forma medida y meditada, y no siempre sucede así, producen efectos traumáticos desde el punto de vista funcional. Así, al menos durante una primera fase —y aquí las fases suelen durar varios años— esos cambios normativos originan incertidumbres, problemas interpretativos, envíos y reenvíos de expedientes...y, en fin, toda suerte de incidencias cuya solución absorbe una energía que, obviamente, se detrae de otras atenciones.

Pero incluso una vez asentada la reforma, el normal desenvolvimiento de la doble instancia tiene unos requerimientos de gestión que no pueden ser ignorados. Ello sin contar con la obviedad de que la doble instancia supone que un mismo asunto sea objeto de un doble proceso de contradicción y de enjuiciamiento ante órganos judiciales diferentes (a veces es triple en virtud del recurso de casación en cualquiera de sus modalidades). No vamos a cuestionar aquí que esa secuencia de enjuiciamientos sucesivos albergue una mayor probabilidad de acierto de la decisión judicial; pero cabe preguntarse hasta qué punto es razonable mantener abierta de forma generalizada esa posibilidad cuando hay decenas de miles de litigios que esperan durante años un primer pronunciamiento jurisdiccional.

Por otra parte, la propia complejidad orgánica de los tribunales colegiados —generalmente integrados por una multiplicidad de Salas y Secciones que rara vez actúan de forma coordinada— propicia contradicciones que, además de provocar desconcierto, se convierten en fuente adicional de litigiosidad porque estimulan el deseo de promover nuevos litigios en los que se alcance la misma suerte que otros obtuvieron. Por supuesto, la incardinación del sistema judicial en el modelo de ordenación territorial del Estado de las Autonomías potencia el fenómeno descrito al propiciar todo tipo de acciones y recursos basados en agravios —supuestos o reales— derivados de resoluciones judiciales recaídas en distintas Comunidades Autónomas.

En fin, un ejemplo llamativo de cuanto aquí se viene exponiendo lo constituye la actual configuración del Tribunal Supremo, cuya hipertrofia —tanto en número de asuntos como en el salas, secciones y número de magistrados que lo integran— constituye a mi juicio el paradigma de cómo no debe estructurarse un órgano al que se supone atribuida una función clarificadora y orientadora. Sobre este tema ya se ha dicho algo en las páginas de esta misma publicación<sup>7</sup>; baste recordar aquí lo que allí se indicaba acerca de la necesidad de redimensio-

nar el Tribunal Supremo reduciendo drásticamente el número de asuntos que tienen acceso al mismo y, correlativamente, el número de magistrados que lo integran, a partir de la convicción de que unas pocas sentencias que aborden cuestiones debidamente seleccionadas y estudiadas con la necesaria profundidad cumplirían la labor clarificadora y orientadora que incumbe al Tribunal Supremo más eficazmente, sin duda, que la actual producción masiva de resoluciones con frecuencia repetitivas y no pocas veces contradictorias.

## V

Tanto o más que en cualquier otro país europeo, el sistema judicial español está tan fuertemente burocratizado y *funcionarializado* que los ciudadanos apenas perciben diferencias entre los modos de proceder de los tribunales y los de cualquier departamento ministerial u oficina municipal. Si acaso, el órgano judicial les resulta todavía más distante e inasible porque la relación con él no se entabla de forma directa sino mediante la figura interpuesta del abogado o del procurador, cuando no de ambos.

No existe en los ciudadanos la percepción de que los tribunales de justicia sean cosa distinta a la Administración y más bien los contemplan como una rama especialmente enojosa y laberíntica del entramado administrativo. Y no es sólo que la jerga y los tecnicismos procesales produzcan un efecto intimidatorio; sucede que nuestras normas de procedimiento y, más aún, la forma en que éstas se aplican en la práctica judicial cotidiana, en modo alguno contribuyen a crear la sensación de que allí se acude a dilucidar conflictos, desde luego, pero también a obtener protección para nuestros derechos. La absoluta preponderancia de la tramitación escrita, el escaso predicamento con que cuentan entre nosotros las actuaciones procesales regidas por los principios de oralidad e inmediatez —¿cuándo se erradicará definitivamente la práctica que consiste en “delegar” estas actuaciones en funcionarios de la Secretaría?— son factores que también contribuyen de manera decisiva a que se produzca aquel efecto de distanciamiento. Pero existe algún otro factor a considerar.

Me refiero a que muchos de nuestros juzgados y tribunales demuestran en sus decisiones una clara preferencia por la formulación de criterios generales de interpretación de normas, dedicando buena parte de sus resoluciones a elaborar o reproducir doctrinas y construcciones jurídicas más o menos brillantes, dejando en cambio relegada a segundo término la fijación de los hechos objeto de controversia y la búsqueda de la solución más acomodada a las concretas circunstancias del caso litigioso. El fenómeno descrito se manifiesta, claro es, con intensidad variable, pero si hay jueces y tribunales que ponen buen cuidado en dejar fijados los hechos a que se contrae el litigio para seguidamente aplicarles la solución jurídica que consideran adecuada, quizá abundan más los que eluden aquella primera tarea, o la despachan con la suscita mención de algunos datos del caso

<sup>6</sup> A veces mediante la creación de órganos jurisdiccionales que antes no existían, como es el caso de los flamantes juzgados de lo contencioso-administrativo.

<sup>7</sup> “La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, Eduardo Calvo Rojas, Celsa Pico Lorenzo y Alfonso Sabán Godoy. Revista *Jueces para la Democracia, Información y Debate* nº 28, marzo/1997. Sobre la hipertrofia del Tribunal Supremo, y en particular de su Sala Tercera, véase sobre todo el apartado III de ese artículo.

concreto, para luego incorporar a la decisión formulaciones de carácter general que lo mismo sirven para un roto que para un descosido. Es cierto que las manifestaciones más groseras de este modo de proceder —aquellas que se traducen en una abierta denegación de justicia— pueden ser corregidas por la vía ordinaria de los recursos; pero, aparte de que las instancias judiciales superiores pueden ser partícipes de la misma tendencia —acaso en mayor medida—, lo grave es que esa tendencia existe como fenómeno difuso y generalizado y, por ello mismo, difícil de corregir.

Sin duda la vertiente fáctica y probatoria del conflicto se presta poco al lucimiento del juez o magistrado que redacta la resolución; y no pocas veces resulta enojosa la paciente recopilación y ordenación de datos y la exposición razonada sobre la valoración de las pruebas practicadas. Pero es innegable que en un gran número de litigios el núcleo de la controversia es una cuestión de hechos y de prueba; y cuando la sentencia no presta la debida atención a esta vertiente fáctica el ciudadano no puede evitar la sensación de que su asunto no ha sido debidamente examinado. Se ha dicho que *en las artes se llega a la pequeñez por la abundancia de detalles y el cuidado que se pone en ellos*<sup>8</sup>. Eso vale sin duda para las artes —no vamos a contradecir a Stendhal— pero no para la justicia. La justicia es primordialmente una cuestión de detalles, de hechos, y por ello los tribunales deben poner el mayor cuidado en dejar claramente delimitados los hechos y circunstancias que concurren en el conflicto. Poco importa si al llevar a cabo esa vertiente de su tarea la justicia se hace más pequeña, en el sentido *stendhaliano*; lo relevante es que si la decisión judicial no desciende al terreno de los hechos, si no presta la debida atención a los detalles del caso concreto, queda en el ciudadano la razonable sospecha —acaso la certeza— de que su demanda de justicia no ha sido atendida.

Con demasiada frecuencia los jueces ceden a la tentación de hacer doctrina, como si la simple búsqueda de la solución más razonable para el concreto conflicto que se somete a su consideración no fuese tarea suficientemente meritoria y hubiese que revestirla con ingeniosas piruetas técnico-jurídicas que conduzcan a una doctrina general, preferentemente universal<sup>9</sup>. Nada bueno suele resultar de este empeño pues la preparación de la mayoría de los jueces no es quizá la más adecuada para llevarlo a buen término, y, en todo caso, no es ese el cometido primordial de la justicia. El cometido de los jueces y tribunales es, si se quiere decir así, más modesto, y su grandeza, en el caso de que éste sea un valor que convenga a la justicia, vendrá dada por la sedimentación de multitud de logros

pequeños, por la sensación generalizada en los ciudadanos de que a cada uno de ellos se ha dado respuesta suficiente a su demanda de justicia.

## VI

Esta llamada de atención sobre la frecuente despreocupación por la fijación y análisis del hechos —con el consiguiente incumplimiento, en muchos casos, del deber primordial del juez— nos conduce a reflexionar acerca de los motivos para que esto suceda. Sin duda influye, ya ha quedado señalado, el que la fijación detallada de los hechos y el análisis razonado de la prueba es una tarea a veces ingrata y en general poco lucida. Pero es seguro que el fenómeno que ahora señalamos, como otras disfunciones que aquejan a la justicia, viene también propiciado por el tipo de formación que reciben quienes luego pasan a integrar la carrera judicial y, en definitiva, con el perfil medio del juez que ejerce en nuestros juzgados y tribunales.

La cuestión relativa a los criterios y procedimientos de selección para el acceso a la función jurisdiccional es sin duda una de las más delicadas a la hora de abordar con seriedad los problemas del sistema judicial<sup>10</sup>. Y pese a que dicha cuestión y, en íntima conexión con ella, la relativa a la propia concepción funcional de la "carrera judicial", sobrepasa con mucho los modestos límites de un trabajo, parece oportuno dejar siquiera apuntadas algunas reflexiones.

Aunque no puede afirmarse que sea enteramente pacífica la opción que representa una justicia funcional o de carrera frente a los métodos combinados de selección/elección y el sistema de "magistratura de ejercicio" que son más propios del mundo anglosajón<sup>11</sup> debemos partir de aquella primera alternativa como un hecho que nos viene dado, por su profundo arraigo entre nosotros y en todo el ámbito europeo continental. Sin embargo, la LOPJ de 1985 vino a alterar el esquema clásico diseñando un sistema de "turnos" en el que junto al tradicional mecanismo de ingreso por oposición se habilitan unas vías de acceso a la carrera judicial mediante concursos entre juristas que, según los casos, permiten el ingreso en aquélla por la categoría de juez o directamente por la de magistrado. La idea no es nueva<sup>12</sup>, y, en abstracto, puede compararse el principio que la inspira de enriquecer la fun-

<sup>10</sup> Así lo señala expresamente el *Libro Blanco de la Justicia* en las consideraciones generales con las que abre el Capítulo II, relativo a jueces y magistrados.

<sup>11</sup> A título de ejemplo señalaremos que junto a opiniones decididamente partidarias de la concepción funcional de la carrera judicial, como la manifestada por Parada Vázquez, J. Ramón ("*Carrera. Neutralidad política y gobierno de los jueces*", en Informativo "Otrosi", marzo-abril de 1996) no faltan quienes han formulado serias objeciones a las supuestas ventajas de este sistema. Pueden verse en este sentido las consideraciones que, intercaladas con jugosas citas, hace Jesús E. Peces Morate tanto en la introducción como en el epílogo de su trabajo sobre "*La responsabilidad de los jueces*", publicado en la Revista "Poder Judicial", número especial X dedicado a la "Justicia penal en Centroamérica y Caribe". Ed. CGPJ, Madrid, 1986.

<sup>12</sup> El propio Parada Vázquez (vease obra citada en nota anterior) nos recuerda algunos antecedentes, para el felizmente superados hasta que la LOPJ de 1985 decidió reinventarlos.

<sup>8</sup> Stendhal, "Roma, Nápoles y Florencia"

<sup>9</sup> No quiere con ello decirse que los jueces no deban conocer el avance de las construcciones doctrinales y hacerse eco de ellas en sus resoluciones, con las cuales, por lo demás, acaban inevitablemente impulsando aquellas en uno u otro sentido. Lo que sucede es que la primordial tarea del juez consiste en resolver el conflicto que ante él se suscita dando tutela a los derechos e intereses legítimos de quienes han recabado su amparo; lo demás, sin despreciarlo, será siempre algo accesorio con relación a este cometido esencial.

ción jurisdiccional con juristas provenientes de distintos ámbitos de la vida académica o profesional; sin embargo, salvo contadas excepciones, el sistema no ha dado tales frutos y, más aún, ya en el momento de su implantación era predecible que no podría darlos. Sólo dando la espalda a la realidad podía imaginarse entonces (y ahora) que el supuesto prestigio institucional o social de la función judicial o el nivel retributivo que ésta proporciona habrían de ejercer atractivo suficiente para que un nutrido grupo de cualificados juristas decidiesen incorporarse a ella; de ahí que lo sucedido no constituye una sorpresa: dejando a un lado casos muy concretos que ciertamente han aportado una acreditada formación y, sobre todo, nuevos aires, el grueso de las incorporaciones proviene de estamentos para los que el ingreso en la carrera judicial constituye una promoción personal, también en lo económico, pero que nada nuevo aportan a la justicia<sup>13 14</sup>. Se podrá decir que tampoco el sistema clásico de oposición proporciona resultados deslumbrantes en lo tocante a preparación (jurídica y de la otra), pero al menos no ofrece un flanco tan expuesto a los reproches de falta de objetividad o de abierta discrecionalidad.

Un segundo aspecto al que no quiero dejar de referirme tiene que ver con el "curso teórico y práctico de selección" que han de seguir los aspirantes a ingreso en la carrera judicial una vez superada la oposición o el concurso-oposición<sup>15</sup>. La reforma de la LOPJ por Ley Orgánica 16/1994 quiso potenciar este período de formación<sup>16</sup> asignándole una duración mínima de dos años, con una primera fase

<sup>13</sup> Especialmente significativo es el número de secretarios judiciales que han accedido a la carrera judicial por esta vía; y sin despreciar sus legítimas aspiraciones de promoción ni el *currículum* que alguno de ellos pueda esgrimir, es indudable que, siendo como son "de la casa", y participando de los mismos hábitos que impregnan a esta, no es precisamente innovación lo que de ellos cabe esperar.

<sup>14</sup> Haciendo una valoración más benevolente, el Libro Blanco señala (cfr. Capítulo Segundo, apartado 2.2) que "la práctica en los últimos años (...) ha venido a mostrar las ventajas e inconvenientes del sistema y la necesidad de asegurar aquéllas y de evitar o reducir éstas". Como modificaciones a introducir se apuntan allí las siguientes: el incremento del número de años de ejercicio profesional requerido a los aspirantes (pasaría a ser de 8 para la categoría de juez y 12 para la de magistrado); el empleo sistemático de la posibilidad prevista en el artículo 311.3 LOPJ, esto es, que las convocatorias para acceso directo a la categoría de magistrado se hagan por especialidades; y, en fin, que tanto para el acceso a la categoría de juez como a la de magistrado, junto a la acreditación de los méritos de los aspirantes se elija, además, una memoria explicativa de las razones por las que se opta al ingreso en la carrera judicial, y un informe profesional detallado de los Colegios Profesionales, Salas de Gobierno u otras instituciones a las que hubiesen estado vinculados, en cada caso, los candidatos.

<sup>15</sup> Véanse los artículos 301 y siguientes de la LOPJ en la redacción dada a los mismos por Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre.

<sup>16</sup> Aunque el legislador insiste en llamarlo curso teórico y práctico "de selección", en realidad, al menos hasta ahora, no ha operado como tal pues no conlleva la eliminación de candidatos y sólo en ocasiones produce alguna alteración en el orden de puntuaciones resultante de la oposición o del concurso oposición. El que esto sea así viene propiciado porque la propia LOPJ —también después de la reforma de 1994, en su artículo 306— prohíbe que las pruebas selectivas que preceden al curso sean aprobadas por un número de candidatos superior al de plazas convocadas, el cual, a su vez, viene determinado por el número de vacantes existentes en la plantilla. Y, claro, si el número de quienes inician el curso no supera al de plazas a adjudicar, nunca hay necesidad de seleccionar entre los candidatos pues hay plaza para todos.

consistente en el curso teórico en el centro de formación y selección de jueces y magistrados (la antigua Escuela Judicial, ahora con sede en Barcelona) cuya duración mínima se fija en un año, seguida luego por un período de prácticas como jueces adjuntos, que tampoco podrá durar menos de un año (cfr. art. 307.2 LOPJ). Pues bien, no parece que esos prolongados cursos en centros de formación constituyan hoy día una vía adecuada para la preparación de futuros profesionales, lo mismo en el ámbito judicial que en el administrativo o en cualquier otra disciplina técnica o científica<sup>17</sup>; más bien al contrario, las experiencias habidas en otras áreas parecen indicar que la existencia de este tipo de escuelas o centros de formación puede sustituirse con ventaja mediante la intensificación de los períodos de prácticas en los propios organismos o entidades donde luego se va a ejercer la actividad.

En el caso de la "Escuela Judicial" el reproche que cabe hacerle no consiste en que la formación que allí se imparte sea fundamentalmente teórica —a fin de cuentas, *nada hay tan práctico como una buena teoría*— sino en que al incidir dicha formación en las mismas materias y métodos que los programas universitarios y de oposiciones, el aspirante no puede evitar la sensación de pérdida de tiempo. Poco o nada se hace, en cambio, en orden a su formación en otras disciplinas a las que seguramente no ha tenido acceso en períodos anteriores de su vida académica y que sin duda le serán de utilidad en el desempeño de la función jurisdiccional. Piénsese, por ejemplo, en psicología, semiología, técnica de redacción de sentencias<sup>18</sup>, valoración de informes técnicos, contabilidad, artificios de ingeniería financiera, etc. Ciertamente no es fácil imaginar que un centro de esta naturaleza pueda disponer de los medios y del elenco de profesores adecuado a tan variada gama de materias; y precisamente por ello es por lo que cabe sugerir la posibilidad de suprimir esa asistencia obligada a un curso de formación que no puede cubrir aquellas necesidades, potenciando en su lugar el período de adscripción como juez en prácticas en juzgados y tribunales.

Parte de la idea de que el esfuerzo personal aplicado al estudio y la reflexión es el elemento primordial en la formación del juez y, por ello veo con escepticismo tanto aquel período de formación consistente en una prolongada estancia en la Escuela Judicial como, para los ya ingresados en la carrera judicial, la desmedida proliferación de toda clase de *cursos de formación y perfeccionamiento*, respecto de los cuales parece advertirse mayor entusiasmo en el organismo que los promueve y en

<sup>17</sup> Esta opinión contrasta con el parecer manifestado por el CGPJ en el Libro Blanco (cfr. Capítulo Segundo, apartado 2.4) donde se formulan algunos postulados sobre la orientación que debe darse a estos cursos pero no se cuestiona la virtualidad de los que actualmente se imparten y, más bien al contrario, se destaca la importante misión que cumple este período de formación inicial en la Escuela Judicial.

<sup>18</sup> Por cierto, un hipotético curso sobre técnica de redacción de sentencias debena comenzar recordando la distinción que hacia Stendhal entre quienes escriben *caballo* y los que escriben *corcel*, para hacer notar que la buena literatura sólo puede encontrarse en los del primer grupo.

las personas que los dirigen que en el conjunto de los jueces asistentes, sus teóricos beneficiarios.

Es difícil definir en unas pocas líneas el perfil del juez que la sociedad necesita; y tampoco sería fácil hacerlo aunque dispusiésemos aquí de más tiempo y espacio. Consciente de la dificultad, sólo pretendo dejar apuntada la necesidad de un cambio de tendencia desde el convencimiento de que, antes que incrementar el número de jueces y tribunales, lo que la situación actual demandada es que nos dotemos de jueces de calidad. Ya ha quedado seña

lado que el mero aumento lineal en el número de órganos judiciales acaba ofreciendo resultados insatisfactorios —cuando no contraproducentes en lo relativo al incremento de la litigiosidad— y, por otra parte, la creación precipitada de juzgados y tribunales no parece compatible con el cuidado en la selección de quienes vayan a desempeñar la función jurisdiccional. Por ello, y porque el buen juez es sin duda la mejor garantía del procedimiento<sup>19</sup>, entiendo que es éste un objetivo primordial para el que no deben escatimarse esfuerzos.

# Libros con mucho Derecho

 **Cedecs Editorial**

Poliigono Industrial Cova Solera  
C. París, 1/7 - Nave 31  
08191 - RUBÍ (BARCELONA)  
Tel. 93 699 16 54 - Fax 93 699 40 36

## **RECOPIACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Juan Manuel López Ulla  
626 págs. / 9.135 Pts. / Ed. 1999

## **JUECES, POLÍTICA Y JUSTICIA En Inglaterra y España**

José Luis Aulet Barros  
704 págs. / 9.423 Pts. / Ed. 1998

## **EL IMPUTADO Y EL TESTIGO ANTE EL JUEZ Psicología del interrogatorio**

Andres Segura Oronich  
204 págs. / 3.365 Pts. / Ed. 1998

## **DELITOS Y FALTAS RELACIONADOS CON LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995 Aspectos generales, la responsabilidad civil.**

Ramon Macià Gómez  
223 págs. / 3.365 Pts. / Ed. 1996

## **EL DELITO DE INJURIA**

Ramon Macià Gomez  
195 págs. / 2.981 Pts. / Ed. 1997

## **SISTEMAS DE PROCESO PENAL EN EUROPA**

Ramón Macià Gómez (Director)  
383 págs. / 5.673 Pts. / Ed. 1998

## **DERECHO CONCURSAL. Suspensión de pagos. Tomo 1**

Francisco Pedreño Maestre - Antonio Baró Casals  
1.260 págs. / 16.827 Pts. / Ed. 1998

## **DERECHO CONCURSAL. La Quiebra. Tomos II y III**

Antonio Baró Casals - Francisco Pedreño Maestre  
2.526 págs. / 39.423 Pts. / Ed. 1999

<sup>19</sup> Hace ya algunos años, y en las páginas de esta misma publicación, Peces Morate lo dejó expuesto con meridiana claridad:

"...Cualquiera que sea el sistema procesal, no permite asegurar que sirva, por sí mismo, para obtener el resultado justo. Si esto es así parece que hemos de confiar más en quienes se sirven del procedimiento que en este por sí mismo. La conclusión, pues, es diametralmente opuesta a la que llegaron los inspiradores y redactores de nuestras vigentes leyes de enjuiciamiento. Ellos dijeron: hagamos un proceso meticuloso por el que habrá (al aplicarse con rigor) de lograrse el resultado justo cualquiera que sea el juzgador. Nuestra propuesta es: hagamos un sencillo procedimiento para utilizar exclusivamente por jueces que tengan la confianza de los litigantes. Esto nos lleva a otra conclusión: no habrá verdadera renovación de la Justicia mientras no cambie el sistema de designación de los jueces...". Peces Morate, J. E., "Pautas para un cambio del enjuiciamiento civil", en *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, número 5, diciembre/1988

# Narciso y los jueces

Plácido FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME

Muy recientemente en entrevista concedida al diario francés *Le Figaro*, Dominique Commarret, avocat général à la Cour de cassation, señalaba que "la crisis de legitimidad que atraviesa el Estado no excluye a la institución judicial. La opinión pública saluda el coraje y la acción de los magistrados para hacer desaparecer inmunidades y privilegios pero teme igualmente un "gobierno de los jueces". La justicia está en plena mutación y la acción de los jueces alcanza todos los dominios. El desarrollo de sus poderes exorbitantes no carece de riesgos, y de tentaciones entre los cuales el corporativismo, la demagogia o el "vedettariat".<sup>1</sup> Peligrosa tentación esta última, ciertamente. Las "vedettes" resulta atractivas, excitantes incluso, pero también causan problemas. Para conocer alguno de ellos, bastaría con aproximarnos a la mitología.

Así, la griega nos cuenta que habiendo llegado un día Narciso, célebre por su belleza, al borde de una fuente contempló su propia imagen y quedó prendado de sí mismo. Enloquecido, al no poder alcanzar el objeto de su pasión, se fue consumiendo de inanición y melancolía hasta quedar transformado en la flor que en adelante se llamó narciso. De ahí ha permanecido, no sólo para la literatura sino también para la psicología y la ciencia en general, un nombre: el narcisismo. Como nos explicaría cualquier enciclopedia, se trata de una canalización de los afectos y emotividad hacia la propia persona. En el proceso sicoevolutivo del individuo, el narcisismo alcanza su máxima plenitud en la etapa infantil cuando el niño todavía no ha detectado el mundo exterior, y la preferencia por su yo es exclusiva. Con el descubrimiento del otro, el individuo se abre a otras posibilidades afectivas y sexuales, madura. Existe el riesgo, sin embargo, de que la tendencia perviva como desviación patológica, y la sexualidad del sujeto quede reducida a la propia persona.

Es interesante tener en cuenta, además, que las alteraciones de la vida del espíritu muchas veces no son individuales. Pueden llegar a afectar en forma colectiva a generaciones enteras. Como ha expuesto Luis Rojas Marcos, "cada era produce su forma única y peculiar de patología psicosocial. El mal de una época suele manifestarse en la expresión exagerada de los rasgos del carácter de los hombres y mujeres que forman la sociedad del momento. A finales de los años sesenta comenzó a brillar la generación del yo, la edad del culto al individuo, a sus libertades y a su cuerpo, la devoción

fanática al éxito personal, al dinero y al consumo. La dolencia cultural que padecemos desde entonces es el narcisismo"<sup>2</sup> El mundo se ha llenado de "Narcisos". Bien es verdad que en una sociedad dirigida a la búsqueda del placer y de la felicidad personal, como la nuestra, ese fenómeno afectará especialmente a los individuos más expuestos a la mirada del otro, "vedettes", protagonistas de un juego destinado a seducir y a ser seducido.

