

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACIÓN Y DEBATE

L. Ferrajoli, Espacios y tiempos de la política de los derechos. **D. Ippolito**, Razones y raíces del garantismo. **A. Baylos**, Poderes privados y derechos fundamentales de los trabajadores. **S. Sastre Ariza**, La casa de la tolerancia. **L. Favieres**, ¿La opacidad moral base del *establishment*? **C. Lamarca**, Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad. **G. E. Córdoba**, *Nemo tenetur se ipsum accusare*. **R. Sáez Valcárcel**, Pericia de inteligencia: prueba penal y erudición de estado. **P. Andrés Ibáñez**, Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal). **L. Verzelloni**, El debate europeo sobre la independencia de la magistratura. **J. C. Álvarez Álvarez – S. Ramírez Aramillo**, ¿Independencia judicial por fuera de la ley?

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**
INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 88 marzo 2017

En este número: Álvarez Álvarez, Juan Carlos, profesor de Derecho Penal Universidad EAFIT, Medellín (Colombia).
Andrés Ibáñez. Perfecto, magistrado emérito, Sala 2ª, Tribunal Supremo.
Baylos, Antonio, catedrático de Derecho Laboral, Universidad de Castilla-La Mancha. Córdoba, Gabriela E., secretaria letrada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, profesora de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Buenos Aires.
Favieres, Laura, Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea, Técnico de Administración General.
Ferrajoli, Luigi, ha sido catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho de la Università Roma Tre (Italia).
Ippolito, Dario, enseña Sociología y Filosofía del Derecho en la Universidad Roma Tre (Italia).
Lamarca Pérez, Carmen, catedrática de Derecho Penal, Universidad Carlos III (Madrid).
Ramírez Aramillo, Santiago, auxiliar de investigación, Universidad EAFIT, Medellín (Colombia).
Sáez Valcárcel, Ramón, magistrado, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.
Sastre Ariza, Santiago, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha.
Verzelloni, Luca, investigador del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra (Portugal).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (director), Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, José Miguel GARCÍA MORENO, Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Alberto JORGE BARREIRO, Amaya OLIVAS DÍAZ, Ramón SÁEZ VALCÁRCCEL. Secretario de redacción: José Rivas Esteban.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid.
E-mail: info@juecesdemocracia.es <http://www.juecesdemocracia.es>

Suscripciones: Maxipack S.L., Avda. del Sistema Solar n.º 3 A. Parque Tecnológico
28830 San Fernando de Henares. Madrid
Tel. 91 677 53 60
Fax 91 674 93 00
E mail: suscripciones@maxipack.es

Precio de este número: 10 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 24 € (3 números)
Europa: 34 €
Resto: 40 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	
— <i>Los espacios y los tiempos de la política y de los derechos</i> , Luigi Ferrajoli	5
— <i>Razones y raíces del garantismo</i> , Dario Ippolito	20
— <i>Poderes privados y derechos fundamentales de los trabajadores</i> , Antonio Baylos	25
— <i>La casa de la tolerancia. (A propósito de Betzabé Marciani,</i> <i>Tolerancia y derechos)</i> , Santiago Sastre Ariza	29
— <i>¿La opacidad moral como base necesaria del establishment?</i> , Laura Favieres	36
Estudios	
— <i>Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad</i> , Carmen Lamarca Pérez	39
— <i>Nemo tenetur se ipsum accusare. Análisis crítico de la aplicación</i> <i>del criterio pasividad-actividad para delimitar el ámbito de protección</i> <i>del principio</i> , Gabriela E. Córdoba	56
Teoría/práctica de la jurisdicción	
— <i>Pericia de inteligencia: prueba penal y erudición de estado</i> , Ramón Sáez Valcárcel	84
— <i>Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)</i> , Perfecto Andrés Ibáñez	102
Internacional	
— <i>El debate europeo sobre la independencia de la magistratura: la propuesta</i> <i>de la Red Europea de Consejos de Justicia</i> , Luca Verzelloni	113
— <i>¿Independencia judicial por fuera de la ley? Comentarios a la reciente</i> <i>jurisprudencia sobre prevaricación judicial en Colombia</i> , Juan Carlos Álvarez Álvarez y Santiago Ramírez Aramillo	132
Apuntes	
— <i>Si el juez Warren levantara la cabeza... en la Audiencia Nacional</i>	147
— <i>La orgía del gasto público (suma y sigue)</i>	148
— <i>Lo que hay que hacer con ‘esas cosas’</i>	148
— <i>‘Política’ de nombramientos</i>	149
— <i>¿Cuándo debería dimitir el político imputado?</i>	149
— <i>Toda una metáfora</i>	150
— <i>En memoria de José Antonio Alonso Suárez</i>	150
— <i>Alain: la acerada reflexión crítica de un ‘maître à penser’ sobre el poder</i>	151
Extractos/abstracts	153



JUSTICIA

¿AÚN NO CONOCE SANTANDER JUSTICIA?

Un servicio exclusivo del Banco Santander para profesionales del mundo de la Justicia.

Descubra todas las ventajas.