La seducción es un fenómeno señaladamente coyuntural. Cada momento histórico modifica sus modelos. Lo que ayer resultó atractivo, no lo es hoy. Los titulares de poder, por ejemplo, poseyeron siempre el carisma necesario para ser admirados, también temidos, por sus contemporáneos. Sin embargo, en el Occidente desarrollado, han dejado de tenerlo, entre otras razones, porque han sido desmitificados pues ya no hay espacios reservados al secreto. Todo es público. Han perdido así todo el prestigio que proporcionaba la oscuridad. El juego combinado de odio y atracción reforzaba los mecanismos morbosos de la seducción. Ahora, sin embargo, el control de la ciudadanía les ha hecho demasiado conocidos, vulgares incluso. Son iguales que nosotros, con los mismos defectos. No proporciona ninguna seguridad colocarse a su sombra.

Hay alguien, sin embargo, que ha adquirido una sorprendente valoración: el juez. Es algo paradójico. El Poder Judicial nació para ser invisible y casi nulo. Era invisible porque era una simple máquina, carente de rasgos. Lo que hacía era aplicar la norma al caso concreto, una función de mera ejecución. Si cada supuesto de la realidad tenía su adecuada respuesta en la ley, bastaría con la estructura matemática de un buen ordenador... Es cierto que pronto se puso de manifiesto que el sistema jurídico era algo suficientemente complejo como para necesitar una ardua labor de interpretación. Aun así, el dueño de la norma seguía siendo el legislador. La labor del juez consistía en escrutar sus designios. Es verdad también que, a lo largo del tiempo, fue poniéndose de manifiesto la importancia de la sabiduría, rectitud, y bondad de los funcionarios judiciales, notas indudablemente personalizadoras. Pero se trataba simplemente de méritos necesarios para acceder a la función y valorables por un mercado reducido de especialistas, o por los justiciables que querían indagar los designios siempre inciertos de su suerte. Lo

<sup>1</sup> "La crise de légitimité que traverse l'Etat n'épargne pas l'institution judiciaire. Ainsi, l'opinion publique salue-t-elle le courage et l'action des magistrats pour faire disparaître immunités et privilèges mais craint-elle également un "gouvernement des juges" La justice est en pleine mutation et l'action du juge porte sur tous les domaines. Le développement de ses pouvoirs "exorbitants" ne va pas sans risques. Et sans tentations parmi les quelles celles du corporatisme, du vedettariat ou de la démagogie" *Le Figaro*, 23 octobre 1989.

<sup>2</sup> Luis Rojas Marcos. "La era de la depresión". *El País*, miércoles 27 de enero de 1993. Con idéntica brillantez, continúa añadiendo que es cierto, según dan a entender estudios recientes, que la comunidad de Occidente está siendo invadida ahora por un nuevo mal colectivo, la depresión. Tendría su lógica, "la caída del pedestal intocable de la prepotencia narcisista produce salpicaduras depresivas y angustiantes... Un estado de ánimo colectivo, cargado de dudas y desasosiegos, quizá sea el peaje obligatorio que tengamos que pagar por evolucionar, por conocernos mejor, por sentirnos más humanos y, en definitiva, por ponernos al día".

esencial era que la voluntad del juez no podía suplantar la de la Ley, para evitarlo era mejor que no saliera a la luz.

Las cosas han cambiado completamente. Es cierto que de una manera paulatina. Y ello a virtud de un proceso que encuentra su inicio en los Estados Unidos de Norteamérica. Allí empezó a manifestarse lo que ha sido dado en llamar "judiciocracia" o gobierno de los jueces, hasta el punto de que la "Supreme Court" llegó a considerarse como una tercera cámara de legislación. Lo que, en su momento, no dejó de levantar suspicacias. Es conocida la protesta de Jefferson contra Marshall: "el Tribunal como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales significa someternos al despotismo de una oligarquía". No obstante los temores de Jefferson, las construcciones jurídicas del juez Marshall no sólo se impusieron en los Estados Unidos sino que también han ejercido una progresiva influencia en el continente europeo<sup>3</sup>.

La posición norteamericana configura el texto constitucional como un parámetro normativo superior, con arreglo al cual podrá enjuiciarse la validez de las leyes del Parlamento. Allí se van a incluir los llamados derechos "inviolables" o fundamentales de la persona que, como indica Ferrajoli, constituyen la expresión de los valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista, "el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y certeza enumerados en nuestro sistema"<sup>4</sup> Todo lo esencial para el mantenimiento de una cultura jurídica de libertad se incluye en la Constitución, evitando el peligro de que un irresponsable legislador histórico pudiera eliminar lo garantizado en el "pacto social". Como diría Madison, si las garantías del sistema están incluidas en el propio texto constitucional "los tribunales de justicia se consideraran a sí mismos, en alguna forma, como sus guardianes"<sup>5</sup>.

Como nos indica Burt Neuborne, el derecho constitucional norteamericano lo que intenta es eludir el peligro de la tiranía, o la vulneración de los sagrados derechos del hombre, "permitiendo que los jueces identifiquen la existencia de derechos in-

dividuales implícitos en el texto de la Constitución<sup>6</sup> y que protejan tales derechos, incluso contra la voluntad de la mayoría, mediante el mecanismo del control de la constitucionalidad"<sup>7</sup>. Realmente, este "higher law", situado por encima del ordenamiento positivo, fue históricamente utilizado por los colonos norteamericanos para defender sus derechos individuales "a la vida, libertad y a la búsqueda de la felicidad" frente a la corona británica, preconizando la existencia de un derecho superior al establecido. Y cuando triunfaron, lo positivaron colocándolo en el propio texto constitucional. El Derecho Natural dejó de estar situado "más allá de las estrellas".

Pues bien, y con independencia de las obvias diferencias entre los sistemas de primacía legal y los del common law, lo cierto es que la influencia de la cultura jurídica norteamericana sobre los países de la Europa continental<sup>8</sup> en este punto se va a hacer evidente a partir de la segunda guerra mundial<sup>9</sup>. Y no va a ser precisamente por casualidad que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establezca en su artículo 1.3, encabezando el apartado a ellos destinado, que: "los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a título de derecho directamente aplicable"<sup>10</sup> También el Poder Judicial debe atenerse estrictamente, no de manera teórica o abstracta, a la regulación de tales derechos por el constituyente. El problema es que los derechos constitucionales están siempre cargados de ideología. Su interpretación, por tanto, no podrá realizarse con las técnicas hermenéuticas elaboradas desde siempre en el derecho privado. Todo texto constitucional expresa un determinado sistema de valores que no puede ser reducido a reglas precisamente porque su finalidad, en los orígenes del constitucionalismo, no era la de normar sino la de expresar los principios del sistema.

Una vinculación directa a la Constitución va a llevar consigo, paradójicamente, una importante desvinculación judicial, pues, tantas veces como lo considere pertinente, podrá eludir las exigencias concretas de la norma con sólo argumentar el carácter jerárquicamente superior de la "Carta Magna". Al tratarse de un texto político, la redacción de sus precepto resulta, con frecuencia, imprecisa y ambigua. El juez es el único que puede establecer sus límites. Entonces, y como se ha dicho, "el juez dejará de estar sometido a la ley, para ser la ley la

<sup>3</sup> El fundamento de todo ello se encuentra en la sentencia dictada en 1803 en el asunto *Marbury v. Madison* según la cual. "That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent..." (Cita recogida de "The Constitutional decision of John Marshall" Edited with an introduction by Joseph P. Cotton New York da Capo Press. 1969).

<sup>4</sup> Luigi Ferrajoli, en su obra "Derecho y razón" repetidamente citada, indica: "En particular, los derechos inviolables de la persona, derechos personalísimos e indisponibles no son sino la forma jurídica positiva que los derechos naturales, teorizados como pre o meta o suprajurídicos en los orígenes del Estado moderno, han asumido con su garantía en tanto que derechos subjetivos en las Constituciones modernas".

<sup>5</sup> "If they are incorporated into the Constitution, independent Tribunals of justice will consider themselves in a peculiar manner the guardians of those rights".

<sup>6</sup> Derechos individuales contenidos en las primeras enmiendas a la Constitución ratificadas el 15 de diciembre de 1791, formando lo que es conocido como su Bill of rights.

<sup>7</sup> Burt Neuborne. "El papel de los justas y el imperio de la ley en la sociedad americana". Civitas. 1995, pág. 10.

<sup>8</sup> Véase K. Loewenstein. "Teoría de la Constitución". Ariel 1976, pág. 316. para quien en Europa "sólo en las recientes Constituciones, después de la segunda guerra mundial, y en virtud del creciente interés por el derecho constitucional americano, el control judicial ha empezado a gozar de gran popularidad".

<sup>9</sup> Con independencia de las aportaciones anteriores de Kelsen y su influencia sobre el sistema austriaco de jurisdicción constitucional concentrada.

<sup>10</sup> Y ello después de haber indicado en los apartados 1 y 2 del mismo precepto que: "1. La dignidad del hombre es intangible. Respetarle y protegerle es obligación de todos los poderes públicos. 2. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo".

que esté sometida al juez". En consecuencia se convierte en una instancia creadora, sale a la luz. Mientras la interpretación, en su sentido clásico, suponía una labor inspirada en reglas dirigidas a conocer lo que quería el legislador u objetivamente la voluntad de la norma, ahora el pensamiento de su autor va a convertirse en un simple criterio a tener en cuenta, y no el más importante.

Todo esto, sin embargo, ha tenido una importancia determinante para la superación de arcaicas concepciones formalistas que tanto daño causaron en la mentalidad de los juristas continentales. Pero lo cierto es que, con este tipo de planteamiento, el juez adquiere un inmenso poder, prácticamente es el único Poder en un mundo en el que se encuentran en crisis las instituciones políticas clásicas. En consecuencia, va a tener enorme interés para los "medios". En la búsqueda de la información, su actividad va a proporcionar material de primer orden. La libertad del ciudadano frente al aparato del Estado se ha ido consolidando a través de un proceso dirigido a la reducción de la arbitrariedad. Solamente la autoridad judicial ha quedado al margen, precisamente porque ha sido instituida en garantía del pacto social, constituyendo el símbolo de la lucha por la sumisión a la legalidad de todos los poderes del Estado. Puede, por tanto con plena legitimidad y en principio sin otro control que el representado por el instrumento procesal de los recursos, investigar la vida privada, decidir sobre culpabilidad o inocencia, acordar la privación de libertad... Y su actuación vendrá justificada por la necesidad de mantener el pacífico y normal desenvolvimiento de cualquier comunidad. Lo que puede ocurrir, sin embargo hoy día, es que la transcendencia social de esos poderes influya esencialmente en la imagen de sus titulares y, en consecuencia, en su comportamiento. El juez deba operar con arreglo a la ley y según las exigencias de su conciencia. ¿Hasta qué punto no estará ahora también condicionado por la repercusión de los "medios"? Si la sociedad, merced a ellos, se hubiese convertido en un gigantesco teatro, los poderes del juez permitirían considerarlo una de sus mejores "estrellas".

El rigor, la seriedad, el estudio que constituían las notas características de la función judicial tradicional se van a ver desplazadas en el interés del público por los aspectos más espectaculares de su papel: la lucha contra el crimen, la detención de los delincuentes, el "juicio", el ingreso en prisión... Y si esto es lo que interesa, como lógica consecuencia se fomentarán los jueces que se adapten mejor a dicho estilo. La racionalidad se verá sustituida por la ilusión cinematográfica. Son los gestos los que van a tener importancia, teniendo en cuenta, además, que a la prensa se le vende mejor la información cuanto más estereotipada y simplificada aparezca. Por eso a los medios de comunicación les resulta extraordinariamente atractivo el papel del Juez. Su figura representa la vuelta a lo oculto, a la decisión personal, las terribles consecuencias de la misma, el miedo a lo desconocido... Es decir, todo lo que refuerza los aspectos primarios de la relación de la ciudadanía con el poder.

Por otra parte, la sociedad, o quienes la dirigen,

selecciona desde el principio lo que merece ser objeto de información. Según su grado de desarrollo cultural e idiosincrasia, los "medios" le proporcionarán uno u otro tipo de datos, con su correspondiente tratamiento. Sin embargo, la fuerza de los instrumentos informativos, y su internacionalización, condiciona los propios deseos de los grupos sociales, lo que permite simplificar el material a elegir. Por regla general, el interés del público se centrará en temas atinentes a ocio, guerra, crimen y escándalo (en cuanto comportamiento que rompa las reglas de la comunidad). Todo lo susceptible de sorprender, de provocar sensaciones inusuales. Su tratamiento, en cuanto se dirige a una audiencia masiva ajena en principio a las dudas intelectuales que plantea el matiz, tenderá a la generalización y a la búsqueda de sus factores más espectaculares o morbosos. La noticia es sólo tal en cuanto interesa a quien la va a consumir, y éste, a su vez, acomodará sus deseos a lo que le dicten unos "medios" que normalmente primarán el contenido rápido y superficial que es lo que mejor, o más fácilmente, se acomoda a sus técnicas.

La civilización "mediática" no puede vivir sin el espectáculo. La "prensa" deja de ser el reflejo de la sociedad en la que vive. Por el contrario, la transforma de acuerdo con sus necesidades. Vivimos todavía en un mundo conceptual según el cual las libertades de expresión y de información van dirigidas a la creación de "opinión pública", fomentando el debate y el intercambio de los datos necesarios para la autodeterminación social. Los instrumentos informativos cumplirían la labor de un espejo destinado a mostrar la verdadera imagen de los actores sociales, se movería en consecuencia en el terreno estricto de la neutralidad. Deberían ser invisibles para que su objeto pudiera contemplarse con nitidez, sin interferencias. Todo esto deja de tener validez desde el momento en que la comunicación se convierte en un negocio empresarial. Necesita, por tanto, conquistar un mercado y mantenerse. Ya no basta con transmitir información, es necesario que sea vendible. Y si no lo es, habrá que transformarla.

El problema se planteará cuando lo que merezca la pena transformar sea el propio papel del juez. El "pacto social" sólo podía mantenerse estableciendo una instancia encargada de dirimir los conflictos ciudadanos. Para ello, era necesario revestirla de garantías suficientes de imparcialidad, sobre todo en materia penal donde los intereses a ventilar eran esenciales. Por eso era necesario que hubiera siempre "jueces en Berlín". El delincuente era el primero que los reclamaba puesto que frente a una acusación, por muy fundada que fuere, era imprescindible desplegar sin interferencias su derecho a la defensa. No es posible entender la civilización occidental sin constatar que ha sido construida a través de un largo proceso orientado hacia el reconocimiento de la dignidad del ser individual. El hombre, incluso el delincuente, incluso el mayor de los asesinos, tiene unos "derechos sagrados e inviolables"<sup>11</sup>. Y su tutela se atribuyó históricamente al

<sup>11</sup> Sobre ellos se edificó la Revolución americana pues, según, su Declaración de Independencia, "todos los hombre son

juez. En consecuencia, el órgano judicial constituye esencialmente un instrumento garantizador. Debía decidir sobre culpabilidad o inocencia, oyendo previamente a las partes y, sobre todo, al acusado. No existe "juicio" sin "audiencia".

El juez no ha sido creado para eliminar a los criminales, por tanto. Esa es una tarea que incumbe a la comunidad en su conjunto, mediante los distintos procesos de "socialización", y más específicamente al aparato policial. Por el contrario, su misión es garantizar que el proceso se desarrolle con arreglo a reglas y dictar una sentencia justa. Si lo convertimos en un órgano represor, dejará de ser juez. Paradójicamente, sin embargo, en la sociedad actual, por lo menos en la de determinados países del Mediterráneo, puede observarse un peligroso deslizamiento de la labor judicial hacia tareas represivas. Incluso llega a hablarse de una "guerra" contra la delincuencia. En este sentido, es de reseñar el espíritu que resulta de las distintas declaraciones realizadas por jueces y magistrados, de prestigio continental, en un libro de Denis Robert publicado recientemente bajo el título "La justicia o el caos". En el mismo, se llega a decir "la guerra en la que estamos comprometidos contra el crimen organizado no es una guerra que pueda ser ganada únicamente por los profesionales. No es el ejército profesional que somos el que permitirá resolver los problemas. Se trata de una verdadera guerra civil"<sup>12</sup> Por muy interesantes que sean dichas manifestaciones, lo cierto es que un juez no puede participar en ninguna guerra, ya fuere civil o de otra clase<sup>13</sup>. Dejaría de ser juez.

Por otra parte, ya hemos indicado la importancia de la imagen en una sociedad mediática. En consecuencia, si la lucha contra la delincuencia constituye un importante objetivo social, como indudablemente lo es, las características del protagonista de la misma van a ser esenciales en su propaganda. De ahí, que el proceso se tienda a configurar como un espectáculo teatral en el que el magistrado se convertirá en su principal estrella. Lo que será muy peligroso no sólo para las garantías tradicionales de defensa sino incluso para la propia coherencia y lucidez intelectual de quienes intervienen. La exhibición continua de la propia imagen no sólo fomenta el narcisismo, ya de por sí bastante negativo, genera algo mucho más peligroso: la conversión del proceso en un escenario del propio brillo personal con olvido de las características tradicionales de racionalidad,

imparcialidad y legalidad que era las realmente importantes en un juez.

El deseo de triunfo personal es evidente que constituye una tentación permanente del espíritu humano y, por tanto, también de los jueces. Sin embargo, hasta ahora, cuando la vanidad de éstos quería manifestarse al exterior lo hacía mediante la exhibición intelectual del producto de su trabajo: la calidad de sus resoluciones, su razonabilidad o sensatez. Y los destinatarios de ese juego eran exclusivamente sus compañeros o unos profesionales del Derecho que podían verse influenciados por determinadas líneas doctrinales. El ego judicial sólo competía en un mercado de especialistas y lo único que podía alcanzar era prestigio. Por el contrario, actualmente su vanidad puede manifestarse universalmente, intentando mostrar los aspectos más favorables de su ser personal. Un simple juego primario de exhibición de la imagen. Pero el problema radica en que el juez atraído por los medios, o simplemente temeroso de los mismos, corre el serio riesgo de dejarse influir por sus planteamientos. Actuar con arreglo a ellos puede proporcionarle prestigio social, o carencia de problemas al fallar con arreglo a la opinión dominante, pero a costa de la libre formación de su "fallo" con arreglo a conciencia, es decir, de su imparcialidad<sup>14</sup>

Nuestra civilización ha pretendido caracterizarse en los últimos siglos por la búsqueda de la racionalidad. La lógica cartesiana pretendía el dominio de la naturaleza mediante la razón y la experiencia. El mundo podía transformarse conociendo con precisión sus reglas, bastaba con la observación sistemática y la correcta aplicación de las técnicas de inducción y deducción propias del comportamiento científico. Habían sido desterrados los hombres providenciales, pues la misma providencia deja de intervenir directamente en el universo. Sorprendentemente, en estos momentos de "fin de la Historia" parece surgir un último taumaturgo, el juez. Es honesto, eficaz, terror de criminales, a veces, incluso, atractivo. En España, además, todo esto adquiere un relieve mucho mayor. Este país ha sido siempre muy partidario de los toreros, seres que arriesgan su vida y se la juegan. En una sociedad tan amante de lo simple, jugársela es excitante. Por tanto, parece normal que los jueces se dediquen al espectáculo, a las buenas faenas, a capturar delincuentes... Pero, con independencia de lo peligroso que resulta todo esto para la solidez y coherencia del sistema jurídico, ¿no será además muy ridículo?

iguales y poseen unos derechos sagrados e inviolables cuales son la vida, libertad y la búsqueda de la felicidad".

<sup>12</sup> Denis Robert. "La justicia o el caos". Muchnik. Editores, 1996, pág. 114. Ciertamente, Bernard Bertossa es el fiscal general de Ginebra. Su posición, en consecuencia, no puede equipararse exactamente a la de un juez, pero es lo cierto que la inmensa mayoría de los magistrados que colaboran en dicho libro, por lo demás indudablemente interesante, parecen compartir la idea de "guerra contra la criminalidad".

<sup>13</sup> Fernández-Viagas Bartolomé. Plácido. "El juez imparcial". Comares, 1997, pág. 108

<sup>14</sup> Vide. Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido "El juez imparcial" Comares, 1997, pag 13

# INTERNACIONAL

## Los bombarderos ciegos de la “paz justa”\*

Salvatore SENESE

Parto, como premisa, de que la intervención militar de la OTAN, legitimada en nombre de la injerencia humanitaria, es en realidad ilegal conforme al derecho internacional vigente.

No tengo duda al respecto. El mismo Bobbio —que aun con matices y motivaciones peculiares, no se declara contrario a esta guerra— reconoce explícitamente, en la larga entrevista concedida a *L'Unità* del 25 de abril último, la ilegalidad de la intervención. Por lo demás, también el jefe del gobierno italiano en su primera comunicación al parlamento reconoció con honestidad que: “En el plano estrictamente jurídico, es legítimo sostener que la intervención de la OTAN se ha producido sin un mandato específico de las Naciones Unidas”, añadiendo, además, que la intervención se justificaba con la exigencia de poner fin a una dramática crisis humanitaria. En suma, habría sido una intervención impuesta por un estado de necesidad por encima de la ley.

La crisis humanitaria evocada por el jefe del gobierno italiano es innegable. Tan innegable como las responsabilidades de Milosevic en esa crisis. En cambio, es muy discutible el pretendido estado de necesidad, entendido como situación que no tenía otro remedio y que sólo la intervención podía solucionar. Las consecuencias de la guerra para las condiciones de la población de la región —sin distinción alguna de etnia, religión, adscripción política— están a la vista de todos. La crisis humanitaria se ha transformado, por efecto de la acción que habría debido bloquearla, en catástrofe humanitaria. Es difícil reconocer el estado de necesidad en la acción de quien, para hacer frente al peligro de un incendio en curso, arroja gasolina sobre las llamas.

En todo caso, la decisión del ataque militar para bloquear la crisis se presenta como una opción ético-política o, mejor dicho, como opción de una política internacional que incluye en su propio horizonte, como eje central, la defensa de los derechos.

Prescindo aquí deliberadamente de las motivaciones económicas, geopolíticas, de seguridad o de equilibrio internacional que según muchos observadores y politólogos darían fundamento a esa opción, de forma prevalente o concurrente. Asumo la motivación ofrecida por el gobierno italiano y de los demás gobiernos de la Alianza Atlántica, que no tengo ninguna razón para considerar falsa o aparente. Así, pues, opción política fundada en los derechos humanos.

Semejante opción política subvierte el derecho

internacional y —como siempre sucede cuando la política fuerza la regla por razones que no son banales— esto va acompañado del intento de instaurar una nueva regla. Ya que la política aspira a convertirse en regla. No es afirmación de una sociedad (nacional o internacional) salvaje, de *un bellum omnium contra omnes*.

Ahora, esta nueva regla que querría instaurarse, ha recibido formulación expresa en un artículo de Walter Veltroni (*Le Monde*, 13 de abril de este año), a través de la recuperación de un planteamiento de Antonio Cassese. Según Cassese (y Veltroni), la intervención armada contra un estado para la tutela de los derechos humanos debería considerarse legítima en el nuevo derecho internacional que se quiere construir, sólo cuando concurren las siguientes condiciones: 1, si el estado contra el que se dirige la intervención viola de modo grave, masivo y reiterado los derechos humanos fundamentales; 2, si el Consejo de Seguridad de la ONU ha exigido reiteradamente pero en vano a tal estado que ponga fin a las masacres; 3, si todos los intentos de solución pacífica por vía diplomática han sido inútiles; 4, si la fuerza se ejerce por un grupo de estados y no por una sola potencia y sin oposición de la mayoría de los estados de la ONU; 5, si el recurso a la guerra es la única alternativa frente a la continuación de las masacres.

Ahora bien, del mismo modo, según la *regla Cassese*, la intervención de la ONU es ilegal. En efecto, se puede dudar con fundamento que concorra la tercera condición (haber agotado inútilmente todos los medios diplomáticos de solución pacífica), desde el momento en que la fase final de tales intentos ha consistido en la urgente exigencia a Milosevic de suscribir los llamados acuerdos de Rambouillet, que no eran un acuerdo sino una simple propuesta de acuerdo con cláusulas francamente humillantes y vejatorias para la República Federal Yugoslava (tales como, por citar sólo una, el derecho de estacionamiento de las tropas de la OTAN en todo el territorio de la República Federal y no sólo en Kosovo) cuya gravosidad ha sido reconocida últimamente por el propio ministro de Exteriores italiano, Dini. Por lo demás, la presión para la firma de esta propuesta fue acompañada de una serie de ultimátums que preveían el bombardeo de Serbia en caso de no hacerlo, con manifiesta violación del derecho de los tratados, que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en el curso de las conversaciones y declara nulo todo acuerdo suscrito como consecuencia de tal constricción (art. 52 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados).

\* Publicado en *Il manifesto*, 19 de mayo de 1999.

Se hace difícil entender que una acción diplomática que se concluye con tal tipo de propuestas, formuladas de ese modo, sea equivalente a haber agotado todos los medios de solución pacífica en la vía diplomática. En consecuencia, se puede con el mismo fundamento dudar de que concorra la quinta condición (la guerra como única salida para el cese de las masacres), puesto que —quizá— una propuesta diversa, con una formulación menos ilegal, habría podido tener un resultado diverso. Sin embargo, falta ciertamente la cuarta condición (que la mayoría de los estados de la ONU no se hubiera opuesto a la intervención), puesto que sólo un voto de la Asamblea General de las Naciones Unidas —que no se ha pedido ni se ha dado— habría podido realizarla (de otro modo, se trataría de una condición no verificable).

Por consiguiente, la violación de la regla se ha producido para instaurar una nueva regla que, de estar en vigor, no eliminaría el carácter ilícito de la intervención, no serviría ni siquiera para cubrir *ex post* la ruptura producida para instaurarla.

Sin embargo, no es ésta la principal observación. Lo que merece particular atención es el vuelco de fondo que la nueva concepción política, ilustrada en el artículo de *Le Monde*, produce en un tema crucial y básico de toda política: *la relación con la guerra*.

En este tema la comunidad internacional había estipulado una regla clara: la prohibición de la guerra (salvo el caso de legítima defensa en presencia de una agresión en curso) y la configuración de la propia guerra como crimen internacional. A tal estipulación, lo recuerda también Bobbio, se había llegado después de la tragedia de la Segunda Guerra mundial a través de la elaboración y la firma de la Carta de la ONU.

En el cuadro de esta legalidad, la paz es el bien fundamental para el orden internacional, el *prius* respecto de todos los demás bienes que el orden internacional se propone tutelar o promover: la descolonización, la autodeterminación, los derechos humanos. En el diseño de la Careta, sólo asumiendo la paz como premisa irrenunciable, pueden y deben perseguirse y realizarse estos bienes. Y, a la inversa, sólo la obtención de tales metas hace la paz estable y efectiva. Veltroni, en cambio, escribe: "La paz, para ser verdadera, debe ser justa: fundada en el respeto de los derechos humanos fundamentales. De otro modo, no sería verdadera paz y puede incluso convertirse en indulgencia y abdicación hipócritas ante la injusticia, el abuso de poder, la opresión. La *paz justa* es el objetivo a que tiende la nueva izquierda democrática... Una izquierda que busca en los derechos humanos los parámetros de un nuevo internacionalismo". Esto comporta un empeño prioritario por los derechos, cuya grave violación funda el deber de injerencia humanitaria que puede realizarse también a través de la guerra (como en los Balcanes, precisamente).

En esta concepción, el *prius* son los derechos humanos, *la paz justa* el objetivo, el bien al que tender, la guerra (cuando no exista otro) el medio para perseguirlo.

Esta teorización introduce y alimenta en el imagi-

nario colectivo de la izquierda un cambio radical. Invierte la relación que, después de 1945, con muchas dificultades y esfuerzos, se había establecido entre guerra y finalidad de progreso humano y civil. Una relación que veía la guerra como "flagelo de la humanidad" (según la definición de la Carta de la ONU), condición que anula toda perspectiva de emancipación y de liberación y que, por consiguiente, no puede ser nunca el instrumento para crear un mundo mejor. Todas las categorizaciones de la guerra elaboradas del siglo XVI hasta la fecha, de Francisco de Vitoria a 1945, para tratar de distinguir entre guerras justas y guerras injustas, fueron desplazadas por la estipulación de la Carta de la ONU y por el sentimiento construido en torno a sus valores.

Es cierto que el uso de la fuerza en las relaciones internacionales no fue desterrado de la Carta de las Naciones Unidas, que no se inspira en un pacifismo evangélico. Pero la decisión de hacer uso de la fuerza para obligar a entrar en razón a un estado recalcitrante y litigioso queda sustraído a la voluntad de cada estado y reservado a una instancia —el Consejo de Seguridad de la ONU— que se presume con notable aproximación expresión de la comunidad internacional y, por consiguiente, menos parcial que una sola potencia o un grupo de potencias; en mejores condiciones de gobernar la violencia, de evitar que su empleo, quebrantando cualquier límite y elevando el triunfo sobre el enemigo a la categoría de fin supremo, acabe prevaleciendo como fin en sí mismo sobre aquéllos a los que debería estar subordinado. La perspectiva, accidentada y a largo plazo, inscrita en la Carta de la ONU es el camino que ha llevado al estado democrático de derecho: atribución del monopolio de la fuerza a un sujeto situado por encima de las partes y uso de la misma de modo selectivo y controlado. De igual manera que no se bombardea Corleone porque vivan allí pocas o muchas familias mafiosas, tampoco se destruye un país porque su gobierno o sus fuerzas armadas violen de forma bárbara los derechos fundamentales.

Es cierto que esta perspectiva topa con dificultades de todo tipo, por lo demás, tantas como la perspectiva de una ciudadanía universal de la que son expresión los derechos humanos y en nombre de la cual la propia intervención de la OTAN pretende legitimarse, según Habermas, entre otros. Basta considerar el estado del mundo. Pero la justa preocupación por los derechos humanos no puede justificar la no aceptación del monopolio de la fuerza armada en las manos de la ONU y el abandono de la premisa básica que presta fundamento a ese monopolio, es decir, el rechazo de la guerra de uno o más países contra otro como medio de solución de los problemas o como remedio de la injusticia. Porque la restauración de la *guerra-medio* lleva consigo el resquebrajamiento de la base sobre la que se funda la tutela de los derechos humanos.

Afirmar que el compromiso con los derechos humanos no conoce fronteras, que debe extenderse del mismo modo a todo el globo, de Birmania a Ruanda, de China al Kurdistán, y que tal empeño

justifica, como en el caso de los Balcanes, no sólo un esfuerzo paciente, largo y fatigoso, sino el recurso a la guerra, genera el riesgo de introducir un nuevo elemento teológico-absolutista en la política. Esa exigencia de fundar o restaurar los derechos humanos, cueste lo que cueste, evoca el *fiat iustitia et pereat mundus*: hagase justicia incluso al precio de que el mundo vaya a la ruina, con lo que, de este modo, la política experimenta una inflexión escatológica. Y es precisamente esta inflexión lo que hace tan peligrosamente atractiva esa posición para la izquierda. Porque la expone al canto de antiguas sirenas, a la sugestión de una concepción de la historia como experiencia de sangre y lágrimas a cuyo término se encuentra, no obstante, la salvación. No es casual que se haya invocado a Hegel. Ayer la salvación era un mundo sin clases y sin explotación, realizado también al precio de enormes tragedias. Hoy, la salvación es la perspectiva de un mundo en el que todo ser humano sea portador de derechos inalienables; un mundo alcanzado al precio de la negación violenta de los derechos elementales —comenzando por el derecho a la vida— de seres inocentes implicados muy a su pesar en el huracán regenerador.

Las bombas "humanitarias" de la OTAN golpean objetivos militares, pero destruyen también las infraestructuras civiles de la República Federal Yugoslava: puentes, conducciones de agua, centrales eléctricas, medios de comunicación. Las necesidades vitales elementales de poblaciones enteras resultan sacrificadas, como consecuencia inevitable de la acción humanitaria. Trescientas escuelas destruidas o dañadas; el terreno infectado de ingenios explosivos dejados por las bombas racimo; los recién nacidos de un hospital para prematuros que mueren al interrumpirse su alimentación mediante aparatos accionados por energía eléctrica; los civiles, serbios o kosovares, golpeados repetidamente por errores fatales. Todo esto por afirmar los derechos humanos, es decir, el derecho de todo ser humano a vivir en seguridad y dignidad.

Los derechos humanos, esta admirable construcción intelectual y normativa de occidente, elaborada, precisamente, para proteger al individuo, a la persona concreta, frente a las abstracciones hipostatizadas —el trono y el altar, el estado como sustancia ética, la clase, la revolución— se transforma en su contrario. Deviene ella misma una abstracción que contradice y aplasta la concreción de los bienes en nombre de cuya defensa fue concebida.

La persona individual, su unicidad irrepetible que constituye un valor en sí misma y es, precisamente, lo que los derechos humanos quieren tutelar, desaparece. El ser humano vuelve a ser parte de un organismo, el estado dentro de cuyas fronteras ha tenido que nacer o vivir, y de cuyas culpas ha de hacerse cargo. Emerge de nuevo, en los hechos, aunque no en las palabras todavía cargadas de hipocresía, la responsabilidad colectiva, que es la negación de los derechos humanos. El ser humano queda irremediablemente marcado por sus connotaciones fatales (etnia, nacionalidad, género), arrojado a una condición de desesperante necesidad

que la construcción normativa de los derechos fundamentales querría superar. Ni siquiera el que deserta logra salvarse, como lo prueban las dificultades, las desgracias y los rechazos cuando no las traiciones, que encuentran los pocos que han tenido el coraje de hacerlo.

Esta es la guerra, cualquier guerra de nuestra época. Y desgraciadamente también la de la OTAN.

Entonces, ¿cómo alejar frente a esta terrible heterogénesis de los fines, la sombría y siniestra advertencia de Carl Schmitt de que "quien habla de humanidad quiere mentir"? ¿Cómo responder a su pesimismo que pone el guardia sobre el nexo "humanidad/bestialidad"?

Ciertamente, existe la perspectiva del futuro. Los kosovares reintegrados a sus tierras pacificadas, a sus casas; los territorios de la ex Yugoslavia abiertos a la convivencia multiétnica, a la democracia, a los derechos humanos. ¿Pero se pueden destruir hoy derechos humanos de poblaciones enteras para restablecerlos más fuertes y seguros mañana? ¿No es éste un dilema ya conocido y al que creíamos haber dado una respuesta marcada por el sentido del límite, por el rechazo de la *ubris*, comendados en la inviolabilidad, aquí y ahora, de los derechos humanos?

Pero la guerra, cualquier guerra de la era contemporánea, irremediablemente connotada por la enorme ampliación de los medios destructivos, no es sólo la negación de los derechos humanos, es también la derrota de la política entendida como acción consciente y racional orientada a la consecución de determinados objetivos. Véase la guerra de la OTAN: se prefijó el objetivo de obligar a Milosevic en pocos días a pasar por la mesa de las conversaciones; excluía su derrocamiento y la desmembración de la República Federal de Yugoslavia; quería reforzar la estabilidad de los Balcanes. Hoy estos objetivos están en riesgo de cambiar: Blair clama a grades voces por el derrocamiento de Milosevic; la unidad territorial de la República Federal de Yugoslavia está en cuestión; toda la región aparece peligrosamente desestabilizada.

Se dirá que este cambio de objetivos es imputable al propio Milosevic. Pero es precisamente esta imputabilidad lo que constituye un problema y pone en cuestión la aptitud del medio elegido para hacer oposición a la política: es decir, la guerra.

Una política que permite a otros, al adversario, invertir los objetivos que ella misma se asigna, no es racional.

Y es también por esto por lo que la interdicción de la guerra fue saludada como un acrecimiento de la democracia; como la superación de un factor expropiatorio que despoja a las mujeres y a los hombres de la posibilidad de formular y perseguir colectivamente fines conscientes. Ya que tal es el carácter de la guerra contemporánea, a propósito de la cual parece hallar confirmación aquella tesis que ve la era contemporánea dominada por la tecnología que despoja al obrar humano de todo consciente finalismo sustituyéndolo por la lógica inhumana de la técnica.

En el curso de estas reflexiones he hablado de

progreso. Pero lo que esta palabra evoca para mí y para tantos como yo no puede dejar de verse acompañado por la inquietud que produce en nosotros la descripción que Walter Benjamin hizo, en una hora trágica, del *Angelus Novus* de Paul Klee:

“Su cara está vuelta hacia el pasado. En lo que para nosotros aparece como una cadena de acontecimientos, él ve una catástrofe única que acumula sin cesar ruinas sobre ruinas y se las arroja a sus pies. El ángel querría detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo despedazado. Pero un huracán desciende del paraíso y se arremolina en sus

alas, y es tan fuerte que no le deja plegarlas. La tempestad le arrastra inexorablemente hacia el futuro, al que da la espalda, mientras el montón de ruinas crece ante él hacia el cielo. Tal huracán es lo que llamamos progreso”.

Quizá para acabar con esta tempestad y devolver un sentido a la confianza en el progreso, la Carta de la ONU y nuestra Constitución han sancionado la prohibición de la guerra.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ.)

# Las magras rentas del *Tercer Pilar* de la Unión Europea. Seis años de cooperación en los asuntos de Justicia e Interior

Diego IÑIGUEZ HERNANDEZ

*¡Ay Dios mío, ay Dios mío!*  
P. Gutiérrez

El lector avisado de lo que publica la prensa nacional sobre el llamado *Tercer Pilar* de la Unión Europea pudiera pensar que sólo la mediación de encantadores malevolentes explica un fenómeno portentoso: desde hace seis años, cada reunión de los ministros de Justicia e Interior se inicia con objetivos casi idénticos y en ella se logran éxitos semejantes. Pero no deben ser tan rotundos los segundos cuando, luego, cada Consejo siguiente se enfrenta de nuevo a los mismos problemas. Y los resuelve con parecidas muestras de satisfacción.

Las páginas siguientes tratan de explicar —en primer lugar, para su autor— cómo es posible tamaño prodigio: cómo Estados resueltos a cooperar para abrir un *espacio europeo de libertad y seguridad* y profundizar así en una *ciudadanía europea* avanzan tan poco, en un campo que se presentó como uno de los pilares básicos sobre los que había de apoyarse la transformación de una unión esencialmente económica y monetaria en la flamante Unión (política) Europea.

La que sigue no es una exposición estrictamente jurídica de lo que ha dado de sí el *Tercer Pilar*, sino un análisis de otra clase, cuyo punto de partida —y de llegada— es una constatación: que el resultado de poner en marcha unos instrumentos jurídicos deficientes (los del Título VI del Tratado de la Unión Europea), confiando la iniciativa al entusiasmo francamente moderado de los Estados miembros y dejando los logros a la interacción de tres estructuras burocráticas no cooperativas es, casi fatalmente, el mínimo común denominador.

Quien escribe estas líneas participó como funcionario público en los trabajos de los primeros años del *Tercer Pilar*. Fueron los más interesantes, los de su puesta en marcha y, durante el segundo semestre de 1995, los de la última presidencia española de la Unión Europea. Después, ha seguido la evolución con curiosidad de perplejo. Quizá por eso, las páginas que siguen no se limitan a los aspectos jurídicos, cuyo estudio aportaría una ciencia escasa sin un conocimiento simultáneo de los elementos estructurales y dinámicos relevantes para su aplicación.

No ha de llamarse a engaño, pues, quien después de estas advertencias siga la lectura del texto. No hallará en él sutilezas de letrado, sino una aproximación *funcionarial* y muchas veces intuitiva, que reúne elementos de cuatro astucias diferentes: la de poner en relación los Derechos nacionales con el que surge del Tratado de Maastricht; la que conviene al enfrentarse a las peculiaridades de la ne-

gociación en una materia que no es comunitaria en sentido propio; una tercera, que es casi física de fluidos, que permita aproximarse a la interacción entre quince estados y cuatro o cinco instituciones comunitarias; y una cuarta, que ayude a desenredar la madeja en que las burocracias en acción envuelven la persecución de fines, plazos y resultados muchas veces diferentes y no pocas en conflicto<sup>1</sup>.

## I. SIGNIFICADO DE LA INCLUSION DE LOS ASUNTOS DE JUSTICIA E INTERIOR EN EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA (Y UNA PRIMERA APROXIMACION A LA REALIDAD)

La cooperación en materia de Justicia y asuntos de Interior es una de las novedades esenciales que introdujo el Tratado de Maastricht. Los solos objetivos de la Unión Económica y Monetaria hubieran hecho excesivo llamar Unión Europea a lo que no era sino la culminación de la Comunidad Económica. Se explica por ello la decisión de abrir nuevos campos a la actividad comunitaria, con un contenido netamente político y mayor virtud legitimadora. En la terminología metafórica, tan querida por el lenguaje de las relaciones internacionales, el *Segundo Pilar* de la Unión, que integra las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común, y el *Tercer Pilar*, que recoge, en el Título VI del Tratado de la Unión Europea, la cooperación en materia de Justicia e Interior.

Esta decisión de cooperar también en materias relativas a la seguridad y a la justicia tiene su origen en la voluntad de dotar gradualmente de contenido (político y jurídico) a la idea de una ciudadanía —y, por tanto, una soberanía— europea. Difícilmente podría transmitirse a los ciudadanos europeos la existencia real de ésta sin una cooperación efectiva en lo que de modo optimista llama el Tratado de Amsterdam *espacio de libertad, seguridad y justicia*.

El tratamiento de estas materias, sin embargo, presenta singularidades —o limitaciones— que las

<sup>1</sup> No tema el lector, ante el uso de conceptos como el de *burocracias en conflicto*, que el texto derive en las vaguedades características de la Ciencia Política. Sucede que los funcionarios de la Comisión y el Consejo han de interpretar la realidad con la clave del reparto interno de poder, la diplomacia tiende a valorarla con plazos extensos y desde una lógica de ocupación o mantenimiento de espacios; y esta lógica choca, a su vez, con la de unas administraciones nacionales sectoriales sujetas a plazos más perentorios y a una dirección política más inmediata.

separan netamente de los aspectos ya consolidados de la Unión. Las reglas típicamente comunitarias (iniciativa legislativa de la Comisión, competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia, participación del Parlamento Europeo, financiación con cargo al presupuesto comunitario, etc.) se han aplicado con un carácter limitado, con la justificación de que se trata de materias básicas de un pretendido núcleo de la soberanía estatal: la garantía material de la seguridad interior y la solución de los conflictos en sede judicial. El nuevo Tratado de Amsterdam avanza, aunque parcialmente, hacia la homogeneización comunitaria de las reglas aplicables.

Los resultados, hasta ahora, son parcos. En parte, por causa de una estructura institucional y normativa peculiar, intermedia entre la comunitaria y la multilateral. En parte, también, por las dificultades para superar las diferencias nacionales en los sistemas jurídicos, jurisdiccionales y policiales. Y, seguramente también, por una voluntad mucho menos decidida en este terreno que en el económico del Primer Pilar. Sin embargo, la medida en que se amplíe la participación de la Comisión y las demás instituciones comunitarias, y, en definitiva, en que se produzca una actuación común efectiva de la Unión Europea en estos ámbitos, será una de las pruebas más representativas de la voluntad de los Estados miembros de avanzar hacia una unión sustancial.

La justificación de una cooperación judicial y policial no parece difícil en tiempos en que triunfan conceptos omniexplicativos como *la globalización*, y nuevas definiciones del mal universal como la que encarna *la delincuencia organizada internacional*. Es evidente que la velocidad y la —aún a veces sorprendente— facilidad con que se desplazan capitales o malhechores hacen difícil que los ministros europeos de Justicia o de Interior pretendan siquiera enfrentarse a algunos de sus problemas más graves sin la colaboración de otros gobiernos de la Unión. La cooperación internacional es imprescindible para perseguir a los miembros de bandas terroristas que se refugian fuera de su país, tienen en los vecinos sus redes de financiación o escapan a la acción de la justicia solicitando asilo político en otros estados miembros; lo es para combatir la delincuencia mafiosa, que trafica con drogas o con seres humanos para explotarlos laboral o sexualmente, o, simplemente, con coches robados; también, en ocasiones, para perseguir a quienes editan propaganda nazi y xenófoba, que luego se distribuye en terceros estados; o para lograr información que ayude a combatir comportamientos vandálicos en partidos de fútbol internacionales. Y, desde luego, para enfrentarse a problemas de un contenido humano dramático, como el de los cónyuges nacionales de distintos países miembros que tardan años en lograr el reconocimiento de los efectos de las resoluciones judiciales sobre su matrimonio o la custodia de sus hijos.

Es razonable pensar en el *Tercer Pilar* para lograr esa colaboración. Pero aunque hace unas semanas han entrado en vigor las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, el ministro que acude con su problema a la estructura de trabajo

del Título VI hace pronto varios descubrimientos dolorosos:

— En primer lugar, que sólo si su país ejerce ese semestre la presidencia tiene posibilidades razonables de impulsar iniciativas, porque los objetivos del *Tercer Pilar* son genéricos y no están sujetos a plazos. Sólo la presidencia puede controlar (relativamente) el ritmo de los trabajos del muy complejo sistema de grupos jerarquizados en que se preparan las reuniones del Consejo de Ministros.

— En segundo lugar, que aún en este caso tiene que sortear una estructura de trabajo nada coherente y seguir un procedimiento no escrito ni homogéneo, de una volatilidad tal que rara vez llega a conocerlo eficazmente y en el que encuentra casi siempre un obstáculo y rara vez un aliado.

— En tercer lugar, que no es fácil lograr el apoyo de los demás ministros, si no tienen el deseo espontáneo de prestarlo, pues se trata de terrenos muy sensibles políticamente, en los que rara vez se ofrecen ayudas gratuitas. Y, a veces, tampoco de otra clase: imagine el lector, a modo de ejemplo, la voluntad cooperativa de un ministro británico durante el último gobierno conservador, cuya baza principal ante su electorado era el *euroescepticismo*. Y cuántas posibilidades de ralentizar los avances, o de vaciarlos de contenido, cabrían a un ministro tan astuto y resuelto como Michael Howard.

— En cuarto lugar, que ni siquiera tiene garantizada la colaboración de su propia administración, escindida en tres ámbitos burocráticos volcados en la defensa de concepciones (y hasta intereses) distintos: el de Bruselas, el diplomático de su país y el sectorial de su ministerio.

— En quinto lugar, que frecuentemente ha de lograr el apoyo (o sortear la oposición) de instituciones comunitarias como la Comisión y el Parlamento Europeo, que, aunque no tienen unas competencias efectivas relevantes, sí pueden suponer un freno o un impulso de gran autoridad.

Son unas condiciones de partida realmente diabólicas, que envuelven a los pobres ministros en un entramado procedimental e institucional capaz de turbar al más sutil. Se trata, además, de ministros que normalmente cuentan ya con una carga razonable de trabajo en su país y que corren cierto riesgo de no permanecer largos períodos al frente de sus ministerios. Valga como ejemplo la frecuencia de los cambios en la poltrona italiana, cuyo ministro del Interior era indefectiblemente uno distinto en cada reunión del Consejo, al menos hasta que el primer gobierno del Olivo trajo cierta estabilidad al puesto.

La consecuencia de todo esto es el fenómeno que Juan Luis Ibarra gusta llamar *la técnica del salchichonage*. El Ministro en apuros necesita mostrar a su opinión pública el apoyo logrado en Bruselas. Llega a esta espantosa ciudad blandiendo su causa y razonando sus excelentes argumentos: la solidaridad comunitaria, la voluntad de resolver en común problemas cuyo ámbito excede el nacional, las obligaciones asumidas en Maastricht, la ciudadanía europea, que requiere un espacio judicial y de seguridad que asegure la prevalencia de la libertad... Y va viendo como cada una de las instancias antedichas

(grupos de trabajo, países amigos o *euroescépticos*, instituciones comunitarias y burocracias enfrentadas) rebana una rodaja considerable de su pretensión inicial.

El ministro ve, desolado, como del primoroso embudo queda finalmente poco más de una rodaja. Porque en un sistema en el que intervienen tantos factores, sin objetivos predeterminados y sin instrumentos eficientes, el único resultado posible es el del mínimo común denominador: lo que el menos favorable de los estados esté dispuesto a aceptar. Por ejemplo, un convenio internacional *de mínimos*, una resolución de los ministros o una acción o posición común —los instrumentos peculiares del Título VI—, que no tienen eficacia jurídica directa y cuyo contenido contempla una invitación, sin plazo ni sanción, para unificar prácticas o regulaciones nacionales.

Pero no acaba aquí la desgracia de nuestro buen ministro nacional. Cuando llega, agotado tras dos días de negociaciones imposibles, en idiomas que no comprende y asesorado por diplomáticos y burocratas comunitarios que razonan con conceptos —y manejan intereses— bien distintos a los usuales en su ramo de actividad, se enfrenta a dos posibles escenarios: o bien lleva firmado un convenio sobre un asunto lejano y relativo a materias incómodas, que ha de someter al procedimiento de ratificación de un Parlamento nacional en el que no necesariamente cuenta con mayoría; o ha obtenido un instrumento de eficacia jurídica dudosa, que no impide que el problema que tanto esfuerzo ha invertido en resolver se reproduzca en términos idénticos seis meses más tarde. Basta con recordar la reiteración de la solicitud de asilo en Bélgica por parte de sospechosos de pertenecer a ETA.

Un ministro de Justicia puede tratar de ampararse en el nivel de ineficacia normal de su sistema jurisdiccional, o saberse limitado por la independencia de cada órgano judicial. Pero para el del Interior la necesidad de cooperación internacional puede ser dramática, y urgente el contar con instrumentos de cooperación internacional efectivos: un procedimiento de extradición más sencillo; un sistema de reconocimiento de resoluciones judiciales más rápido y ante órganos más próximos a la ejecución de aquellas; un auxilio judicial efectivo...

Por otra parte, la libre circulación de ciudadanos comunitarios y la presión migratoria sobre la Unión hace necesarios instrumentos y actuaciones comunes también en materia de control de las fronteras y política de visados. Y quizá no sea preciso recordar las sucesivas catástrofes humanitarias en los Balcanes para justificar la necesidad de normas homogéneas e instrumentos eficaces en lo que se refiere al régimen de asilo y refugio.

Una primera evaluación de los resultados de los trabajos desarrollados hasta ahora debe hacerse teniendo en cuenta las estructuras de trabajo y las peculiaridades de los instrumentos jurídicos. Existen, además, diferencias normativas entre los estados, que sólo cabe salvar en ocasiones mediante reformas incluso constitucionales, pero que sirven, en otras, como coartada para la inacción. En definitiva, sea por causa de interpretaciones rigurosas

sobre los intereses nacionales en conflicto, sea por falta de entusiasmo cooperativo, a lo largo de los casi seis años de actividad en este terreno se han manifestado interpretaciones diferentes sobre casi cada aspecto de este *Tercer Pilar*. Los objetivos, los medios para realizarlos, el carácter de cada uno de los instrumentos jurídicos y políticos de los que hace uso, la posible intervención de instituciones como el Parlamento Europeo o el Tribunal de Justicia y hasta sobre la financiación de las actividades.

Existen, por último, grandes disfunciones estructurales y prácticas, que lastran de manera exasperante los trabajos y condicionan los resultados posibles. Entre éstas, merece la pena detenerse en el modo en que la interacción entre las diversas instancias administrativas e institucionales dificulta su desarrollo, con episodios pintorescos que harían las delicias de un analista con el talento satírico de Alejandro Nieto.

## II. EL CONTENIDO DEL TÍTULO VI DEL TRATADO DE LA UNIÓN

El Título VI del Tratado de Maastricht muestra, en la parquedad de su contenido, el carácter incipiente de esta nueva actividad comunitaria. O la precipitación con la que se adoptó la decisión de extender la Unión Europea a estas materias. La reciente entrada en vigor del Tratado de Amsterdam abre una fase nueva, con algunas innovaciones relevantes: se amplía la iniciativa de la Comisión y la participación del Parlamento Europeo; se perfilan los instrumentos jurídicos; se introduce la decisión por mayoría. Pero un análisis del funcionamiento y los logros habidos en el primer lustro de su existencia debe partir de la regulación vigente durante éste. La de los diez artículos del citado Título VI (K a K9), que recogen:

1. Las materias sobre las que versa, expresadas la mayoría de modo tan genérico como: *la política de asilo, la política de inmigración; la lucha contra la toxicomanía; la lucha contra la defraudación a escala internacional; la cooperación judicial en materia civil o en materia penal*. En ciertos aspectos, la materia objeto de la cooperación se detalla mínimamente: por ejemplo, respecto a los nacionales de terceros países, los estados miembros consideran de interés común las condiciones de su acceso, estancia, acceso al empleo y la lucha contra las formas ilegales de éstas. En el caso de la cooperación policial, aparece en el artículo K.1 una mención expresa a la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional; la previsión de una cooperación aduanera y la organización de un sistema de intercambios de información dentro de una Oficina Europea de Policía llamada EUROPOL.

2. Diversas precisiones sobre limitaciones jurídicas (como el respeto al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 o a la Convención sobre el

<sup>1</sup> El 1 de mayo de 1999.

Estatuto de los Refugiados de 1951) y reserva de las responsabilidades estatales en materia de mantenimiento del orden público y la seguridad interior.

3. La iniciativa, que se atribuye solamente al Consejo de Ministros en las materias relativas a la cooperación judicial y policial, lo que realza el carácter intergubernamental de esta actividad comunitaria. La Comisión sólo cuenta con una posibilidad de iniciativa, compartida siempre con el Consejo, en materias de inmigración, extranjería, asilo, fronteras lucha contra la toxicomanía —en aquella parte de naturaleza no policial— y contra la defraudación

4. Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se materializa la cooperación. Que no son los típicos del Derecho Comunitario, sino unas *ciertas posiciones comunes, acciones comunes y convenios cuya adopción recomienda el Consejo a los estados miembros*. Pese a la previsión expresa de que sea posible su adopción por mayorías relativas, esta posibilidad no es frecuente. Y, sintomáticamente, la invitación a la adopción de tales convenios, cuya entrada en vigor requiere la ratificación por parte de todas las partes firmantes, topa con excesiva frecuencia con dilaciones a las que se hace referencia más adelante.

5. La estructura de trabajo la componen el Consejo de Ministros (cuyas decisiones requieren unanimidad salvo en materias de procedimiento) y un *comité de coordinación*, llamado, con el ingenio característico del decir diplomático, *Comité K-4*. Bajo éste, cuya composición de *altos funcionarios* no asegura un trabajo técnico imprescindible, actúa de hecho un número elevado de grupos de trabajo sobre materias específicas. Una parte esencial de éstos recoge el trabajo y la composición de los que ya existían anteriormente en las estructuras de la cooperación política europea. Otros, en cambio, han surgido de las materias detalladas por el Título VI del Tratado de Maastricht, y así los funcionarios de los Quince asisten a las reuniones de grupos de nombres tan sorprendentes como *Admisión-expulsión o Crimen organizado*.

6. Las restantes normas del Título VI se referían, en el Tratado de Maastricht, a:

— El sostenimiento de posiciones comunes ante organizaciones y conferencias internacionales (K-5);

— Las relaciones con el Parlamento Europeo (K-6), que trata de incrementar sus escasas participación y facultades en esta materia, pero no dispone ni siquiera de las posibilidades que le depara la negociación presupuestaria en el Primer Pilar. El Parlamento, que ha denunciado reiteradamente como un *déficit democrático* en este área, apenas tiene los derechos a una información periódica *sobre los principales aspectos de la actividad*; a que sus opiniones sean *debidamente tenidas en cuenta*; con la posibilidad de formular preguntas o recomendaciones; y con un debate anual sobre los progresos realizados.

— La posibilidad de que algunos estados miembros cooperen entre sí más estrechamente en estas materias (K-7), mediante, por ejemplo, convenios celebrados entre dos o más estados.

— Unas previsiones mínimas y de aplicación con-

flictiva sobre la financiación de los gastos que resulten de la actividad en esta materia (K-8).

— Por último, el artículo K-9 prevé la posibilidad de aplicar el artículo 100 C del Tratado de la Unión Europea a las materias menos *duras* de esta cooperación (puntos 1 a 6 del K-1), permitiendo así la comunitarización de éstas, en lo que se denomina la *pasarela comunitaria*.

Es fácil advertir en esta regulación claros elementos disfuncionales: la imprecisión de su naturaleza, a caballo entre lo comunitario y lo intergubernamental; las disfunciones evidentes en los instrumentos jurídicos y las estructuras de trabajo; la ausencia de metas concretas sujetas a plazos; la regla de la unanimidad, (consecuencia de su naturaleza no plenamente comunitaria), que permite bloqueos exasperantes y limita frecuentemente los resultados a acuerdos sobre el mínimo común denominador.

Una visión limitada a los elementos institucional y normativo regulados en el Título VI no ayudaría a comprender la interrelación dinámica entre instituciones y normas jurídicas en que se ha convertido el *Tercer Pilar* de la Unión Europea, porque sólo a partir de sus defectos estructurales y de su funcionamiento real es posible entender y valorar sus logros. Sin embargo, conviene exponer en primer lugar los resultados palpables —si los son las acciones comunes, convenios y demás instrumentos característicos— en cada uno de los tres sectores (inmigración y asilo, cooperación policial y cooperación en materia de justicia). Y sólo a continuación una evaluación global de éstos, de los elementos que lastran un avance más profundo, de las soluciones propuestas y de las aceptadas por la Conferencia Intergubernamental de la que ha surgido el Tratado de Amsterdam.

### III. TRABAJOS Y RESULTADOS DE SEIS AÑOS EN EL TERCER PILAR

Los resultados esenciales se exponen continuación, atendiendo separadamente a las tres áreas de trabajo. Se trata de una relación, no exhaustiva, que puede parecer impresionante por el número y el título de los convenios, resoluciones, posiciones y acciones comunes. Pero conviene no olvidar que solamente los primeros son propiamente normas jurídicas; que los compromisos alcanzados en posiciones y acciones no cuentan, al contrario que las directivas, con el respaldo de una aplicación subsidiaria que supla la inacción de los gobiernos que dejen de desarrollarlos; y que no existen en este campo reglamentos directamente aplicables. Conviene, por ello, atemperar con una reserva prudente el impulso entusiasta que pudiera despertar la longitud de la enumeración que sigue.

#### A. Inmigración y asilo

Las materias de asilo y, especialmente, migraciones han sido quizá las más productivas, al menos

hasta la presidencia española<sup>3</sup>. Pese a que se trata, por lo general, de normas de carácter disperso; que convenios esenciales, como el de Dublín de 1995, han visto retrasada su entrada en vigor durante años hasta que han sido ratificados por todos los estados miembros; y pese al indudable carácter coyuntural de algunas de las decisiones o procedimientos adoptados. Pero quizá sea más ilustrativo un repaso breve de algunas de éstas, para que el lector paciente extraiga sus propias conclusiones.

Materias como la entrada de nacionales de estados no comunitarios en la Unión, su acceso al empleo, las posibilidades de reagrupación familiar, su documentación o el control de las fronteras exteriores de la Unión tienen una relevancia que es ocioso resaltar. No sólo porque la crisis social y política en los países del Este y al Sur de Europa supone una presión migratoria —actual o potencial— evidente sobre la Unión, sino porque las propias contradicciones de las opiniones públicas nacionales desconciertan a unos gobiernos no siempre caracterizados por sus posiciones coherentes o decididas.

Entre los trabajos principales concluidos merece la pena detenerse en los que a continuación se esbozan:

1. La posición común sobre la definición común del concepto de refugiado<sup>4</sup>, conforme al artículo 1A de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, esencial para una política efectivamente común de asilo en el seno de la Unión, ofrece un buen ejemplo del proceso laborioso que lleva a uno de estos acuerdos. Para llegar a él, fue preciso resolver, en primer lugar, cuál debía ser el instrumento jurídico empleado: acción o posición común. En segundo lugar, superar la reserva de uno de los estados principales, que trataba de mantener la posibilidad de resolver sobre la concesión del estatuto de refugiado en función de la pertenencia a un grupo, evidentemente contraria al principio, esencial en el sistema de Ginebra, de que cada solicitud ha de examinarse individualmente. En tercer lugar, se planteó una discrepancia sobre la posible denegación de la condición de refugiado a quienes hubieran cometido en su país de origen delitos de carácter *no político* con anterioridad a la solicitud. El empeño de otro de los estados en que había de acogerse una fórmula que permitiera tener en cuenta delitos cometidos en el país de acogida o con posterioridad a la solicitud de asilo sólo pudo salvarse con un acuerdo que le permite una declaración interpretativa — con su tesis— sobre este aspecto.

2. La resolución sobre el reparto de la carga de personas temporalmente desplazadas<sup>5</sup> establece unos principios comunes para regular el peso de la acogida y la estancia de personas desplazadas en casos de crisis. Pero deja la decisión sobre los concretos criterios aplicables en cada caso a una decisión ad hoc. Objetivo esencial de la presidencia alemana, como consecuencia de los desplazamientos masivos que supuso la guerra en la antigua

Yugoslavia, es otro ejemplo del funcionamiento real del Tercer Pilar bajo un régimen de unanimidad: resulta fácil imaginar el escaso entusiasmo de los estados no directamente afectados por subvenir económicamente los gastos que tal desplazamiento ha supuesto para los más próximos al foco del conflicto —y, por tanto, mayores receptores de refugiados. Los argumentos utilizados pudieran mover a una sonrisa: los países pequeños proponían como criterio esencial el tamaño; los pobres, el PIB; los alejados del conflicto, la proximidad. Pero un análisis de otros, eventuales, conflictos obligaría a considerar cuán cercana queda la costa argelina de las españolas, francesas o italianas; cuán próxima se halla Albania de Italia; o, por ejemplo, cuántas de las repúblicas que han sucedido a la antigua Unión Soviética presentan situaciones de crisis social, política o económica.

3. El procedimiento de alerta y de urgencia para el reparto de cargas en lo que se refiere a la acogida y estancia, de manera temporal, de personas desplazadas<sup>6</sup>: se trata de una decisión que establece un mecanismo formal de reacción de la Unión ante situaciones de crisis humanitarias, para resolver con urgencia la atención a eventuales movimientos de refugiados temporales. Complementa, por tanto, la resolución sobre los criterios generales conforme a los cuales deben repartirse dichas cargas. De la medida en que resulta eficaz el sistema da buena cuenta lo ocurrido con los refugiados kosovares tras el inicio de los bombardeos sobre Serbia.

4. La resolución sobre el estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los estados miembros de la Unión supone un estatuto jurídico mínimo para los ciudadanos de aquellos países con al menos diez años de residencia en la UE (aunque puede concederse a personas con menos años de residencia). Recoge un criterio integrador, ya que protege especialmente frente a medidas de expulsión y da un tratamiento en buena parte similar a los nacionales en materias tales como educación, trabajo o seguridad social.

5. El reglamento sobre visados<sup>7</sup> determinaba para todos los estados miembros los estados terceros cuyos nacionales debían estar provistos de visado para franquear las fronteras exteriores comunes de la Unión, mediante un sistema de lista común, pero fue anulado por el Tribunal de Justicia. A su vez, el reglamento 1683/95<sup>8</sup> ha establecido un modelo uniforme de visado.

6. La recomendación sobre concertación y cooperación en la medida de expulsión es otro aspecto importante de la política efectivamente común en materia de inmigración: la expulsión de inmigrantes ilegales. Recoge tres aspectos: la cooperación en la localización y utilización de plazas aéreas; el tránsito a través de otros estados miembros; y las actuaciones ante las autoridades consulares a efectos de documentación.

<sup>3</sup> Que tuvo lugar en el segundo semestre de 1995.

<sup>4</sup> Posición común 96/196/JAI, del 4 de marzo de 1996

<sup>5</sup> Resolución 95/C 262/01, del Consejo, de 25 de septiembre de 1995

<sup>6</sup> Decisión 96/198/JAI, del Consejo, de 4 de marzo de 1996.

<sup>7</sup> Que es reglamento por el carácter comunitario de las normas sobre libre circulación, 2317/95, del Consejo, de 25 de septiembre de 1995.

<sup>8</sup> Del Consejo, de 29 de mayo de 1995.

7. Entre los numerosos instrumentos específicos aprobados, cabe mencionar:

a) La acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario<sup>9</sup>.

b) La decisión del Consejo sobre el seguimiento del grado de ejecución por los países miembros de resoluciones anteriores<sup>10</sup>.

c) El estudio sobre las necesidades de los usuarios de EURODAC.

d) La recomendación sobre cooperación consular en materia de visados.

e) Las acciones comunes<sup>11</sup> destinadas a financiar determinados programas específicos a favor de personas desplazadas temporalmente en estados miembros y solicitantes de asilo.

f) La acción común que facilita los desplazamientos de escolares de terceros países que residen en un estado miembro<sup>12</sup>.

g) La resolución sobre menores no acompañados nacionales de terceros países<sup>13</sup>.

h) La resolución sobre medidas de lucha contra los matrimonios fraudulentos<sup>14</sup>.

i) La acción común que regula un modelo uniforme de permiso de residencia<sup>15</sup>.

j) Las resoluciones que regulan la limitación de la admisión de nacionales de terceros estados para ejercer actividades profesionales por cuenta propia o ajena<sup>16</sup>; o la que regula la entrada de nacionales de terceros países para realizar estudios<sup>17</sup>.

k) La decisión relativa al intercambio de información sobre ayudas a la vuelta voluntaria de nacionales de terceros países<sup>18</sup>.

l) La acción común<sup>19</sup> que crea el sistema europeo de archivo de imágenes llamado FADO.

Fruto de la presidencia española fue la norma general de publicidad de los actos adoptados en materia de asilo e inmigración en el marco del *Tercer Pilar*, frente al criterio inicial (vigente en materia policial) de secreto salvo decisión contraria expresa.

Merece, por último, una mención el Convenio de Dublín, relativo a la determinación del estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros que al fin entró en vigor el 1 de septiembre de 1997. Para facilitar su aplicación, el Consejo aprobó también el reglamento (en sentido no comunitario) que regula el comité que debe garantizar la aplicación uniforme y eficaz de dicho convenio.

La relevancia de estas materias es indudable, pese a su carácter asistemático. El propio éxito, en el contexto de la cooperación del Título VI, ha permiti-

do que el Tratado de Amsterdam las *comunitarice*, aunque con cautelas que se refieren más adelante, trasladando su regulación a un nuevo Título III bis, que forma parte del Primer Pilar.

## B. Cooperación policial

El encaje en el *Tercer Pilar* de la cooperación policial presenta, a su vez, singularidades. Es proverbial la reticencia —y aún la resistencia— de algunos estados miembros a cualquier exceso *comunitarizador* en esta materia, sea por una confianza mayor en sus sistemas autóctonos de protección de derechos fundamentales y libertades públicas, sea por una desconfianza histórica hacia los de sus vecinos. Piense el lector en la sospecha inglesa<sup>20</sup>, tan unida a su conciencia nacional, acerca de la facilidad con que los estados continentales se deslizan periódicamente hacia la tiranía; o la de los estados pequeños y civilizados repetidamente invadidos por algún vecino poderoso y expansivo.

Estas reticencias han dificultado una cooperación que, por otra parte, tampoco precisaban urgentemente impulsar los estados que ya eran parte en los Acuerdos de Schengen y tienen en estos instrumentos eficaces para la colaboración entre sus Policías. De hecho, una de las novedades relevantes del Tratado de Amsterdam ha sido la integración del acervo de Schengen en lo que ahora se denomina espacio de libertad y seguridad común, con la excepción del Reino Unido e Irlanda y con un protocolo que permite el *opting out*<sup>21</sup> de Dinamarca.

La dinámica habitual en este campo queda ilustrada por las vicisitudes de las propuestas destinadas a la lucha contra el terrorismo. Recogida en el Tratado de la Unión Europea por iniciativa española, el desarrollo de instrumentos de cooperación ha de someterse a los límites estrictos de las garantías constitucionales y procesales. Pero esta cautela ha puesto de manifiesto la necesidad de una aproximación efectiva de los tipos penales y los instrumentos procesales, sin los cuales es difícil que el negociador más esforzado logre otra cosa que rotundas declaraciones de principio.

Los resultados principales en esta materia son, seguramente, la conclusión del Convenio EUROPOL<sup>22</sup> y un conjunto diverso de acciones comunes que permiten actuaciones comunes frente a formas delictivas que desbordan las fronteras nacionales. En cuanto a esta últimas, la presidencia alemana estuvo particularmente interesada en la lucha contra las re-

<sup>9</sup> Acción común 96/197/JAI, del Consejo, de 4 de marzo de 1996.

<sup>10</sup> Decisión 97/420/JAI, del Consejo, de 26 de junio de 1997.

<sup>11</sup> Se trata de las acciones comunes 97/477/JAI de 22 de julio de 1997 y 98/304/JAI de 28 de abril de 1998.

<sup>12</sup> Decisión del Consejo 94/795/JAI, de 30 de noviembre de 1994.

<sup>13</sup> Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997.

<sup>14</sup> Resolución del Consejo 97/C 382/01, de 4 de diciembre de 1997.

<sup>15</sup> Acción común 97/11/JAI, de 16 de diciembre de 1997.

<sup>16</sup> Resoluciones del Consejo de 30 de noviembre y 20 de junio de 1994.

<sup>17</sup> De 30 de noviembre de 1994.

<sup>18</sup> Decisión del Consejo 97/340/JAI, del 26 de mayo de 1997.

<sup>19</sup> Acción común 98/700/JAI, de 3 de diciembre de 1998.

<sup>20</sup> Se utiliza el término *inglés* conscientemente, puesto que la singularidad del sistema legal escocés —y la historia de la que ahora es la República de Irlanda— hacen conveniente una distinción que excluya a ambas. Quizá habría de decirse *inglés y gales*.

<sup>21</sup> La expresión *opt out*, u *opting out* es una de las que ha logrado, en el tantas veces insufrible lenguaje de las relaciones internacionales, consolidarse conceptualmente, para referirse a la opción de excluir la vinculación o vigencia de una norma para el país que hace tal reserva.

<sup>22</sup> De 25 de julio de 1995. Por su parte, el protocolo que atribuye al Tribunal de Justicia la interpretación, con carácter prejudicial, en eventuales conflictos fue adoptado por el Consejo el 23 de julio de 1996; y el protocolo que regula los privilegios e inmunidades, el 19 de junio de 1997.

des dedicadas al robo de coches; la francesa en la persecución de grupos terroristas de ideología integrista; la española, en el terrorismo; la belga en la lucha contra el tráfico de seres humanos y los delitos contra menores... Se trata de un catálogo de los horrores principales de cada estado miembro. Pero, a veces, también del reflejo de intereses de otra clase: el de suplir la ineficacia de los sistemas judicial o policial propio; o, directamente, los económicos que pueden intuirse en ocasiones, cuando tras la propuesta destinada —valga el ejemplo imaginado— a limitar el robo de coches puede haber un sistema tecnológico específico desarrollado por una industria nacional.

El debate sobre EUROPOL, la oficina europea de policía que prevé el artículo K-1, es otro buen ejemplo de la realidad en que se produce el desarrollo del Título VI. EUROPOL cuenta con un precedente, la UDE (*Unidad de Drogas Europo*), cuya puesta en funcionamiento<sup>23</sup> desató un interesante debate sobre la nacionalidad que habían de tener sus directivos. El acuerdo sobre las materias a las que debía dedicarse EUROPOL fue largo, por el empeño español de incluir el terrorismo entre las que debía atender desde el inicio de su funcionamiento. Vino luego un proceso igualmente extenso para la elaboración de los reglamentos que rijan su funcionamiento. Y permaneció abierta hasta el final una discusión que cabe resumir en los siguientes términos: uno de los estados más relevantes estaba dispuesto a aceptar, de cara a la Conferencia Intergubernamental, que EUROPOL ampliara sus funciones a actividades *operacionales*, pero de ningún modo a que desarrollara actividades *operativas*. El convenio, ya ratificado por España, recoge finalmente este último término<sup>24</sup>, en lo que probablemente represente la consecuencia más relevante de su regulación.

Entre los resultados de menor alcance en este terreno son destacables:

a) El informe periódico sobre el estado de la delincuencia organizada internacional, que topa, año tras año, con una dificultad insospechada: los datos aportados por los estados miembros recogen, con alguna frecuencia, una curiosa deflación delictiva, pues interfieren en la cuenta de los delitos razones de prestigio profesional de las Policías o sus ministros.

b) Dos acciones comunes<sup>25</sup> establecen directorios de competencias, conocimientos y técnicas especializadas en materia de lucha contra la delincuencia organizada internacional y contra el terrorismo.

c) La acción común<sup>26</sup> que amplía el mandato de la UDE en materia de lucha contra el tráfico de seres humanos

d) El plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada internacional, adoptado el 28 de abril de 1997<sup>27</sup>.

e) La acción común que establece un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada<sup>28</sup>.

f) La acción común que trata de establecer un marco común homogéneo en la regulación y establecimiento de funcionarios policiales de enlace<sup>29</sup>.

g) Las acciones comunes que establecen los programas *Falcone* (de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada); *Daphne*, contra la violencia sobre niños, adolescentes y mujeres; y *Stop*, contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños.

En cuanto a la cooperación policial en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la Unión ha seguido dos líneas fundamentales de actividad. Por una parte, medidas como la acción común que obliga a aproximar las prácticas y la legislación en materia de prevención y lucha contra el tráfico ilegal de drogas<sup>30</sup>; la resolución que establece medidas para combatir y eliminar el cultivo y la producción ilícita de drogas en la propia Unión Europea<sup>31</sup>; la acción común que regula el intercambio de información sobre los perfiles químicos de los estupefacientes<sup>32</sup>; o la que establece medidas de cooperación entre autoridades aduaneras y organizaciones empresariales<sup>33</sup> para la lucha contra esta clase de tráfico, tratan de impulsar —sin la eficacia de una directiva— la homogeneización de normas y prácticas.

Por otra parte, ha tratado de establecer vías de cooperación con determinados grupos de estados terceros, para procurar unificar estudios, información y proyectos. Los resultados, hasta ahora, han de cifrarse en un número de declaraciones que establecen grandes principios y grupos de trabajo destinados a establecer políticas con posible efecto sobre la realidad. Un ejemplo es la declaración común realizada por los países integrantes del Pacto Andino y la Unión Europea acerca de la cooperación en la lucha contra el narcotráfico: las partes coincidieron en que la estrategia de lucha contra la droga debe partir de un *enfoque global y coordinado* dirigido a *reducir la demanda y a luchar contra el tráfico ilícito* mediante la cooperación bilateral entre ambas regiones, incluyendo medidas específicas tales como las dirigidas a promover un *programa equilibrado de desarrollo alternativo* y contra el blanqueo de los beneficios ilícitos, así como *el recurso a las posibilidades creadas por instrumentos como el sistema generalizado de preferencias*. Entre los programas de acción con los PECOS y Chipre, con los que se

<sup>23</sup> Acción común 95/73/JAI, de 10 de marzo de 1995, del Consejo

<sup>24</sup> Respecto a la Unidad de Drogas Europo, conviene advertir que la acción común 96/747/JAI, de 29 de noviembre de 1996 estableció el directorio de competencias, conocimientos y técnicas especializadas en materia de lucha contra la delincuencia organizada internacional. Y la acción común 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996 había establecido un instrumento semejante referido a la lucha antiterrorista

<sup>25</sup> La 96/747/JAI, de 29 de noviembre de 1996, y 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996

<sup>26</sup> Acción común del Consejo 96/748/JAI, del 16 de diciembre de 1996

<sup>27</sup> 97/C/251/01

<sup>28</sup> Adoptada en el Consejo de diciembre de 1997.

<sup>29</sup> Acción común 96/602/JAI, de 14 de octubre de 1996

<sup>30</sup> Acción común del Consejo 96/750/JAI, de 17 de diciembre de 1996

<sup>31</sup> Resolución del Consejo de 16 de diciembre de 1996

<sup>32</sup> Acción común 96/699/JAI, de 29 de noviembre de 1996

<sup>33</sup> Acción común 96/698/JAI, del Consejo, de 29 de noviembre de 1996

acordó establecer programas de cooperación en la lucha contra la delincuencia organizada internacional, debe mencionarse el Pacto de adhesión sobre la delincuencia organizada<sup>34</sup>.

### C. Cooperación en materia de Justicia

En cuanto a la cooperación en el área de Justicia, los trabajos en materia de cooperación penal han sido, esencialmente, los relativos a:

1. El convenio europeo de extradición<sup>35</sup>, aprobado en el Consejo de Dublín<sup>36</sup>, es una buena muestra de lo que cabe esperar del mínimo común denominador: fue aprobado, tras un largo bloqueo de hecho, en buena medida gracias a la renuncia a mejoras sustanciales respecto a convenios anteriores vigentes, como los de extradición del Consejo de Europa, de 1957; y el de Represión del terrorismo, de 1977. Los diversos obstáculos (i.a., el principio de doble incriminación; la exclusión de la extradición de nacionales; el tratamiento del *delito político*, o el de los cooperadores en los delitos de terrorismo) se han salvado de forma consensuada, lo que reduce la relevancia real del convenio a ciertas mejoras técnicas concretas, la regulación de la extradición de nacionales y la posible excepción al principio de doble incriminación, pero no es osado prever que no es probable que vaya a sustituir en la práctica a los convenios citados, ni los convenios bilaterales.

2. El convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades<sup>37</sup> cubre determinadas lagunas en la protección de la Hacienda comunitaria. Firmado durante la Presidencia española, ha sido complementado posteriormente por el convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Comunidades Europeas o de los estados miembros de la Unión<sup>38</sup>. Su relevancia esencial es la simbólica: se trata de un primer ejemplo de definición de un tipo delictivo *federal europeo*, que protege de manera uniforme un bien jurídico común mediante la definición de un tipo de fraude en perjuicio de los intereses financieros de las Comunidades.

3. Entre los instrumentos destinados a la lucha contra la delincuencia organizada cabe mencionar la resolución relativa a la protección de colaboradores<sup>39</sup>; la acción común que obliga a tipificar determinadas conductas para la represión del tráfico de menores<sup>40</sup>; y la acción común sobre blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos de delitos<sup>41</sup>. Su eficacia, sin embargo, debe analizarse a la luz de lo indicado antes acerca de la limitada

virtualidad obligacional de los instrumentos jurídicos característicos del Tercer Pilar.

4. Otro ejemplo de esta técnica normativa es el que representa la acción común sobre racismo y xenofobia, que establece para los Gobiernos la obligación de adoptar las iniciativas necesarias para el establecimiento de tipos penales que sancionen estas conductas de manera homogénea, con el fin de evitar su impunidad en todo el ámbito de la Unión. La obligación, sin embargo, es de mera actividad, pero no de resultado. Y si los Gobiernos se comprometen a impulsar las medidas necesarias en cada país, no existe sanción, plazo o vigencia alternativa de la acción común en el caso de que no se haga efectiva la regulación mínima que se establece.

5. Sí lo es, en cambio, el convenio que extiende el efecto de la privación del permiso de conducir al ámbito de la Unión<sup>42</sup>.

6. Un último bloque de acciones comunes trata de regular el marco de cooperación entre los estados por medio de magistrados de enlace<sup>43</sup>, una llamada *red judicial europea*<sup>44</sup> y reglas para una *buen práctica* en materia de ayuda mutua judicial penal<sup>45</sup>.

En materia de cooperación civil, merecen una mención especial los trabajos realizados sobre:

1. El Convenio de Quiebras que fue firmado por trece de los quince Estados miembros (con las excepciones del Reino Unido e Irlanda) después de un período de elaboración que arranca de 1961.

2. La extensión del Convenio de Bruselas de 1968, sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, resultó finalmente adoptada por fin en julio de 1998.

Ambos ilustran las dificultades específicas habidas en esta materia, ante la resistencia sorda opuesta por una parte de los estados miembros a que el *Tercer Pilar* comunitario invadiera un ámbito hasta entonces reservado a la Conferencia de La Haya de Derecho Privado. Se trata de un fenómeno visible también en los trabajos realizados en torno al Convenio de simplificación de la transmisión de actos judiciales civiles y mercantiles. La regulación en una nueva sede (el título III A) de la cooperación judicial civil en el Tratado de Amsterdam permite concluir el triunfo de la Conferencia de La Haya.

Con todo, el mayor obstáculo a la cooperación judicial efectiva no reside en la difícil consecución de acuerdos sobre el texto de los convenios —dadas las dificultades constitucionales y políticas de cada estado miembro a la hora de modificar la parte garantista de sus legislaciones, sino el retraso de la entrada en vigor de los instrumentos alcanzados. La ratificación de convenios ya firmados requiere habitualmente no menos de dos años, retraso frente al cual cabe recurrir a fórmulas como la utilizada para el nuevo convenio de extradición: firmado el 27 de noviembre de 1996, fue acompañado por una declaración de intenciones para su aplicación anticipada por hecha por España, Alemania, Italia, Portugal y Francia.

<sup>34</sup> Aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998.

<sup>35</sup> Que no debe confundirse con el convenio, establecido sobre la base del artículo K 3 del TUE, que regula el procedimiento simplificado de extradición, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995.

<sup>36</sup> El 27 de noviembre de 1996.

<sup>37</sup> Concluido el 26 de julio de 1995.

<sup>38</sup> De 26 de mayo de 1997.

<sup>39</sup> 97/C/o/01.

<sup>40</sup> Acción común 97/154/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 1997.

<sup>41</sup> Acción común 98/699/JAI, del Consejo, de 3 de diciembre de 1998.

<sup>42</sup> 98/C 216/01

<sup>43</sup> Acción común 96/277/JAI, del Consejo, de 22 de abril de 1996.

<sup>44</sup> Regulada por la acción común 98/428/JAI, de 29 de junio, que establece los puntos de contacto de la red en cuestión.

<sup>45</sup> Acción común 98/427/JAI, del 29 de junio de 1998.

Merece, por último, una mención el llamado *diálogo estructurado* con los países candidatos a la adhesión. Junto a las exigencias del *Pacto de adhesión*<sup>46</sup> en materia de instrumentos contra la delincuencia organizada, los Estados candidatos han de incorporar a sus legislaciones, de manera satisfactoria y sujeta a exámenes periódicos, los elementos que forman *el acervo de la Unión Europea* en los dominios de justicia y asuntos de interior, como condición de homologación jurídica antes de su adhesión. El Consejo ha aprobado<sup>47</sup>, a su vez, una acción común que establece un mecanismo de evaluación colectiva de los niveles de adopción, aplicación y vigor efectivo de este acervo.

#### IV. EVALUACION DEL SISTEMA DEL TITULO VI, ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE AMSTERDAM

##### A. Una valoración global

Valorar el *Tercer Pilar* globalmente, en el marco de la construcción europea a partir del Tratado de Maastricht, obliga a reflexionar, en primer lugar, sobre los avances reales en materia de principio. El ejemplo más claro es, seguramente, lo que se refiere al desarrollo efectivo de la ciudadanía europea. No se trata, desde luego, de una materia exclusiva del *Tercer Pilar*, pero da una buena medida de la distancia entre las posibilidades jurídicas y políticas de ésta y la realidad —tan limitada— de lo recogido por ahora en el Tratado de la Unión. Los supuestos ciudadanos europeos pueden sentirse algo decepcionados, con las consecuencias lógicas en cuanto a su sensación de pertenencia a una comunidad supranacional, cuando contraponen el concepto de ciudadanía europeo a su desarrollo efectivo. Hasta la reforma de la que ha surgido el Tratado de Amsterdam, los derechos recogidos son escasos y asistemáticos; la garantía individual de los derechos a través del acceso al Tribunal Europeo no es todavía una realidad, por falta de una posibilidad de acceso directo; el control a través del Parlamento Europeo es limitado y depende de unos criterios que se adoptan en cada caso por unanimidad; la capacidad de iniciativa de la Comisión es muy reducida... Se trata de limitaciones que han expresado en términos particularmente duros la Comisión y el Parlamento Europeo.

##### B. Los vicios dinámicos y estructurales de un *Pilar* defectuoso

El objeto de este artículo es, ante todo, una valoración estructural del *Tercer Pilar*. Como se ha señalado antes, el Título VI del Tratado de Maastricht establece esencialmente unos fines genéricos de cooperación en los campos que señala, una estructura básica y unos procedimientos e instru-

mentos posibles. Pero su puesta en práctica ha puesto de manifiesto que:

1. El Título VI tiene un carácter finalista y procedimental, por lo que a la hora de precisar fines y orientar la actividad pueden superponerse prioridades y objetivos diversos, en función de las preferencias coyunturales de cada Estado miembro. Falta una expresión más definida de objetivos concretos. Sin ella, cada estado impulsa sus intereses sin tener que mostrarse receptivo a los ajenos. La indefinición de los objetivos concretos, consecuencia de la parquedad de la regulación del presunto *Pilar*, supone en la práctica que cada presidencia semestral fija sus propios objetivos, a partir de un plan de acción tan amplio que exige —o facilita— esta determinación. La consecuencia es previsible: los proyectos cuyo desarrollo exige más de un semestre, cosa frecuente dadas la indefinición del procedimiento y la exigencia de unanimidad, corren un riesgo cierto de decaer. Pero en estas condiciones, el resultado posible en un semestre (que no ofrece más de cuatro o cinco meses de trabajo efectivo) moverá a la sonrisa a cualquier persona versada en negociaciones internacionales.

2. No ha ayudado a un avance rápido el deficiente encaje del *Tercer Pilar* en la estructura institucional de la Unión Europea. La naturaleza mixta, entre lo propiamente comunitario y lo intergubernamental, ha dado lugar a negociaciones, a lo largo de los cinco años analizados, pues cada instrumento jurídico relevante requería una decisión expresa sobre su comunicación al Parlamento, su financiación o la competencia del Tribunal de Justicia.

3. Se ha mencionado ya reiteradamente el efecto de la regla de la unanimidad, (consecuencia del carácter bi o multilateral, no *comunitarizada*, de la cooperación) sobre el alcance de los resultados posibles.

4. Los instrumentos jurídicos específicos del *Tercer Pilar* han planteado dudas acerca del grado de vinculación jurídica de cada uno —y de la articulación entre ellos—, lo que ha supuesto otro elemento de disfuncionalidad sólo en parte resuelto en el Tratado de Amsterdam.

5. El impulso político de los ministros se desvanece en unos circuitos de decisión y una estructura de trabajo cuyo análisis desmoralizaría al consultor privado más animoso. El ejemplo más notable lo ofrece el llamado *Comité K-4* —o, familiarmente, *el K-4*— que ha logrado una rara combinación de los vicios clásicos de la diplomacia multilateral (jefes de delegación personalistas pero no especialistas, falta de canales de información y reflexión, lentitud, formalismo, imprecisión en el procedimiento...) con los que derivan de la ausencia de una estructura de trabajo clara. El solapamiento entre el COREPER y el Comité K-4, por un lado, y entre éste y los grupos directores ha sido visible, no siempre sin tensiones por absorber o revisar acuerdos y temas estudiados por los inferiores. Y, sin embargo, cuando ha sido evidente la necesidad de reducir el número de los niveles de trabajo, el eliminado ha sido el que resultaba más eficaz: el de los grupos directores, compuesto por los directores generales sectoriales. Lo cierto es que el

<sup>46</sup> Aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998.

<sup>47</sup> El 29 de junio de 1998.

Comité K-4 reúne los vicios de la diplomacia multilateral (indecisión, por falta de conocimientos técnicos específicos sobre cada asunto; ampulosidad formal; y entorpecimiento y retraso de los trabajos por falta de presión para obtener resultados perceptibles en plazos razonables) y los de los grupos de trabajo (falta de capacidad para tomar decisiones de nivel político, confusión en cuanto al procedimiento). No coordina en la práctica, porque el COREPER le desborda y desautoriza con frecuencia; no trabaja en términos técnicos, como los grupos de trabajo; y, en definitiva, no es más que un escalón intermedio cubierto por generalistas de las relaciones comunitarias y altos cargos sectoriales en una relación no siempre simbiótica.

6. Falta un procedimiento que regule el trabajo de los grupos. Los temas en discusión pasan de un grupo a otro, al K-4, al COREPER o al Consejo sin un criterio definido. Suben y bajan por la compleja estructura sin que esté previsto cuál es la sede decisiva para cada fase: fijación de aspectos técnicos o políticos, impulso, decisión, adopción. En ellos se dedica, además, un tiempo precioso a cuestiones de procedimiento y a definir el sentido de los términos del tratado (qué debe regularse por medio de un convenio o una acción común; qué grupos directores deben tratar de la delincuencia organizada o la xenofobia, etc.). Y se producen confusiones acerca del estado de los trabajos, lo que resulta en una falta de transparencia que ha sido denunciada por la Comisión. Cabría, incluso, preguntarse si tras estas cuestiones instrumentales no se oculta, en ocasiones, una concepción radicalmente diferente en los estados miembros acerca de la cooperación en estas materias.

Faltan, en definitiva, una definición de objetivos y un procedimiento claros, que garanticen que el impulso del Consejo de Ministros no se pierda en esta confusión de funciones, instrumentos y niveles de trabajo. Entretanto, por los pasillos del edificio del Consejo, en la rue de la Loi, directores generales, funcionarios nacionales, asesores ministeriales y diplomáticos persiguen por vericuetos que parecen diseñados por Dédalo la última versión de documentos llamados *Justpen 34* o *Asim 67*, escritos, si es posible, en una lengua que algún miembro de la comitiva sea capaz de descifrar, siempre con un margen de incertidumbre acerca de alguna posible modificación posterior, frecuentemente pendientes del criterio final de unos misteriosos *juristas-lingüistas* y con un riesgo cierto de topar con su Minotauro respectivo, en forma de embajador o ministro.

### C. La dura crítica del Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo ha sido particularmente crítico hacia el funcionamiento del *Tercer Pilar*. Aunque, sin duda, no ha sido ajena a su posición la dinámica institucional para conseguir mayores cuotas de influencia, justificadas por la necesidad de reforzar la dimensión parlamentaria y representativa de la Unión Europea. Durante la fase prepa-

toratoria, el Parlamento dio a conocer una visión ciertamente crítica sobre el funcionamiento de la Unión y las reformas convenientes.

Ante el *reto institucional* que suponía tratar de compensar el déficit democrático, simplificar y hacer más eficaces los procedimientos decisorios y preparar a la UE para la futura ampliación, el Parlamento señaló como principales deficiencias del Tratado de la UE la falta de transparencia y de responsabilidad democrática plena del Consejo, especialmente cuando legisla; la de coherencia y eficacia al aplicar la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior; y la ausencia de una adaptación de los mecanismos institucionales al nuevo número de estados miembros.

Entre las orientaciones precisas relativas al Tercer Pilar, el Parlamento Europeo sugería que:

— No se disociaran artificialmente algunos de los asuntos de justicia e interior de políticas afines de alcance plenamente comunitario.

— Se dieran a Europol las competencias necesarias.

— Se empleara la posibilidad de comunitarizar ciertas materias, especialmente en temas de asilo e inmigración.

— Se suprimieran las restricciones a los derechos de iniciativa y ejecución de la Comisión.

— Se reforzaran las funciones del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

— Se reconociera al Consejo la posibilidad de adoptar directivas sin el requisito de la unanimidad.

— Se integraran progresivamente los acuerdos de Schengen en la política de la Unión.

— Se diera más contenido al concepto de ciudadanía de la Unión, mediante la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos, el reconocimiento de un nuevo derecho a la información sobre los asuntos de la Unión, una inclusión expresa del principio de igualdad de trato, la prohibición expresa de la pena de muerte, el desarrollo de la ciudadanía política y rechazo claro del sexismo, el racismo, la xenofobia, la discriminación por razón de la orientación sexual, el antisemitismo, el revisionismo y toda otra forma de discriminación, con una garantía de una adecuada protección jurídica frente a la discriminación.

### D. Las prioridades del Gobierno español ante la conferencia intergubernamental

Las posiciones sostenidas por el Ministerio de Justicia durante los trabajos de la Conferencia no han sido publicados, ya sea porque el Ministerio dedicó sus esfuerzos mayores a otras cuestiones durante el período determinante o como consecuencia de una actividad apenas testimonial en esta materia durante los últimos años, quizá por consecuencia de desaliento ante un nuevo reparto de competencias entre ministerios que ha dejado la coordinación de la cooperación internacional en materia de justicia e interior al Ministerio de Asuntos Exteriores y repartido el peso político entre éste y el del Interior.

Sí son conocidas, en cambio, las prioridades y criterios del Ministerio del Interior ante la Conferencia Intergubernamental<sup>46</sup>. Ni la propuesta de comunitarización de las materias de inmigración y asilo, ni la incorporación de los Acuerdos de Schengen despertaron el entusiasmo del Ministerio español, que prefería que estos últimos se hubieran mantenido como un ámbito intergubernamental de cooperación reforzada y creía poco probable el acuerdo en una materia —la primera— sobre la que prefería mantener una posibilidad de veto. Si se declaró partidario, en cambio, de incrementar las competencias de EUROPOL, facilitando, a medio o largo plazo, su conversión desde un sistema de intercambio de información a una agencia operativa; de que la lucha contra el terrorismo pasara a constituir una política de interés común expresamente declarada por el nuevo tratado; y de que se estableciera como principio vinculante en materia de asilo la prohibición de que un ciudadano comunitario pueda acogerse al asilo político de ningún otro estado miembro<sup>49</sup>.

## V. LOS RESULTADOS DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL: LAS MATERIAS DE JUSTICIA E INTERIOR EN EL TRATADO DE AMSTERDAM

Frente a una realidad que mal podía alimentar el entusiasmo, la Conferencia Intergubernamental, establecida por el Tratado de Maastricht para revisar el funcionamiento de sus novedades —especialmente de los pilares Segundo y Tercero— podía haber supuesto una ocasión excepcional. Pero el fruto de la Conferencia, el tratado firmado en Amsterdam el día 2 de octubre de 1997, tampoco ha sido ubérrimo.

Las modificaciones que éste ha introducido en el de la Unión Europea reflejan un cambio esencial del contexto europeo, desde el optimismo de 1992 a una cautela hija de la desconfianza. Los gobiernos reunidos en Amsterdam se enfrentaban a problemas conocidos, como los de la ampliación futura, las deficiencias del sistema institucional o la cercanía de la revisión en los sistemas de financiación. Pero también habían asistido a los referenda danés y francés y al relativo éxito de partidos populistas opuestos en diferentes grados a la profundización de la unidad. Aunque la oposición al Tratado de la Unión respondía más, seguramente, a las consecuencias de las políticas de ajuste, los esca-

zos resultados de esta revisión afectan también a la cooperación en materia de Justicia e Interior.

Con todo, el nuevo tratado modifica extensamente la regulación de esta cooperación. Incluso formalmente, la referencia de Maastricht a *la cooperación* en esta materia se formula en Amsterdam como el objetivo de la Unión de *mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, elaborando una acción común entre los estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia*<sup>50</sup>. Y aunque el análisis del resultado de las muchas innovaciones sólo será posible pasado un tiempo razonable de vigencia, tras la revisión sería posible un funcionamiento más eficiente de las estructuras y los procesos descritos en las páginas anteriores. Pero para que esto sea así, será preciso un elemento añadido: la voluntad de los Gobiernos, sin la que no cabe esperar aceleración o profundización alguna.

Cabe sistematizar, de manera esencialmente descriptiva y no limitada a los títulos VI y III A, estas novedades del modo siguiente:

A. En materia de protección de derechos y libertades, el Tratado de Amsterdam:

1. Introduce un nuevo procedimiento para suspender como miembro a aquel Estado que viole en forma grave y persistente los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos o el Estado de Derecho.

2. Extiende la competencia del Tribunal de Justicia, e incorpora formalmente la Convención Europea de 4 de noviembre de 1950.

3. Amplía la atención a la lucha contra el tráfico de seres humanos y los delitos contra los niños.

4. Recoge una norma cláusula general contra la discriminación por motivo de sexo, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual

5. Extiende la protección de los datos automatizados, que a partir de ahora obliga también a las instituciones de la Unión, y cuya supervisión se encomienda a una nueva agencia independiente.

B. En materia de libre circulación de personas:

1. Se regulan en nuevo Título III A las materias relativas a asilo, cruce de fronteras, inmigración, visados y el conjunto de las políticas relacionadas con la libre circulación de personas, sobre las que deberá adoptar el Consejo medidas en el plazo de cinco años. Sin embargo, la intensificación de esta política, que pasa de ser objeto de una cooperación intergubernamental a su comunitarización, se ha amortiguado estableciendo un período transitorio de cinco años durante el que seguirá vigente la regla de la unanimidad, si bien se introduce ya la consulta necesaria al Parlamento Europeo. Se mantiene la posibilidad de que tanto el Reino Unido e Irlanda como Dinamarca queden al margen de estas nuevas normas sobre libre circulación.

2. Se incorporan los Acuerdos de Schengen al

<sup>46</sup> Por la comparecencia del secretario de Estado Martí Fluxá ante la Comisión de Justicia e Interior del día 4 de abril de 1997.

<sup>49</sup> Esta última cuestión ha sido largamente debatida durante las sucesivas presidencias. La posición española se ha basado en el deseo de evitar que presuntos participantes en delitos graves y prófugos de la justicia abusaran del asilo con fines dilatorios o propagandísticos. Pero la pretensión de que tales solicitudes no fueran siquiera admitidas a trámite choca con la interpretación más común de la Convención de Ginebra, que obliga a un examen individual de cada una. Las propuestas españolas, pese a formulaciones rotundas, han planteado dos fórmulas alternativas: la imposibilidad de que fueran aceptadas a trámite; o bien un procedimiento urgente que garantizara siempre su rechazo como manifiestamente infundadas. El Tratado de Amsterdam incorpora finalmente un protocolo sobre esta cuestión.

<sup>50</sup> Nuevo artículo 29 del TUE consolidado

Tercer Pilar, con las excepciones del Reino Unido e Irlanda, con el fin expreso de que el nivel de protección de las medidas nuevas que se adopten como consecuencia del nuevo tratado mantenga, al menos, el que ofrecen las disposiciones vigentes en los Acuerdos de Schengen.

3. Se intensifica la intervención del Tribunal de Justicia, al que podrán plantear cuestiones prejudiciales los tribunales de los estados miembros. También el Consejo, la Comisión o un estado miembro podrán pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la interpretación de aspectos del nuevo Título III A.

4. En materia de asilo, se incorpora un protocolo dirigido a regular las solicitudes planteadas por nacionales de un estado miembro en otro estado miembro, limitando taxativamente los supuestos en los que podrá ser admitida a trámite o considerada la solicitud.

#### C. En cuanto a la cooperación policial:

1. Los objetivos de este campo de cooperación se sistematizan de manera más clara en el nuevo artículo 30, que ahora se refiere expresamente a la cooperación operativa entre los servicios policiales; la recogida, análisis e intercambio de información, con una referencia expresa a las operaciones financieras sospechosas; y la formación e intercambio de funcionarios, técnicas y equipos.

2. Europol se convierte en el instrumento esencial, con un plazo de cinco años para facilitar y estimular acciones específicas de investigación y actividades operativas de equipos policiales conjuntos, coordinación de investigaciones concretas, acuerdos de enlace y una red de investigación, documentación y estadística sobre delincuencia transfronteriza.

D. En materia de cooperación judicial penal, los objetivos del artículo 31 mantienen la generalidad cuyos efectos se han puesto ya de manifiesto. Se refiere, por ejemplo, a los de facilitar y acelerar la cooperación entre ministerios y autoridades judiciales en relación con las causas y la ejecución de resoluciones (lo que resulta mucho más preciso); facilitar la extradición; conseguir la compatibilidad de las normas aplicables; prevenir los conflictos de jurisdicción entre los estados miembros; y la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilegal de drogas. Sin expresión de plazos, incrementos o instrumentos precisos, no es irrazonable un pronóstico poco optimista en cuanto a los avances en este terreno.

E. En el plano normativo, el artículo 34 se refiere a las consultas y la información en el seno del Consejo y a la obligación de cooperación. Y, sobre todo, define de manera nueva los instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados en el marco del nuevo Título VI. Desaparecen las acciones comunes y quedan, en los términos siguientes:

1. Posiciones comunes que definan el marco de la Unión sobre un asunto concreto.

2. Decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los estados miembros, que obligarán en cuanto al resultado que deba conseguirse, pero dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. A diferencia de las directivas comunitarias, sin embargo, no tendrán efecto directo.

3. Decisiones con cualquier otro fin, que serán obligatorias, no tendrán efecto directo y respecto a las cuales el Consejo adoptará por mayoría cualificada medidas que permitan aplicarlas a escala de la Unión.

4. Convenios, recomendando su adopción a los estados miembros según sus respectivas normas constitucionales, para lo que los estados deberán iniciar los procedimientos pertinentes en un plazo que deberá fijar el Consejo. Salvo que dispongan lo contrario, los convenios, una vez adoptados por la mitad de los estados miembros, entrarán en vigor para éstos. Las medidas de aplicación de los convenios se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las partes contratantes.

#### F. En el plano institucional:

1. Se extiende la competencia del Tribunal de Justicia, al que se reconoce tanto la posibilidad de atribuirle expresamente facultades prejudiciales de interpretación, en las condiciones del artículo 35; como el control de la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones, en relación con los recursos interpuestos por un estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado de la Unión o sus normas de ejecución, o desviación de poder; y la capacidad de pronunciarse sobre litigios entre estados, o entre estados y la Comisión.

2. Sin embargo, se excluye expresamente del conocimiento del Tribunal la validez o proporcionalidad de operaciones de policía, ni sobre materias de orden público y salvaguardia de la seguridad interior.

3. Se mantiene un comité de coordinación compuesto por altos funcionarios (art. 36), el malhadado comité K-4, al que ya se ha hecho mención anteriormente.

4. Se asocia expresamente a la Comisión a los trabajos en las materias del Título VI. Con este fin, se designó una primera comisaria encargada de los asuntos de justicia e interior, que no ha sido de las mejor paradas en la crisis que ha resultado en la dimisión de la Comisión.

5. Se refuerza la obligación de sostener posiciones comunes ante conferencias y organizaciones internacionales (art. 37).

6. Se extienden las posibilidades de intervención del Parlamento Europeo (art. 39), obligando a consultarle antes de la adopción de decisiones, decisiones marco o convenios, con un plazo de tres meses para pronunciarse (lo que, por una parte, amplía el control democrático, pero por otra lo limita a un dictamen sin posibilidad de bloqueo). El Parlamento podrá formular, además, preguntas o recomendaciones, y celebrará un debate anual sobre estas materias.

7. El artículo 34 establece normas sobre la adop-

ción de decisiones por mayoría cualificada: los votos se ponderarán conforme a la regla general de la Unión, siendo necesarios para su adopción al menos sesenta y dos votos que representen la votación favorable de diez miembros como mínimo. Para las cuestiones de procedimiento bastará la mayoría de los miembros del Consejo.

8. Se mantiene la posibilidad de cooperación reforzada entre determinados estados, con carácter voluntario (art. 49), con una regulación minuciosa que asegure el respeto a los fines y competencias establecidos por el Tratado de la Unión.

9. Se establecen reglas más precisas —y generosas— sobre financiación de las actividades en materia de justicia e interior con cargo a los presupuestos comunitarios (art. 41).

10. La ampliación y los diálogos estructurados con los países candidatos al ingreso cobran nueva importancia ante las perspectivas de ampliación inmediatas y a medio plazo: muy relevantes en estas materias la lucha contra la delincuencia y la uniformación jurídica.

## VI. UNA CONCLUSION MELANCOLICA

Lo cierto, sin embargo, es que el Tratado de Amsterdam ha tardado casi dos años en ser ratificado y en poder entrar, finalmente, en vigor el día primero de mayo de 1999. Se trata de una primera muestra del contexto en que se aplicarán sus nuevas previsiones, que es, en el mejor de los casos, de un entusiasmo moderado. Salvo en materia de inmigración y asilo —y aún en éstas con harta cautela— se mantienen las reticencias en defensa de las singularidades nacionales. Y sigue faltando una

ambición uniformadora plasmada en objetivos concretos sujetos a plazos.

Persisten también los defectos estructurales —lo que Juan Luis Ibarra ha llamado *el no disimulado enfrentamiento de intereses entre tres órdenes de burocracias— la comunitaria, las diplomáticas y las sectoriales nacionales*. Y con ellos la casi trágica necesidad del *salchichonage*, la interesada volatilidad procedimental y la lentitud exasperante, que bloquean las iniciativas semestrales, favorecen la prevalencia de la burocracia comunitaria, refuerzan la disociación entre las burocracias diplomática y sectorial nacional y aseguran que el único horizonte posible sea el mínimo común denominador.

Es inevitable constatar una pérdida progresiva de ambición en los objetivos nuevos, planteados a medida que se logra cerrar, con más o menos gloria, los iniciados hace ya seis años. El Título VI puede considerarse agotado en términos sustanciales, pese a la apertura del Tratado de Amsterdam a las instituciones comunitarias y a la adopción de reglas más flexibles para adoptar las decisiones. Sin que ello afecte a la producción regular de informes cada vez más rituales, acciones que establecen marcos, programas y objetivos no sujetos a plazo o a sanción en caso de incumplimiento y declaraciones vigorosas.

En definitiva, la estructura institucional y la dinámica —en sentido lato— administrativa han devorado un impulso político progresivamente insuficiente, sin el cual cabe esperar pocos resultados nuevos. Y sólo un liderazgo político reforzado y con objetivos radicalmente ambiciosos podría desbordar este Mar de los Sargazos institucional y funcional y ayudar al desarrollo del *espacio de libertad, seguridad y justicia* que proclama orgulloso el Tratado de la Unión.

# Garantismo y derecho penal en Colombia\*

Juan Oberto SOTOMAYOR ACOSTA

## 1. LAS FUNCIONES DEL DERECHO PENAL EN AMÉRICA LATINA

La lógica de toda disciplina, como su funcionamiento conceptual, se encuentra siempre vinculada al contexto sociopolítico y económico en que la misma se asienta; los factores existenciales y sociales penetran hasta la propia estructura del conocimiento y por ello el entorno social que la rodea y posibilita, condiciona los contenidos de la propia disciplina<sup>1</sup>. Tal situación es especialmente evidente en el campo del derecho, pues sus vínculos con lo social se proyectan sobre la idea misma del derecho, a partir del momento en que se afirma su naturaleza social o histórica; ni siquiera el estudio de un determinado concepto jurídico puede prescindir de las condiciones socioeconómicas y políticas que le dan sentido<sup>2</sup>.

Si ello es cierto, no es lo mismo hablar de derecho penal, y por ende de sus garantías y principios, desde una realidad como la europea, que hacerlo desde este lado del mundo, por más puntos comunes que se puedan encontrar. Referirse al derecho penal desde aquí exige siempre considerar la realidad latinoamericana en general, y colombiana en particular, y preguntarse por la función que en ella cumple ese derecho penal. En América Latina, por el contrario, hemos incurrido en el error de creer que porque una norma o teoría cumplió determinada función en Europa, basta con trasladarla y hacerla propia para que desempeñe el mismo papel, cuando bien sabemos que los principios, como las reglas jurídicas, no tienen una existencia autónoma e independiente, ni funcionan por sí solos, requieren siempre la fuerza motriz que le viene dada por la estructura socioeconómica y política en la cual se insertan<sup>3</sup>.

Al respecto quizás sea bueno recordar, a manera de ejemplo, que el ideario liberal en materia penal, y en especial su pretensión de establecer ciertos límites a la intervención punitiva estatal, sólo puede ser explicado a partir del proyecto político que le dio origen, que no fue otro que el del Estado liberal burgués. La preocupación liberal por circunscribir la esfera de la autoridad a unos límites precisos a través, entre otros, de principios como el de legalidad y de igualdad ante la ley, no surgió sólo por la afirmación de la libertad civil frente a la arbitrariedad

del poder, sino, también, por la necesidad de salvaguardar unas reglas mínimas que pudieran garantizar el libre juego del mercado<sup>4</sup>, es decir, como expresión de las necesidades propias de la estructura socioeconómica.

En nuestro país, como en general en toda América Latina, el derecho no ha cumplido esta función de mediación abstracta de las relaciones sociales y, por el contrario, se ha convertido en el medio preferido para ocultar los verdaderos intereses dominantes<sup>5</sup>. La importancia del derecho dentro de la estructura política propia de las sociedades latinoamericanas<sup>6</sup> y el fuerte arraigo del discurso jurídico en nuestro país, y en general en el subcontinente, en algún grado obstaculizó durante algún tiempo la legitimación jurídica de algunas exigencias, inclusive represivas, de los grupos dominantes; por el contrario, las mismas quedaban ocultas tras el hermoso manto del derecho liberal, que por supuesto también cumplió así una importante función de legitimación ideológica (como "falsa conciencia") del poder punitivo, al ocultar su verdadero funcionamiento.

Saltan a la vista, pues, las diferentes funciones del derecho en Europa y Latinoamérica: el cumplimiento, al menos en su origen, de funciones instrumentales, en el primer caso, y el predominio de las funciones simbólicas, casi desde la independencia, en el segundo.

## 2. LA DIFUSIÓN DEL CONTROL PUNITIVO EN COLOMBIA

Lo anterior ha dado lugar a un divorcio estructural entre derecho y realidad, que al menos en Colombia impide inclusive hablar de la existencia de un sistema punitivo. Más bien cabe diferenciar un *sistema punitivo legal* y un *sistema punitivo extralegal*, según se parta o no de la ley como modelo de justificación del ejercicio de la función punitiva. Es más, se podría inclusive hablar no de uno sino de al menos dos clases de sistemas punitivos legales, en consideración al contenido del discurso justificador que lo respalde. En definitiva, creemos

<sup>4</sup> Cf. R. Kühnl, "El liberalismo", en W. Abendroth y K. Lenk: *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971, págs. 59-90; en especial, págs. 74-77.

<sup>5</sup> Cf. E. R. Zaffaroni (Coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 37. En este mismo sentido, E. Garzón Valdés, "Acerca de las funciones del derecho en América Latina", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, No. 3, Palma de Mallorca, 1982, págs. 21 y ss.; E. García Méndez, *Autocratismo y control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, págs. 231 y ss.; J. Bustos Ramírez, "Estructura jurídica y Estado en América Latina", en G. Rusche y O. Kirchheimer, *Pena y estructura social*, cit., págs. XLVII y ss.; J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal...", cit., págs. 258-280.

<sup>6</sup> E. García Méndez, *Autocratismo...*, cit., págs. 209 y ss.

\* Ponencia presentada en el marco del Seminario "Garantismo y Derecho Penal", organizado por el Centro de Estudios Penales de la Universidad de Antioquia, Medellín, mayo de 1998.

<sup>1</sup> Cf. J. M. Mardones, *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*, Barcelona, Anthropos, 1994, pág. 39; y M. Horkheimer, *Teoría crítica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974, págs. 223-271.

<sup>2</sup> Así, A. M. Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pág. 22.

<sup>3</sup> J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal o derecho penal crítico en Colombia?", en *Francesco Carrara (homenaje en el centenario de su muerte)*, Bogotá, Temis, 1988, págs. 258.

posible distinguir al menos la existencia de tres sistemas, así:

a) *Sistema penal ordinario*: Compuesto por el conjunto de normas justificables desde el punto de vista de la ideología penal liberal, que está representado, en especial, por los llamados "principios rectores" y otras normas de carácter general previstas en el código penal, de procedimiento penal y de ejecución de penas y medidas de seguridad. En ellas aparecen consagrados los más importantes principios liberales en el campo penal, tales como los de legalidad, lesividad, culpabilidad, presunción de inocencia, respeto a la dignidad humana, etc.

b) *Sistema penal paralelo*: Entendemos por tal a aquel sistema penal de carácter legal, que sin embargo aparece como una segregación derivada algunas veces del propio discurso jurídico, al excluirlo de la lógica propia del *sistema penal ordinario* y someterlo a reglas propias que, por lo general, aparecen justificadas como "excepciones" a los principios de los cuales se dice partir. Aunque siendo estrictos habría que utilizar esta categoría en plural y no en singular<sup>7</sup>, en mayor o menor grado tales sistemas paralelos se autojustifican frente al sistema ordinario como "sistemas de emergencia"; característica principal es su ruptura con los principios informadores del derecho penal moderno, motivo por el cual la denominada "legislación de orden público" constituye el mejor ejemplo.

c) *Sistema penal subterráneo*: Por tal puede entenderse el control punitivo de carácter extralegal<sup>8</sup> que, como ya se dijo, ha subsistido en nuestro medio bajo el manto del sistema penal legal. La existencia de este sistema la corroboran algunas actividades de los organismos de seguridad del Estado y las de los tenebrosos grupos de "justicia privada" o "escuadrones paramilitares" que actúan muchas veces con su aquiescencia y que han llenado de sangre y pánico todo el territorio nacional, erigiéndose hoy por hoy en un tan terrorífico como importante mecanismo de control punitivo de todo tipo de disidencia política, ideológica e inclusive social. Es cierto que los hechos atribuibles a tales actores pueden ser vistos como "crímenes" y no como penas, desde el punto de vista del sistema legal<sup>9</sup>; pero, no existiendo diferencias ontológicas entre pena y delito, creemos también que funcionan como auténticas penas, pues cuando tales actos se ejercen

de manera sistemática, por agentes del Estado o con su aquiescencia y se encuentra garantizada su impunidad no sólo de hecho sino inclusive por el sistema legal mismo<sup>10</sup>, dejan de ser actos objetos de control y se convierten en formas de manifestación del control social punitivo mismo.

### 3. LA CONFIGURACION DE UN DERECHO PENAL AUTORITARIO EN COLOMBIA

Frente a esta abrumadora realidad del poder punitivo en Colombia, es evidente que el derecho penal resulta difícil de justificar por el cumplimiento de alguna de sus tradicionales funciones instrumentales<sup>11</sup>; de ahí que, ante la ausencia de niveles mínimamente aceptables de efectividad del *sistema penal ordinario*, vengán cobrando una inusitada importancia las funciones simbólicas del derecho penal, las que a su vez generan una presión permanente sobre el sistema penal con el fin de obtener por su intermedio consensos sobre medidas y políticas de facto; consenso que la mayoría de las veces resultan imposibles de satisfacer por parte de un sistema penal con tan bajos índices de efectividad, y que explica la sorprendente importancia adquirida por el derecho penal en una sociedad como la colombiana, que vive una guerra civil.

Esta permanente "huida hacia el derecho penal" en busca de consensos tan artificiosos como efímeros, ha traído como consecuencia una insostenible exacerbación punitiva y una cada vez más profunda expansión de la "emergencia", que de la mano del más insospechado cúmulo de legislaciones *ad hoc* ("antiterrorista", "antidrogas", "antisequestro", "anticorrupción", "antiviolenencia intrafamiliar", etc.), viene devorando lo poco que queda del *sistema penal ordinario*, lo que inclusive puede permitir hablar, en este sentido, de una "emergencia estructural"<sup>12</sup> en el ámbito del sistema penal legal.

Al parecer, asistimos a una compleja respuesta estatal frente al proceso de desinstitucionalización producto de la guerra y en particular de la estrategia contrainsurgente de los últimos años, y que tiene en el surgimiento y consolidación de los grupos paramilitares uno de sus efectos más severos<sup>13</sup>, por

<sup>7</sup> De sistema penal paralelo (paralelo al *sistema penal ordinario*) se puede hablar también, por ejemplo, en relación con el sistema "tutelar" de menores, el sistema "terapéutico" para trastornos mentales, el sistema contravencional, etc.; al respecto, E. R. Zaffaroni, "El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la reprisivización matenal", en *Criminología crítica. I Seminario*, Medellín, U. de Medellín, 1984, págs. 113-115; J. O. Sotomayor Acosta, *Inimputabilidad y sistema penal*, Bogotá, Temis, 1996, págs. 109-113.

<sup>8</sup> Cf. L. Aniyar de Castro, "Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, No. 13, Cali, 1985, págs. 308-311.

<sup>9</sup> Según J. Fernández Carrasquilla [*Delito y error*, Bogotá, Temis, 1990, pág. 13], la caracterización de tales hechos como constitutivos de un sistema penal paralelo o subterráneo "debe ser refutado porque los hechos a que alude no son penas sino delitos, y por tanto de lo que se trata es de un *sistema criminal paralelo* (paralelo a la criminalidad común y no a la normativa jurídica sobre delitos y penas)".

<sup>10</sup> La justicia penal militar, y en especial el llamado "fuero militar", constituye el mejor ejemplo de ello.

<sup>11</sup> Constituidas, fundamentalmente, por las funciones de "prevención general negativa" (intimidación) y "prevención especial positiva" (resocialización); sobre el particular, A. Baratta, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", en *Poder y Control*, No. 0, Barcelona, 1986, págs. 82-83. En Colombia se observa, no obstante, una tendencia hacia la ampliación de los espacios del sistema penal legal, pero supeditada a la asunción de la forma de *sistema penal paralelo* o de emergencia, con la correspondiente pérdida de terreno del *sistema penal ordinario*.

<sup>12</sup> Cf. A. Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, 1991, pág. 45. En términos de "emergencia permanente" se han referido recientemente en nuestro país, W. F. Pérez Toro, A. L. Vanegas Yepes y C. M. Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Díké e Instituto de Estudios Políticos de la U. de Antioquia, 1997, págs. 53 y ss.

<sup>13</sup> M. T. Uribe, "Legitimidad y violencia: una dimensión de la crisis política colombiana", en *Rasgando velos (ensayos sobre la*

cuanto implica, de hecho, el reemplazo del Estado institucional, en una de sus funciones primordiales, como es la seguridad, por un *paraestado*. La desinstitucionalización dio paso a una parainstitucionalidad<sup>14</sup>, y en tanto el Estado se deslegitima, el paraestado gana consenso y apoyo al mostrarse eficaz en el control del orden, así se trate, como lo señala M. T. Uribe<sup>15</sup>, no del orden público sino de un orden privado, impuesto a través de la violencia.

Ante semejante realidad, la respuesta a la crisis parece encaminarse ahora hacia una *reinstitutionalización autoritaria*<sup>16</sup>, esto es, a la institucionalización del paraestado en materia de justicia penal, que se muestra claramente, por un lado, en la legalización de los grupos paramilitares como "cooperativas de seguridad"; y, por otro, en el intento de legitimación no sólo de un derecho penal y procesal penal abiertamente autoritarios, y hacia lo cual parece encaminarse el llamado proyecto de "unificación de la legislación penal", sino también del control del sistema judicial por parte del poder ejecutivo. En efecto, tras la mampara de la nueva carta constitucional se ha hecho realidad lo que no fue posible durante la vigencia de la Constitución de 1886: la institucionalización, con el visto bueno de la Corte Constitucional, de la injerencia del ejecutivo en la rama judicial<sup>17</sup> y de un derecho penal autoritario, que de "excepcional" y "transitorio" en el anterior régimen constitucional ha pasado a convertirse en ordinario y permanente en el actual<sup>18</sup>. En definitiva, asistimos a la configuración de un sistema penal de marcado corte autoritario, justificado al amparo de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo.

Este proceso no está conduciendo, sin embargo, a una reducción del *sistema penal subterráneo* existente hoy por hoy, aunque sí a una ampliación, en el plano formal, del sistema penal legal. Entendemos que el proyecto tiende más bien a la legitimación simbólica del sistema extralegal, por cuanto mediante el *sistema de emergencia* se pretende acreditar como útil y justa la ausencia de garantías y por ende el contenido real y efectivo del control punitivo, al tiempo que se busca generar consenso en torno a la aparente necesidad o conveniencia de esa realidad que el sistema penal total (legal y extralegal) contribuye a reproducir. En otras palabras,

*violencia en Medellín*), Medellín, U. de Antioquia, 1993, págs. 83-84; también, A. Reyes Posada, "Paramilitares en Colombia: contexto, aliados y consecuencias", en *Análisis Político*, No. 12, Bogotá, 1991, págs. 37 y ss.

<sup>14</sup> Cf. R. Uprimny Yepes y A. Vargas Castaño, "La palabra y la sangre: violencia, legalidad y guerra sucia en Colombia", en G. Palacio (comp.): *La irrupción del paraestado (ensayos sobre la crisis colombiana)*, Bogotá, ILSA-Cerec, 1991, págs. 105 y ss.

<sup>15</sup> M. T. Uribe, "Legitimidad y violencia...", cit., pag. 84.

<sup>16</sup> Cf. J. O. Sotomayor Acosta, "Colombia: encrucijada de poderes estatales y paraestatales (paramilitares, milicias populares y reinstitucionalización autoritaria en Colombia)", en *Jueces para la Democracia*, No. 24, Madrid, 1995, págs. 96-98.

<sup>17</sup> Vid. J. Sandoval Fernández, "La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial", en *Nuevo Foro Penal*, No. 55, Bogotá, 1992, págs. 41 y ss.

<sup>18</sup> En tal sentido, Amencas Watch, *Estado de guerra. Violencia política y contrainsurgencia en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo, CEI de la U. de los Andes e IEPRI de la U. Nacional, 1994, págs. 57-64; también, J. González Zapata, "¿Puede hablarse en Colombia de un derecho penal de emergencia?", en *Estudios de Derecho*, No. 127, Medellín, 1997, págs. 101-114.

el predominio del sistema paralelo en el ámbito del sistema legal persigue, al menos por el momento, efectos preponderantemente simbólicos, pues se orienta no tanto a incidir en la realidad, sino a modificar la imagen que los individuos tienen de dicha realidad<sup>19</sup>. No se trata sólo de que el sistema extralegal permanece intacto, sino, sobre todo, que el proyecto de barbarie que representa se ve impulsado y legitimado por cada centímetro que se pierde en el terreno de las garantías al interior del sistema legal<sup>20</sup>.

#### 4. EL DERECHO PENAL EN COLOMBIA: LA NECESIDAD DE UN MODELO NO LEGITIMANTE DE LA VIOLENCIA

Frente a un panorama tan desolador como éste, bien difícil resulta entonces abordar el tema de las garantías penales en Colombia. ¿Qué hacer? ¿Porque estamos en guerra debemos acaso renunciar a la posibilidad de un control racional del ejercicio del poder punitivo? ¿Debemos olvidarnos de una vez por todas de la pretensión de vinculación del poder al derecho? ¿Es posible, ante esta realidad, seguirle apostando al derecho y a la razón jurídica?

La respuesta parece obvia: el abandono del derecho y la reflexión jurídica, o su reducción a la sociología o a la ciencia política, argumentando que en la práctica no se cumple, resulta sin duda demasiado simplista, pues además de ignorar que el reconocimiento de la realidad no implica renunciar a modificarla sino, por el contrario, constituye el primer paso en esa dirección, desatiende la importante función de legitimación que el derecho cumple en la sociedad actual. De esta forma, se termina de forma indirecta avalando la realidad existente al confundir el ser con el deber ser.

Si en América Latina el derecho penal cumple un importante papel en la legitimación del poder estatal<sup>21</sup>, así no se derive precisamente de su carácter instrumental, renunciar de antemano a la construcción de un discurso crítico que haga frente, inclusive en el plano ideológico normativo, al discurso jurídico legitimador del sistema penal actual, contribuye al mantenimiento del monopolio que del saber jurídico han mantenido los sectores más conservadores de la sociedad, y que ha terminado por configurar todo un saber jurídico oficial; aunque, eso sí, con las ventajas que supone, en términos de costes de legitimación, la ausencia de oposición.

<sup>19</sup> Cf. A. Baratta, "Funciones instrumentales y simbólicas...", cit., pag. 53; el mismo, "Viejas y nuevas estrategias...", cit., pag. 84.

<sup>20</sup> En este mismo sentido se expresan I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, IEPRI - Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, pag. 114, para quienes "Acaso más significativo que su efecto directo instrumental en relación con el incremento de la capacidad de funcionamiento de los aparatos de guerra, de policía y de Justicia Penal, el impacto central del eficientismo bélico-punitivo es, en Colombia, su impacto simbólico y de legitimación sobre el eficientismo extra-legal".

<sup>21</sup> Cf. E. García Méndez, *Autoritarismo*, cit., pag. 252; también E. Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1994, págs. 105-106.

#### 4.1 Los discursos legitimantes

El discurso legitimador de las prácticas punitivas autoritarias lo constituyó en el pasado, fundamentalmente, la denominada "Doctrina de la Seguridad Nacional"<sup>22</sup>, pero parece provenir en la actualidad del *funcionalismo sistémico*, que obsesionado por el "equilibrio del sistema", constituye, en opinión de García Méndez, "la contribución contemporánea más valiosa para la inclusión de un estado de excepción en permanencia en el interior del Estado de Derecho del capitalismo central"<sup>23</sup>. En tales planteamientos se parte de una legitimación expresa del sistema<sup>24</sup> y sólo interesa lo que puede hacerse para mantener su equilibrio, de donde se deriva su idoneidad para justificar el *sistema penal de emergencia* al que nos venimos refiriendo, pues "la necesidad de orden termina identificada con el orden vigente, cualquiera que este sea"<sup>25</sup>. Entendida la "generalización congruente de expectativas de conducta como la función del derecho", su legitimidad no depende entonces de ningún valor sino de la eficacia operativa que tiene para el sistema<sup>26</sup>.

El funcionalismo sistémico se convierte, así, en una teoría apta para fabricar un nuevo discurso de justificación que arrase con las pocas trabas que aún mantiene, aunque de forma limitada, el discurso jurídico liberal en materia penal<sup>27</sup>. Así sucede, por ejemplo, cuando se defiende el derecho penal como simple protector de las expectativas creadas por la norma y por ende se le justifica como mero ejercicio de reconocimiento de la norma y de fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad<sup>28</sup>, así con ello se pretenda sólo describir y sistematizar el derecho vigente en un sistema dado. En realidad, defender y justificar así un tal de-

recho penal en Colombia, tendría muy pocos efectos reales, dado que nuestro derecho, como ya se dijo, no siempre es creado para ser aplicado y de hecho la mayoría de las veces no lo es; luego, la "descripción" sería sólo del mecanismo utilizado para encubrir la realidad y en tal medida una teoría jurídica así construida estaría claramente contribuyendo a ese ocultamiento de la realidad. Coexistiendo en nuestro país diversos sistemas punitivos, como quedó dicho, una concepción como ésta siempre corre el riesgo de incurrir en una "falacia normativista" al presentar el derecho penal liberal sobre el que se basa el *sistema penal ordinario*, como el derecho que es, o en una "falacia naturalista" al entender el derecho autoritario que conforma el *sistema penal de emergencia*, como el derecho que *debe ser*<sup>29</sup>. Eso sí, de una u otra forma, la realidad social, incluyendo en ella el ejercicio del poder punitivo, se mantiene inalterada.

En resumidas cuentas, en la medida en que el proyecto de reinstitucionalización autoritaria implica precisamente la generalización de la emergencia en el ámbito del sistema penal legal, el funcionalismo sistémico deviene la teoría más adecuada para su legitimación, pues con tal que sea apto para mantener el equilibrio del sistema, esta teoría, al convertir el "ser" en "deber ser" mediante el recurso del eficientismo, termina justificando cualquier derecho.

#### 4.2. Los discursos deslegitimantes

Elaborar un discurso adecuado para enfrentar de forma crítica la realidad punitiva existente y los discursos que la legitiman, parece ser entonces el compromiso ineludible de la ciencia penal en Colombia.

La alternativa no parece estar en aquellos planteamientos que desde el punto de vista jurídico tradicional, reducen su discurso a la reivindicación de ciertos principios como "rectores" de nuestro derecho penal<sup>30</sup>, sin que quede claro siempre el conte-

<sup>22</sup> Cuerpo teórico del cual se nutrieron los regímenes autoritarios de América Latina para adelantar una represión punitiva generalizada, como "guerra" contra el "enemigo interno", cf. E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., págs. 93-116. El fin de la guerra fría y la consolidación de las democracias formales en nuestro subcontinente, trajo consigo una pérdida de fuerza de la "doctrina de la seguridad nacional" como legitimante de la emergencia, debido quizás a la ruptura tan drástica que la misma supone con la legalidad y que en algún grado contradice el proyecto que subyace al proceso de reinstitucionalización autoritaria antes mencionado, cual es el de la "normalización" del estado de excepción permanente.

<sup>23</sup> E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., pag. 123, en general, 117-131. Vid. También, E. R. Zaffaroni, "El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico-penales", en, el mismo: *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Caracas, Monte Avila Latinoamericana, 1992, págs. 59-88.

<sup>24</sup> Cf. pag. Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, págs. 262-265, asimismo, I. Izuzquiza, *La sociedad sin hombres (Niklas Luhmann o la teoría como escándalo)*, Barcelona, Anthropos, 1990, pag. 295.

<sup>25</sup> H. J. Menzel, citado por E. García Méndez, *Autoritarismo...*, cit., pag. 122.

<sup>26</sup> Cf. pag. Giménez Alcover, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, cit., págs. 220-222.

<sup>27</sup> E. R. Zaffaroni, "El funcionalismo sistémico...", cit. pag. 84.

<sup>28</sup> En tal sentido, G. Jakobs, *Derecho penal, parte general (fundamentos y teoría de la imputación)*, Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 9 y ss., con expresa referencia a Luhmann, así también lo afirma en Colombia Y. Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994, pag. 62 y nota 57. La crítica a estos planteamientos puede verse en A. Baratta, "Integración-prevenición: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 24, Madrid, 1984; y, últimamente, W. Hassemmer, "La ciencia jurídica penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993.

<sup>29</sup> Sobre la distinción entre "falacia normativista" y "falacia naturalista", y entre "ser" y "deber ser" del derecho, vid. L. Ferrajoli, *Derecho y razón (teoría del garantismo penal)*, Madrid, Trotta, 1995, págs. 323-326.

<sup>30</sup> Es bastante amplia la literatura que ha originado el título preliminar de los códigos penal y de procedimiento penal colombianos, dedicado precisamente a "las normas rectoras del derecho penal colombiano"; cf. A. Reyes Echandía, "Los principios rectores del nuevo código penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, No. 1, Cali, 1979, págs. 27-34; J. Fernández Carrasquilla, "El nuevo código penal y sus principios rectores", en *Nuevo Foro Penal*, No. 7, Medellín, 1980, págs. 115-129; J. Salgado Vasquez, "Normas rectoras de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, No. 13, Bogotá, 1982, 504-517; F. Mesa Morales y J. González Zapata, "De las normas rectoras de la ley penal", en *Temas de Derecho Penal*, 2ª Época, No. 13, Medellín, 1981; F. Velásquez, "Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, No. 21, Bogotá, 1983, 609-635; el mismo, *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Temis, 1987, el mismo, "Principios rectores del derecho penal colombiano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, No. 81, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1988; A. J. Cancino Moreno y D. Corredor Beltrán, "Normas rectoras de la ley penal", en *Derecho Penal y Criminología*, No. 31, Bogotá, 1989, R. Marín Vásquez, "A la luz de los principios y normas rectoras del nuevo estatuto procesal penal (decreto 2700 de 1991)", en *Nuevo Foro Penal*, No. 58, Bogotá, 1992, págs. 501-516, C. M. Moli-

nido y función de tales principios. Se trata de un recurso que en el mejor de los casos conduce a una crítica formal de la ley y, en el peor, a cierta confusión entre ser y deber del derecho penal y al aislamiento y formalización de los principios, con la correspondiente neutralización de su potencialidad crítica y de su función de garantía material, pues tratados desde y hacia sus efectos jurídicos internos, los principios terminan convirtiéndose en simples criterios de interpretación de la ley.

Una somera mirada a la realidad colombiana resulta suficiente para mostrar, según se expuso, cómo este discurso sobre principios que hemos elaborado en Colombia, se desarrolla de manera paralela a una realidad que constituye precisamente su negación, con el agravante, expuesto por Zaffaroni, de que "ya no es posible salir del trance con el argumento de que esta situación crítica es transitoria y continuar presentándola como resultado de meros defectos coyunturales de nuestros sistemas penales, producto de nuestro subdesarrollo y superables mediante un desarrollo progresivo análogo en casi todo el curso seguido por los países centrales"<sup>31</sup>.

El asunto no se resuelve acudiendo al maltrecho aparato conceptual del viejo "derecho penal liberal"<sup>32</sup>, ni por lo tanto privilegiando el "fetiche" tangible y según se dice "fácilmente visualizable de la ley positiva y del tenor literal como mejor garantía de la unidad y univocidad de las decisiones judiciales"<sup>33</sup>. No se debe pasar por alto que cuando Beccaria sentenciaba que "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores"<sup>34</sup>, partía de un modelo ideal de legislación, hecha conforme a los postulados de la ideología liberal. Una ley, por tanto, bien diferente a la legislación colombiana actual, pues aquí no tenemos leyes inspiradas en "el espíritu de la moderación" del que hablara Montesquieu<sup>35</sup>, sino leyes moldeadas por el más criollo y pragmático "espíritu del re-

volcán". Entendemos que este tipo de propuestas se encaminan a lograr una mayor vinculación del juez a la ley, ante las ya frecuentes y a veces tenebrosas licencias de nuestra Corte Constitucional en esta materia<sup>36</sup>; pero quizás valga la pena recordar que la "seguridad jurídica", si bien es cierto presupone la aplicación de la ley, no puede sin embargo confundirse con la aplicación "segura" de cualquier ley<sup>37</sup> sino del derecho, con mayor razón si como manda el modelo del Estado constitucional de Derecho, entendemos hoy que la ley aparece sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución<sup>38</sup>.

Tampoco creemos que, por ahora, el discurso deslegitimador pueda construirse en Colombia desde la propuesta de abolición del derecho penal<sup>39</sup>, pues dada la diversidad de sistemas punitivos atrás señalada, la desaparición del derecho penal no entrañaría la abolición del sistema punitivo, sino sólo de su vertiente legal. Tampoco puede pasarse por alto que los rendimientos del derecho penal en términos de reproducción y legitimación de la violencia en la sociedad colombiana no puede medirse sólo por sus efectos instrumentales, sino también, por los simbólicos sobre la situación de guerra que alimenta. Por lo tanto, abolir el sistema penal legal implicaría simple y llanamente el traslado del discurso legitimador a otros ámbitos, como por ejemplo el del derecho civil, que entre nosotros no se caracteriza precisamente por su eficacia, pero sí por ser tan desigual y selectivo como el penal<sup>40</sup> y por poseer un discurso no sólo refractario a todo tipo de consideraciones críticas, sino inclusive bastante despreocupado de la función de garantía que también está llamado a cumplir.

Como explica Politoff, una estrategia abolicionista fundada no en criterios de eficiencia del control social sino de extensión de la dignidad y libertad del ser humano, irá retirando competencia al sistema penal legal "sólo en la medida en que la opción que se proponga para esa situación-problema signifique un avance en el reconocimiento de esa dignidad y esa libertad"<sup>41</sup>. Si de lo que se trata es de la eliminación de las violencias estructural e institucional, y

na Arrubla, *Principios rectores de la ley penal colombiana*, 2ª. Edición, Medellín, Diké, 1997.

<sup>31</sup> E. R. Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas (deslegitimación y dogmática jurídico-penal)*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1990, págs. 5-6. Según este autor, tal situación marca la difícil situación "espiritual" del penalismo latinoamericano, pues aunque conscientes de su deslegitimación, se sigue reproduciendo el mismo discurso del "derecho penal liberal", al no disponer de otra alternativa "para ensayar la defensa de quienes caen en los engranajes del sistema penal como procesados, criminalizados o victimizados" [cit., pág. 5].

<sup>32</sup> Remitimos en este punto a una inconclusa polémica generada por nuestras críticas [J. O. Sotomayor Acosta, "¿Derecho penal liberal...", cit., págs. 259 y ss.], a la propuesta de N. Agudelo Betancur de un derecho penal liberal para Colombia ["Crítica y control del poder punitivo del Estado", estudio preliminar a Beccaria: *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, págs. IX y ss.]; las réplicas estuvieron sin embargo a cargo de F. Velásquez, "Colombia: ¿un derecho penal liberal?", conferencia pronunciada en el seminario "Garantías individuales y derecho penal", U de Salamanca, diciembre de 1987, sin publicar (vid. nuestra respuesta a través del comentario bibliográfico publicado en *Nuevo Foro Penal*, No. 41, Bogotá, 1988, págs. 385-390); J. Fernández Carrasquilla, *Delito y error*, cit., págs. 1-27, en especial, págs. 12-14; y en *Concepto y límites del derecho penal*, 2ª. Edición, Bogotá, Temis, 1994, págs. 101-109.

<sup>33</sup> I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros...*, cit., pág. 101.

<sup>34</sup> C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Temis, 1987, pág. 6.

<sup>35</sup> Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1977, pág. 371.

<sup>36</sup> Cf. entre otras, Sentencia C-127 de 1993, M.P.: A. Martínez Caballero, en la que se sostiene una por lo menos curiosa teoría de los tipos "dinámicos" para justificar los tipos abiertos; Sentencia C-565 de 1993, M.P.: H. Herrera Vergara, en la que se afirma que una pena de 60 años de prisión no es perpetua "porque tiene un límite temporal preciso y determinado". Vid. También el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal realizado por I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros...*, cit.

<sup>37</sup> Cf. A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, 2ª. Edición, Barcelona, Ariel, 1994, págs. 27-28 y 78-84.

<sup>38</sup> Cf. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil (ley, derechos, justicia)*, Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995, pág. 28, en general págs. 21-41; A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 41-74.

<sup>39</sup> Vid. L. Hulsman y J. Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana (hacia una alternativa)*, Barcelona, Ariel, 1984; E. Larrauri, "Abolición del derecho penal: propuestas del movimiento abolicionista", en *Poder y Control*, No. 3, Barcelona, 1988, págs. 101-127; M. Martínez, *La abolición del sistema penal (inconvenientes en Latinoamérica)*, Bogotá, Temis, 1990.

<sup>40</sup> M. Martínez, *La abolición...*, cit., págs. 87-93.

<sup>41</sup> S. Politoff, "Postfácio", en L. Hulsman y Bernat de Celis: *Sistema penal...*, cit., pág. 139.

por tanto del poder punitivo<sup>42</sup>, ello, al menos en Colombia, no pasa necesariamente por la abolición del derecho penal.

La ya reseñada exacerbación y difusión del poder punitivo en Colombia, convierte a su *limitación* en la necesidad más sentida y, por lo tanto, en el elemento central de cualquier intento de elaboración de un discurso jurídico penal no legitimante de las prácticas legales y extralegales violatorias de los derechos y garantías fundamentales.

En tal dirección, el punto de partida posible no parece que pueda ser otro distinto a la reafirmación de la idea iluminista de un derecho que presupone la centralidad de la persona y ordena la funcionalización de todo poder a la tutela y satisfacción de los derechos e intereses de las personas<sup>43</sup>. Conforme a ello consideramos que la perspectiva del *garantismo penal* desarrollada por Ferrajoli deviene la propuesta más adecuada a la realización de los fines que está llamada a cumplir el derecho penal en nuestro país, con mayor razón si además supone la continuación, profundización y renovación de un pensamiento liberal con cierta tradición en Colombia.

La importancia del modelo de derecho penal garantista propuesto por Ferrajoli radica principalmente, en nuestra opinión, en su configuración como "esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de la tutela de la persona contra la arbitrariedad"<sup>44</sup>. En este marco, la noción de *garantía*, entendida como el procedimiento funcionalmente dispuesto por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre las determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, se erige, como ha señalado recientemente Peña Freire<sup>45</sup>, en el concepto central de la teoría del derecho y, por tanto, en el elemento funcional propio del sistema jurídico en el marco del modelo de Estado constitucional de Derecho.

No obstante, por las razones indicadas al comienzo, tampoco significará siempre lo mismo hablar de garantismo penal desde la realidad europea, que hacerlo desde nuestra "macondiana" realidad; la opción por el garantismo en el campo penal supone entre nosotros también una adecuación de dicha perspectiva a nuestras propias circunstancias, para construir, si es del caso, una propia versión del modelo garantista, o por lo menos intentar nuestros propios desarrollos<sup>46</sup>.

Siendo la pena una segunda violencia que se añade al delito, programada y puesta en acto contra un individuo<sup>47</sup>, un modelo de derecho penal orientado hacia la persona se justificará sólo y en tanto *límite* a esa violencia, y por ende como *garantía* de dicha limitación, la que empieza, por supuesto, con su reducción. Visto así, el derecho penal, como el derecho internacional humanitario —según el afortunado símil utilizado por Zaffaroni—, "Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites, de ampliarlo, para reducir cada vez más la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir"<sup>48</sup>.

Desde este punto de vista lo justificable del *derecho penal* será entonces no tanto la *pena* sino su *limitación*<sup>49</sup>, y así entendido, más que por la razón instrumental de evitar la violencia, el derecho penal en Colombia se justificaría por la razón, inclusive simbólica, de deslegitimarla. Por ello, la construcción de un *derecho penal válido* a partir de la comprensión y valoración del derecho positivo conforme a los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, y la crítica del *derecho penal efectivo* desde el punto de vista de sus propias fuentes de legitimación (Estado constitucional de Derecho), constituyen el compromiso ineludible de un *derecho penal garantista* en Colombia.

Un desarrollo del derecho penal en esta línea tendría entre nosotros una doble significación: en relación con el sistema penal legal, distinguiría entre "ser" y "deber ser" en el derecho, a partir de la distinción entre las nociones de "validez" y "vigencia"<sup>50</sup>, lo que, al tiempo que permitiría la elaboración de un modelo de derecho penal desde la noción de *garantía* (*derecho penal válido*), deslegitimaría el derecho penal efectivo no garantista, pero no desde una perspectiva extrajurídica sino desde el derecho mismo. Por consiguiente, el desafío del discurso jurídico penal en Colombia está en construir una teoría del derecho penal que no justifique la barbarie y la destrucción; un derecho penal que, en contra del que vienen imponiendo nuestras Cortes, desarrolle los principios como *garantía* de limitación al poder y no

delitos sino también por la prevención de la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 331-338). En Colombia encontramos la particularidad de que el ejercicio del poder punitivo estatal se ejerce también, y casi que de manera principal hoy en día, de forma extralegal. Por consiguiente, la legitimación de la pena por la necesidad de prevenir las penas informales corre el riesgo de que *manipulada* pueda convertirse en el motivo preferido por el Estado para justificar un derecho penal máximo a partir de sus propias acciones u omisiones, pues en últimas los sistemas legal y extralegal constituyen de alguna manera sólo manifestaciones diferentes del mismo poder punitivo, obedecen a la misma lógica y por ello, en la práctica, antes que excluirse se complementan.

<sup>47</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.

<sup>48</sup> E. R. Zaffaroni, "La crítica sociológica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica", en, el mismo: *Hacia un realismo...*, cit., pág. 26; "Abolicionismo y garantías", cit., pág. 23.

<sup>49</sup> Vista así, la justificación del derecho penal viene dada por su función de garantía y no por la de prevención, lo cual no se cruza con la postura abolicionista, al menos mientras esté claro, como ha señalado Zaffaroni ["Abolicionismo y garantías", cit., pág. 24], que lo que el abolicionismo quiere abolir es el poder punitivo.

<sup>50</sup> Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 874-876; y A. M. Peña Freire, *La garantía*, cit.

<sup>42</sup> Así, E. García Méndez, "La dimensión política del abolicionismo (un punto de vista desde la perifera)", en *Nuevo Foro Penal*, No. 32, Bogotá, 1986, pág. 185 y E. R. Zaffaroni, "Abolicionismo y garantías", en *Jueces para la Democracia*, No. 24, Madrid, 1995, pág. 25.

<sup>43</sup> Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 905-990; y A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 75-103.

<sup>44</sup> L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 34; en general, págs. 33-40.

<sup>45</sup> A. M. Peña Freire, *La garantía...*, cit., págs. 19-34.

<sup>46</sup> Quizás haya que empezar, por ejemplo, por la discusión del modelo de justificación de la pena elaborado por Ferrajoli, y según el cual la pena se justifica no sólo por la prevención de los

como justificación *a priori* del mismo; por tanto, que por ejemplo entienda que el principio de legalidad es una limitación y no una autorización para el poder<sup>51</sup>; que el bien jurídico es un límite y no un mandato de criminalización; y de la misma manera, que el principio de igualdad ante la ley no autoriza —precisamente porque entrañaría una vulneración del principio de legalidad— aumentar las penas fijadas por el legislador sino que obliga, para mantener la igualdad de trato, a reducirlas<sup>52</sup>; etc.

Un derecho penal así concebido y desarrollado estará contribuyendo a la realización de los principios constitucionales de garantía, al deslegitimar su vulneración, y en tal sentido se quiere reivindicar también su instrumentalidad, pero ya no en función de la pena sino de las garantías<sup>53</sup>.

Ahora, frente al sistema penal extralegal, si bien una teoría del *derecho penal válido* no sería suficiente para evitar que exista, por lo menos permitiría reproducir en el imaginario social una conciencia crítica frente al sistema penal paralelo o de emergencia, propiciando así una fractura en la

reproducción monolítica del discurso jurídico penal legitimador<sup>54</sup> y generando una dinámica diferente, con efectos directos sobre el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones. Si el discurso legitimador, como hemos dicho, incide de forma simbólica en el sistema extralegal, de la misma manera puede influir un discurso deslegitimador.

Estamos a las puertas de iniciar un proceso de paz entre los diversos actores del conflicto armado colombiano, que de concretarse significaría un marco jurídico político posible para la consolidación y profundización de la legitimación del derecho como *límite* al poder, y que posiblemente comenzaría con un acuerdo sobre la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario<sup>55</sup>. Creemos, así mismo, que un proyecto de paz que no se agote en el cese al fuego entre los actores involucrados, sino que vincule la paz a un proyecto más general de reducción de la violencia estructural existente, involucra también al derecho penal y lo obliga a subsistir sólo como derecho penal mínimo.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, "Sentencia del 6 de octubre de 1994", M. P., R. Calvete Rangel, en *Jurisprudencia y Doctrina*, No. 276, Bogotá, 1994, págs. 1533-1534; igual, "Sentencia del 26 de octubre de 1994", M. pag. E. Saavedra Rojas, en *Jurisprudencia y Doctrina*, No. 277, Bogotá, 1995, págs. 28-29.

<sup>52</sup> Cf. Corte Constitucional, Sentencia C-287 de 1997, M.P.: C. Gaviria Díaz; y Sentencia C-358 de 1997, M.P.: E. Cifuentes Muñoz. En ambos casos nuestro máximo tribunal constitucional, ante una desigualdad punitiva injustificada declaró inexecutable la pena menor (!), como si la desigualdad consistiera en recibir una pena menor y no en ser sometido a una más alta; en tales casos, la Corte, de manera ilegítima por supuesto, aumentó la pena. Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal, vid., I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los delitos...*, cit.

<sup>53</sup> Así, A. Baratta, "Funciones instrumentales...", cit., pág. 55. Ello no implica desconocer que cualquier uso del derecho penal como instrumento de cambio, como indica D. Melossi ["Ideología y derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?"], en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, 1991, pág. 59], requiere de cierto grado de consenso y una actuación consecuente de sus destinatarios; mas bien creemos que una buena manera de irlo logrando es presentando sus posibilidades concretas de aplicación, lo cual, al producirse, generaría a su vez consenso alrededor de las garantías.

<sup>54</sup> E. R. Zaffaroni, "La crítica sociológica...", cit., pag. 28

<sup>55</sup> Vid. H. Valencia Villa, *La justicia de las armas (una crítica normativa de la guerra metodológica en Colombia)*, Bogotá, Tercer Mundo - IEPRI, 1993, págs. 99-125.

# Pinochet a juicio

Montserrat COMAS D'ARGEMIR CENDRA

Desde que aquel domingo 18 de octubre del pasado año, se conoció la noticia de la detención en Londres del general Pinochet, una enorme esperanza e ilusión se han instalado en millones de corazones de todos los rincones del mundo, y en especial en el de los familiares de los miles de desaparecidos y asesinados en Chile. Los anhelos de justicia para los ciudadanos directamente afectados por la crueldad de los actos del dictador sustituía la impotencia sufrida durante tantos lustros. En su país, Chile, todas las puertas se habían cerrado cuando se dictó en abril de 1978 una Ley de Autoamnistía, para que nunca tuviera que responder de las graves violaciones de los derechos humanos que se perpetraron durante los diecisiete años de su violento mandato.

La detención fue posible gracias a la incoación de un procedimiento penal en España, en el que un juez español, aplicando la ley española y los convenios internacionales en materia de genocidio y tortura, se declaró competente para investigar los delitos denunciados. Un momento culminante en este proceso tuvo lugar cuando la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, reunida en pleno, declaraba por unanimidad la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar los crímenes contra la Humanidad que se imputan al general, al no haber sido perseguidos ni juzgados en el país donde sucedieron los hechos. La importancia histórica de esta resolución en la comunidad internacional es innegable, al consolidar los principios de imprescriptibilidad y jurisdicción universal para la persecución de tales delitos. Principios que comportan que todos los Estados están obligados a perseguirlos, en cualquier lugar y en cualquier momento, precisamente porque, además de afectar de una forma directa a las víctimas, afectan también a la sensibilidad humana de cualquier ciudadano en cualquier rincón del mundo, es decir, afectan de un modo directo al conjunto de la humanidad.

Otra resolución de carácter histórico la dictó la Cámara de los Lores, al revocar la injusta y antijurídica sentencia del Alto Tribunal de Londres, rechazando la supuesta inmunidad por razón de su cargo como Jefe de Estado. La Convención de 1948 sobre Prevención y Punición del Crimen de Genocidio, que nació bajo el impacto del genocidio perpetrado por los nazis, con su Jefe de Estado a la cabeza, ratificada por el Reino Unido de la Gran Bretaña, prevé que las personas que cometan este delito, serán penadas tanto si son gobernantes, funcionarios públicos o simples particulares. Los lores han ratificado este criterio, al proclamar que la inmunidad no puede ser alegada para amparar conductas que han perpetrado crímenes de lesa humanidad desde las estructuras del poder, con la consideración de que la tortura en ningún caso es un "acto

oficial", como pretendía de forma aberrante su defensa en el juicio. Cualquier otra interpretación hubiera vaciado de contenido las normas de derecho internacional, en materia de tortura y genocidio, al ser delitos que por su naturaleza implican precisamente castigar actuaciones cometidas desde el Estado.

A pesar de sus aspectos positivos, ha sido una Sentencia muy discutida, al establecer serias restricciones de los hechos por los que puede ser enjuiciado, reduciéndolos a los delitos de tortura y conspiración para torturar cometidos a partir del 8 de diciembre de 1988, fecha en la que el Parlamento británico ratificó la Convención contra la Tortura. Con esta decisión se eliminan nada menos que un noventa por ciento de los delitos que constan en el Auto de procesamiento del juez Garzón. Esta es la parte más negativa de esta Sentencia, al impedir que Pinochet sea juzgado por los crímenes más horribles y sanguinarios de la etapa más siniestra de la dictadura: los delitos de genocidio y terrorismo internacional, por lo que muchas de las víctimas no podrán ver cumplidos sus anhelos de justicia. Personalmente discrepo de la interpretación efectuada por los lores de las normas de derecho internacional, porque el delito de tortura lo era en Chile y en el Reino Unido mucho antes de la fecha de la ratificación de la Convención. Y porque no sólo estaba en juego el Convenio Internacional sobre la Tortura, lo estaba también el de Secuestro y Toma de rehenes y los Pactos de derechos civiles y políticos entre otros. Así y todo son cincuenta los casos de torturas, asesinatos y ejecuciones acreditados después de 1988 y hay mil doscientos desaparecidos de los que todavía no se ha dado razón alguna y que de acuerdo con la jurisprudencia internacional son delitos de carácter permanente que siguen todavía vivos. En consecuencia también por estos hechos podría ser juzgado, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas que consideran las desapariciones como una modalidad de tortura. En cualquier caso, a pesar de estas serias restricciones lo fundamental es que a raíz de esta Sentencia Pinochet permanece detenido en Londres y se abre la vía para ser extraditado y juzgado en España.

A partir del 7 de agosto de 1945, fecha del Acta del Tribunal de Nuremberg, en defensa de los valores universales del derecho a la vida y a no ser torturado, jamás las decisiones de un juez y las de un tribunal español, junto con las de la justicia británica han tenido mayor repercusión internacional. Son resoluciones que han creado un precedente jurisprudencial muy importante. El principio de soberanía de los Estados y de no injerencia ha cedido a favor de la extraterritorialidad, precisamente porque los derechos humanos tienen protección internacional. Por eso son resoluciones

históricas, al haber contribuido de forma decisiva a la consolidación de la lucha contra la impunidad, frente a la violación de los derechos humanos.

En todo este proceso, desde todos los rincones del mundo, todas las voces se han dirigido en la defensa de estos valores: varios países europeos han seguido los pasos de España al declararse competentes para enjuiciar estos crímenes, el Parlamento Europeo decidió pedir al Gobierno español que solicitase la extradición en cuanto le fuese reclamada por la autoridad judicial, el Comité contra la Tortura de la ONU el día 19 de noviembre acordó solicitar al Reino Unido que en caso de que no concediera la extradición a España, se juzgara al dictador en Londres, porque de lo contrario podría incurrir en la violación de varios tratados internacionales. Una excepción: el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, del cual en la memoria histórica de los españoles, todavía laten sus palabras, cuando dijo que con el golpe de Estado en Chile las juntas militares sólo pretendían la sustitución temporal del orden constitucional establecido para mantener la paz pública. Con ello también estaba justificando la suspensión durante diecisiete años del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física de miles de ciudadanos. En España el dictador ha encontrado en este fiscal la mejor defensa para su impunidad. El Fiscal General del Estado y en el último eslabón del poder, la ministra de Justicia, con su silencio, no han hecho nada para impedir su actitud obstruccionista desde el inicio del proceso y aún después de la resolución de la Sala de lo Penal. Es por razones de incompatibilidad con la defensa de la legalidad en este importante proceso, que la Asociación Jueces para la Democracia pidió en su día, sin ningún éxito, la sustitución de los fiscales Fungaiño y Rubira, a fin de que se nombren a otros fiscales idóneos para colaborar en la investigación de esta causa, identificados con el principio de legalidad y los valores constitucionales.

Más recientemente hemos conocido la decisión del ministro inglés respecto a la concesión de la extradición, solicitada por el Gobierno español.

Celebramos que hayan prevalecido criterios jurídicos frente a razones de oportunidad política. En materia de protección internacional de los derechos humanos, todos los poderes públicos deben orientarse en la misma dirección, a fin de posibilitar que la Justicia actúe hasta sus últimas consecuencias. En este histórico momento, no hubiera sido justificable un pacto entre los gobiernos de los Estados implicados que condujese a la impunidad del dictador. En Chile no hay condiciones políticas ni jurídicas para que Pinochet sea juzgado. El Gobierno de esa República no ha instado ninguna acción legal contra él. No se ha derogado la Ley de Amnistía y además goza de inmunidad parlamentaria como senador. Ni siquiera se le ha exigido que explique públicamente que suerte corrieron los miles de desaparecidos. En este contexto, la decisión del titular del Home Office tiene una gran importancia, dado que, una vez resueltos los recursos interpuestos ante los tribunales ingleses y confirmada la decisión gubernativa, el dictador podrá ser definitivamente extraditado y juzgado en España.

Es el mejor homenaje que desde Europa podemos rendir a la reciente conmemoración el pasado día 10 de diciembre del quincuagésimo aniversario de la aprobación unánime en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Justicia ha dado un paso de gigante en la idea de la globalización de los derechos humanos. El mundo del Derecho ya ha traspasado las fronteras nacionales, abriendo una nueva etapa. El camino está iniciado y debe ser irreversible. Es un camino que nos ha de llevar a un orden jurídico internacional más humano y más justo hasta la plena consolidación del respeto a los derechos individuales y colectivos de todos los seres humanos. Sea cual sea el final concreto de este proceso, los dictadores, los tiranos y los genocidas deben saber que ya no hay espacio para mantener su impunidad, porque los valores y las normas de la justicia internacional para la defensa y protección de los derechos humanos ya se están aplicando.

# APUNTES\*

## • Salas de gobierno y democracia

Jueces para la Democracia ha decidido esta vez no participar en el proceso de renovación de los componentes electivos de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Lo hace cargada de razón, puesto que el sistema, aún basado en el sufragio, no es genuinamente democrático, por dos elementales razones: porque no propicia la representatividad; y porque favorece la concentración del poder en un solo sector del electorado.

La consecuencia más inmediata del modelo —como siempre que se priva a los destinatarios de una acción de gobierno de la posibilidad real participar directamente en la formación electiva del órgano correspondiente— es la crisis de legitimidad, con lo que implica de ulterior falta de *auctoritas* de las decisiones, que difícilmente podrán contar con el consenso de una parte porcentualmente significativa de los gobernados.

La Asociación Profesional de la Magistratura —en esto, curiosamente, beneficiaria de la esquizofrenia de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985— banaliza la pretensión de “democratizar” (la ironía de las comillas es de la APM), sugiriendo que el resultado de la propuesta avanzada por Jueces para la Democracia llevaría a hacer “electos a los candidatos menos votados”. Y no le falta razón, puesto que la sustitución del régimen electoral mayoritario por otro proporcional daría algún puesto en las Salas a quienes en este momento carecen de ellos.

Para la APM, “lo que garantiza la democracia es la elección en régimen o sistema de listas abiertas, en las que cada juez o magistrado designa a su representante”. Y en esto tiene asimismo razón, pero, de la misma manera, *no toda, ni en lo principal*: puesto que con el sistema vigente una parte estimable de aquéllos —con derechos igualmente estimables y dignos de tutela— carecen objetivamente de cualquier posibilidad de *designar* mediante el voto a algún candidato en el que sentirse representados. Ese es el problema, que hay electores que *designan* y otros —bastantes— que se saben ya *ex ante* totalmente privados de la posibilidad real de hacerlo.

En la carta que la APM dirige a los jueces promete “trabajar en beneficio de todos”. La intención es de agradecer, pero no basta. Es preciso que esa posibilidad esté también, en la justa medida, al alcance de *todos*.

## • Inspección: un añejo problema irresuelto

Cualquier actividad inspectora, como es obvio, busca por principio recabar datos sobre alguna par-

cela de realidad. Es, pues, una función de conocimiento.

La experiencia indica que esa forma elemental de aproximación al concepto, que podría decirse válida con carácter general, tiene poco que ver con el modo tradicional de operar de la Inspección de tribunales y con los resultados de su actividad. Tanto que sí, en general, inspeccionar es tendencia a captar *fotográficamente* la imagen real de lo inspeccionado; en el caso de aquélla, el resultado de sus *visitas* tiene su referente plástico más fiel en el género de la *naturaleza muerta*.

No es que los órganos correspondientes no busquen y obtengan información cuando acuden a los órganos jurisdiccionales, pues cualquiera que esté familiarizado con el asunto sabe que llenan folios y folios de referencias a decenas y decenas de asuntos; que verifican la regularidad de los trámites, la distancia cronológica que media entre una decisión y su comunicación a los interesados, la puntualidad o el retraso en proveer, etc., etc. Pero, del mismo modo, cualquiera que esté familiarizado con el asunto tiene constancia de que, probablemente, cuando el personal inspector abandona un órgano judicial podría muy bien haberse enterado *de todo*, menos de lo que realmente importa, que, por lo demás, suele ser un secreto a voces.

De la experiencia corriente de las sedes judiciales forman parte estados de opinión de auténtica relevancia para la valoración en términos realistas del modo de operar de un tribunal que, sin embargo, y con ser de verdad decisivos al respecto, no afloran en el curso de las evaluaciones formales de la Inspección. O no lo hacen de manera apta para tomar las medidas precisas para reconducir la situación que lo merezca.

En definitiva, es posible afirmar que el modo tradicional de producirse la actividad inspectora de juzgados y tribunales ha sido de una tan exasperante como reconocida pobreza de resultados. Pasaba la Inspección, y el zángano de colmena, el prepotente, el adicto al impreso, el obsequioso estampillador de atestados... seguía normalmente, tal cual, en su sitio.

Basta consultar el *Libro blanco de la justicia* para advertir que tal estado de la cuestión obedece pura y simplemente a una opción de política judicial mantenida por los sucesivos Consejos. En concreto, la opción negativa (por falta de voluntad de cambio alguno al respecto) consistente en perpetuar un modelo de evaluación inútilmente burocratizado, aceptado, como tantas cosas, pacíficamente, en herencia por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La necesidad de introducir un cambio de paradigma en la materia no puede ser más evidente, pues ¿de qué sirve una inspección que no aporta datos sobre aspectos centrales del objeto de observación?

De este modo, no cabe duda, una de las razones de la crisis de la justicia es la endémica ineficacia de la inspección.

\* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y A. Jorge Barreiro

Pues bien, el nuevo sistema de encuesta orientado a la adquisición de datos sobre el funcionamiento de los órganos judiciales a través de procuradores y abogados, expresa seguramente una voluntad de cambio de la situación. Que tal voluntad exista es una buena noticia, aunque no haga automáticamente bueno todo lo que pueda postularse en su nombre.

La propuesta ha demostrado no ser pacífica y ha contado enseguida con la oposición de tres asociaciones judiciales. De inmediato tachada de corporativista: ¿Hasta cuándo el odioso reflejo estigmatizador que ahorra la profundización crítica en las eventuales razones del oponente?

Tiene razón Jueces para la Democracia cuando dice que si se trata de avanzar en el conocimiento de la realidad de la administración de justicia no se puede renunciar al punto de vista de quienes son *usuarios* privilegiados de la misma. Y es que, en efecto, la tradicional fuente de información en la materia ha operado siempre al margen de la opinión de aquéllos y, sobre todo, de la de los *usuarios-usuarios de verdad*, los justiciables de los distintos órdenes jurisdiccionales. Algo que, visto sin telarañas en los ojos, resulta verdaderamente demencial.

Así las cosas, hay que decir que en principio no existe ningún motivo serio para seguir desatendiendo esa fuente de datos y, por el contrario, sí las mejores razones para tomarla en consideración. Ahora bien, puede no ser una vía fácil y cualquier iniciativa al respecto deberá ser objeto de estudio y reflexión a tantas bandas como partes implicadas en el asunto quepa identificar.

Desde luego, es necesario saber si los jueces atienden con amabilidad y son accesibles; si se respetan los horarios; si el régimen de señalamientos es racional y no obliga a perder a justiciables y colaboradores con la justicia más tiempo que el imprescindible; si, por ejemplo, los jueces de instrucción reciben personalmente las declaraciones a los detenidos, y cosas así. Y es elemental que allí donde no se dé el comportamiento exigible la reacción sea inmediata.

Ahora bien, parece razonable que nadie debería informar de aquello que no le conste directamente y que un ejercicio de denuncia de incumplimientos posibles tendría que hacerse con un alto sentido de la responsabilidad, e incluso asumiéndola en primera persona. Un sentido de la responsabilidad que, probablemente, no se da en los profesionales que aceptan pacíficamente modos de operar judiciales francamente denunciables... sin denunciarlos.

En este punto, junto a la llamada a la colaboración tendría que hacerse otra, vehemente, a la responsabilización. El poder llega hasta donde lo permite el límite. El poder impropio del juez o el tribunal prepotentes hasta donde le deja el letrado y, muy especialmente, el fiscal, puesto que es impensable que muchas de las actuaciones irregulares de que existe noticia pública —aunque no formal— puedan darse sin la pasiva complicidad o la indiferencia de algún representante del ministerio público. De donde se infiere la necesidad profunda de un cambio de actitud en quienes indebida e intolerablemente toleran.

A este respecto, parece poco objetable que se pida a quien tenga conocimiento que dé cuenta de las actuaciones irregulares, siempre que se trate de aquellas fácilmente identificables por rasgos objetivos. Un ejemplo paradigmático es el del juez que no recibe declaraciones a los detenidos, o no practica directamente las ruedas de identificación. Podrá discutirse sobre determinados aspectos instrumentales o de marco legal relativos a la forma en que deba hacerse, pero esto no invalida el carácter positivo de la iniciativa.

Hay un aspecto de ésta que ha suscitado particulares reservas: es el de la forma anónima. La denuncia anónima, pues de eso se trata, tiene una vieja y negra ejecutoria en el mundo de la justicia y, es cierto, abre la puerta al abuso. Ahora bien, cuando se haga uso de ella para la obtención de datos que se concretan en la regularidad de ciertos comportamientos recusables, susceptibles de determinación casi objetiva, aquel riesgo tendría que verse seriamente disminuido. En este sentido, retomando una línea argumental ya antes apuntada: no tanto por razón del eventual riesgo de malos usos, sino por la estrictamente positiva de fomentar la asunción de las propias responsabilidades, sería deseable que quien facilita la información la avale con su firma.

La única objeción imaginable es la del temor a posibles represalias del informado. Pero a este respecto cabe invocar una máxima de experiencia y también una experiencia. La primera, es que no parece pensable que un profesional cargado de la *auctoritas* que confiere tener razón pudiera ser fácil objeto de abuso; éste, además, de darse, y más a raíz de una denuncia de mal comportamiento judicial, sería fácilmente identificable y también fácil la reacción, contando con el apoyo de la institución colegial que corresponda, que debería implicarse seriamente en la materia. La segunda, es que hay noticia de un despacho de abogados de Madrid que —identificándose como tal— hizo en algún momento su particular informe sobre la situación de algún orden jurisdiccional en la ciudad. No interesa aquí con qué ánimo, y si mejor o peor fundado. Pero sí que en él se censuraba duramente las malas prácticas de los titulares de algunos órganos judiciales. Pues bien, si así fue, es patente que pudo hacerse; y no consta que con consecuencias de relevancia negativa para los denunciantes. Lo que demuestra que cabría otro tanto, más y mejor, cuando la iniciativa fuera institucional y el compromiso de los implicados firme y consecuente.

#### • El extravío de la razón estadística

En los impresos normalizados mediante los que el Consejo General del Poder Judicial reclama los datos con que elaborar su estadística relativa a la jurisdicción penal en las Audiencias Provinciales, figura un apartado bajo el rótulo: *desglose por magistrados*. En él se pide el número de las sentencias condenatorias y absolutorias en que cada uno de

aquéllos haya sido ponente. A continuación, se hace otro tanto con las confirmatorias y revocatorias.

La exigencia ha sorprendido, tratándose de tribunales. Porque, una de dos: se sugiere que éstos no funcionan como tales y que la sentencias son siempre obra exclusiva del redactor, con inadmisibles presunción de falta de profesionalidad del conjunto de quienes componen esas salas. O bien, se quiere estimular ese tipo de protagonismo y de inadmisibles prácticas.

Aunque cabe una tercera posibilidad: ni lo uno ni lo otro, sino que la pregunta se le ocurrió a alguien que no tenía muy claro en qué debe consistir la actividad sentenciadora en los órganos colegiados. En cualquiera de los tres casos, o incluso en un cuarto, si lo hubiere, un disparate.

#### • Su inspirada y graciosa señoría

La noticia de que el Consejo se había interesado por sus versos con fines disciplinarios fue precedida de un goteo de referencias al asunto en diversos medios de comunicación.

Por ellos pudo saberse que un juez ejerciente en algún lugar de las Canarias había usado el papel de oficio y el oficio judicial para dar rienda suelta a sus desahogos literarios. Alguien podría haber pensado que repentinos y ocasionales. Pero no. El propio interesado se encargó de desmentirlo: no sólo tenía *inspiración*, sino también *teoría*: la calidad que él atribuye a sus rípicos contribuye —así lo ve— a mejorar la del propio discurso jurídico. Pues, si al rigor técnico se le dota de una bella envoltura formal, tanto mejor... para todos, vino a decir. Añadiendo, a preguntas del periodista, que la suya es una "experiencia piloto", dirigida a "sensibilizar a los cónyuges para que dejen sus batallas judiciales y se centren en sus hijos". Experiencia realizada —dijo también— en el ejercicio de la libertad de expresión de los jueces, que garantiza el artículo 176,2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Escribía el vate, en una sentencia de 8 de enero de este año:

«Procede acceder a la separación que imploran tanto el Sr. Triana, al que no de la real gana de soportar la tensión, como la Sra. Sarmiento, que no sufriendo escarmiento, tras su primer tropezón, persiste en el mismo tono, y aduciendo el abandono, suplica una solución (...)

El padre ofrece cuarenta (40.000 ptas. mensuales) en concepto de alimentos de su menor hija Amanda; lejos de aceptar tal suma, sin aportar cuenta alguna, la madre no se conforma y exige sesenta y cinco.

Se le antoja a este escribiente que si Don Jorge no miente, la ofrecida es suficiente además de pertinente.

Pues restando a su jornal, 322.832 en pura peseta neta, el pago de la hipoteca (63.193 ptas. mes) del inmueble conyugal, el alquiler y la luz (66.599 ptas. mes), cuotas, seguros, impuestos, de aquél y del que habita y otros gastos que tramita (docus. nº 1 al 14

aportados el 6-6-98) que también se lleva puestos, con lo que le queda vive, si vivir es ir tirando.

Y por pedir que no quede pues bien reza el refranero que pidiendo de sobrado por salir con lo mediado se puede perder entero, y ante el vicio de pedir es virtud la de no dar».

Pero, debe saberse, el peculiar estilista ha llegado al verso a través de un persistente esfuerzo de maduración de su prosa. Así, en otras resoluciones, cabe hallar perlas de esta laya:

«Mezquino se barrunta intentar sacar unas pesetas de ahí para poder sufragar los gastos de clases de peluquería u otros cualesquiera de la nueva concubina».

«Un ser humano, perdido, con 19 primaveras, en un camino sin retorno...».

«Sin entrar a analizar la "chapuza"...».

«Se detecta en la relación de pareja un grado de envenenamiento tan profundo que no sólo convierte en quimérico cualquier intento de acercamiento de posiciones, sino que además invita a reflexionar sobre la miseria humana».

«No sólo por falta de tiempo y medios, sino porque ciertas actividades privadas son de difícil constatación, por no mencionar la mentira, compulsiva y pertinaz, ya que si bien es cierto que antes se coge a un mentiroso que a un cojo, acaso eso sea válido para la vida, pero no para un proceso tramitado entre miles similares al sórdido himno de sálvese quien pueda»

«La demandada "aprovecha" también la ocasión que le brinda su compañero de miserias e infortunios...».

«Ambos progenitores, porque evidencian una postura y un empeño de "pasarse el paquete"...».

«Debiendo ser recordada a la accionante la Ley 110, párrafo tercero, del Libro L del título XVIII de nuestro digestum, que reza como sigue: *Mulieribus tunc succurrendum est, cum defraudetur, non ut facilius calumnetur*».

«...Sin que parezca oportuno imponer a los cónyuges una forzada convivencia, ya rota de hecho, ni buscar culpables en algo tan inexorable como es la pérdida del amor humano. Periclitado éste y hecha pedazos aquélla esa materia única ("mater-monis") que sólo la muerte podría dividir según la acepción etimológica abrazada por los tomistas, únicamente resta la prole, acaso fin último de la institución otra sagrada y hoy vapuleada por los tiempos que corren; retal único y preciso, en el caso que ahora se enjuicia, de aquella materia entretejida un día con amor».

«Las dos partes en litigio han manifestado clara y rotundamente su intención de poner fin a la travesía conjunta por ese piélagos infernal que es la vida. Ya dijo León Tolstói que el matrimonio es como una barca que navega por un mar tormentoso con dos personas a bordo, y que cuando una de las dos hace un movimiento en falso, la barca se hunde».

Quien sólo hubiera tenido acceso a la noticia de la que se ha dejado constancia podría albergar siquiera la duda de que, con su cuota de excentricidad, el peculiar juez pudiera estar haciendo una aportación de relieve a la renovación del lenguaje.

Incluso, a tenor de la valoración de la propia obra que él mismo hace, cabría esperar una innovación sustancial también en el plano del discurso.

Pero ni lo uno ni lo otro. Rimas de andar por casa aparte, en las sentencias de marras lucen todos los tópicos de la jerga curial y burocrática: "la dilucidación del presente litigio se constriñe..."; y lo único que las distingue es el hecho de aparecer *mechadas* con esas incrustaciones lamentables. Textos que difícilmente hallarán otros lectores que los unidos al texto por el vínculo de la relación procesal. A los que no hará ninguna gracia servir de pretexto para la astracanada o saber que *su* juez pierde el tiempo buscando "escarmiento" para que rime con "Sarmiento".

Si lamentable es ese ejercicio supuestamente literario hecho a expensas de un lector a la fuerza, lo es más aún el intento de justificación invocando una libertad de la que a éste se priva y que el juzgador, en efecto, tiene: pero sólo en y para la racional y razonada aplicación de la ley.

Por lo demás, cabe que un tal modo de operar pueda alcanzar cierta eficacia desincentivadora del recurso a la jurisdicción. Seguramente es mejor un mediano arreglo que un mal verso.

#### • Otro que tal baila

En fechas recientes, un juez malagueño ha sido también noticia por lo inusual de su modo de expresarse, al menos, en una sentencia. El hecho: la sustracción de cupones a una invidente de la ONCE.

El razonamiento que funda la aplicación de la pena, es como sigue:

«...porque, vamos, intentar manganle los cupones a una ciega, es ya lo último, aunque sea una ciega con un par de..., como en este caso. Aunque bien es cierto que casi todos los vendedores de cupones los tienen bien puestos y es difícil dársela con queso. Pero bueno, desde cualquier punto de vista hace feo eso de ir quitando los iguales a los ciegos y es abusar de ellos y esas cosas y habría que darle caña

a B. Pero luego resulta que el hombre te sale con lo de la droga y el síndrome y el mono y que estaba muu colgao y, vaya, si total no llegó a quitárselos y tal y tal (tentativa dice la Ley). Y aunque digo yo y dirán algunos que que más da que se los hayan quitado o no, pero bueno el caso es que la Ley, que para eso es la Ley, pone menos pena a los choris si les trincan y se comen el marrón. Y al fin y al cabo es verdad que B. está muy "acabao" el hombre y a mi me da pena. Y total, que vaya, que digo yo que es la última sentencia que pongo como juez de instrucción y casi la tengo cariño, que son muchos años arreándole hostias al pobre hombre y encima me voy de Málaga y le dejo en la cárcel (supongo que como estaba cuando yo llegué aquí). Así que venga, no se hable más, la pena mínima y la cuota mínima y eso porque no le puedo absolver, porque no me deja el juez que llevo dentro y porque el fiscal (que es muy buena gente, pero es fiscal) se va a cabrear y con razón. Lo dicho, un mes de multa y no se hable más».

Como puede advertirse, se abre el abanico de los géneros literarios últimamente *ganados* para el oficio de sentenciar. En este caso el esfuerzo renovador se orienta por los derroteros de un costumbrismo entre soez y cheli que, de no ser por ese curioso juez que —según propia confesión— lleva dentro el inefable plumífero, sabe Dios de qué calibre sería el objeto de este comentario.

En este caso no consta que haya una elaboración doctrinal de soporte y todo parece fruto de un repente. La justificación explícita está en la euforia y el cuerpo golfo por causa del ascenso: irse de juez, como despedirse de soltero, confiere patente para alguna licencia. Pero, también aquí, la licencia es a costa de alguien.

Actitudes de aquélla y de esta clase, cada una en su estilo —*literario*, por supuesto— son ciertamente intolerables. Por lo que entrañan de falta del respeto de los justiciables a quienes se toma a chirigota y de prepotente ejercicio de arbitrariedad, nada inocente. Pero, además, tienen una extraordinaria trascendencia negativa en otro aspecto, pues alimentan con su torpeza una peligrosa corriente de opinión favorable a la fiscalización disciplinaria del contenido de las decisiones judiciales.