Infórmese de las condiciones completas
en su oficina Santander, en el 902 100 277
o en www.bancosantander.es



LOS ESPACIOS Y LOS TIEMPOS DE LA POLÍTICA Y DE LOS DERECHOS*

Luigi FERRAJOLI

1. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL PRIMER MOMENTO CONSTITUYENTE DEL DERECHO Y DE LA POLÍTICA MODERNA

«En el crisol de la legalidad se puede fundir oro o plomo». Estas pocas palabras de Piero Calamandrei resumen el sentido, por completo político, del positivismo jurídico: el carácter formal de su postulado normativo, el principio de legalidad, que no expresa ningún contenido, sino solo la forma de producción que hace reconocible el derecho existente, cualesquiera que sean, oro o plomo, sus contenidos. Esta positividad o artificialidad representa el rasgo constitutivo del derecho moderno, en el que se manifiesta el nexo genético entre política y derecho. La invención moderna de esta artificialidad ha abierto el camino al planeamiento teórico y político de los contenidos normativos producidos y por producir, a su perenne transformación e innovación y a la elaboración de las técnicas idóneas para garantizar su efectividad. De las constituciones a las leyes, de las prácticas judiciales a las administrativas y negociales, todo el derecho es el producto de las actividades de los hombres; a los que corresponde la responsabilidad de cómo es pensado y proyectado el derecho y por cómo funciona en concreto. Desde este punto de vista, puede muy bien decirse que, con la edad moderna, la política se afirma como política constituyente; y que al mismo tiempo se hace constituyente el pensamiento político, al que se deben sobre todo —basta pensar en Locke, Montesquieu o Beccaria— el planteamiento y la elaboración teórica del artificio jurídico e institucional.

Así pues, con la afirmación positivista del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, nació la política moderna como producción y transformación del derecho, es decir, de las reglas de la convivencia civil. Desde entonces, el derecho se ha convertido en el instrumento y el lenguaje de la política en el que se formulan los problemas sociales y sus soluciones, adoptadas en cada momento o incluso solamente propuestas. Las leyes, pero también sus demandas y proyectos de reforma; la defensa del derecho existente, mas también su crítica y la ideación del derecho futuro;

* Ponencia presentada en el seminario «Derechos fundamentales y espacios político-jurídicos. Perfiles histórico-filosóficos», celebrado en Salerno (Italia) el 25 de octubre de 2016.
Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

el gobierno de la sociedad pero también las alternativas políticas e institucionales sostenidas por las luchas de oposición.

En esta refundación del derecho y de la política cabe identificar el primer momento constituyente de la modernidad jurídica. Este coincide con el nacimiento, en Europa, del estado moderno como lugar y fuente de la producción jurídica. Desde entonces y hasta momentos recientes, el espacio del derecho y el espacio de la política como fuente de la producción jurídica se identifican con el territorio del estado. Por otra parte, es el espacio estatal el que define las identidades nacionales y los nacionalismos correspondientes. El territorio del estado es el que, con los confines de la soberanía, dibuja los espacios privilegiados de la política y del derecho. Con tal cambio de paradigma del derecho realizado con el primer positivismo, nació tanto la política moderna desde arriba, como la política moderna desde abajo.

Nació, sobre todo, la política desde arriba, como creación del derecho, en virtud del monopolio estatal de la producción jurídica. Visto así, el espacio de la política es el espacio de la legislación y de la actividad de gobierno: en resumen, el espacio de la construcción del artificio jurídico. Pero, simultáneamente, nació también la política desde abajo, en las formas de la lucha de clases. Durante más de un siglo, socialistas y comunistas contestaron en Europa el orden existente, proponiendo una alternativa al capitalismo como objetivo último de las luchas de clases promovidas y organizadas por ellos. Tal fue el papel histórico de los sindicatos y de los partidos de la izquierda y, antes aún, el gran mérito del pensamiento de Marx: haber refundado la política desde abajo, abriendo una perspectiva de progreso bajo la enseña de la igualdad, promoviendo así la participación política y la emancipación civil de grandes masas de proletarios y de sujetos marginados y, al mismo tiempo, las conquistas obtenidas por su oposición política y social. Por desgracia, los partidos comunistas, donde tomaron el poder, carecieron de un pensamiento y de una capacidad constituyente a la altura de sus promesas. Por el contrario, dieron vida a una alternativa antidemocrática — la «utopía invertida», como la ha llamado Norberto Bobbio — y a una política desde arriba de tipo regresivo y autoritario. Esta fue la grave limitación del pensamiento y de la práctica política de la izquierda marxista: tan iluminados en la crítica de lo existente, y en particular de la economía capitalista, y tan potentes en la organización de la oposición y de las luchas sociales, como carentes, en el plano político y antes aún en el plano teórico, de una propuesta alternativa, democrática y socialista, de tipo institucional. Más aún, en la ortodoxia comunista, la única propuesta alternativa fue la prefiguración, a un plazo largo e indeterminado, de una futura extinción del estado, reforzado, en cambio, bajo formas antiliberales y totalitarias, en el corto plazo del comunismo realizado.

Y, sin embargo, la política desde abajo promovida y actuada por los partidos de la izquierda dentro de las fronteras de las actuales democracias constitucionales fue, en el siglo pasado, el principal motor del progreso civil y político: como oposición al derecho vigente, dirigida a su transformación e innovación. La innovación se produjo sobre todo a través de las reivindicaciones de los derechos fundamentales y de sus garantías, que no caen nunca de lo alto, sino que son siempre el fruto de luchas sociales que rompen el velo de normalidad que cubría y ocultaba viejas opresiones y discriminaciones. En su origen, antes de su conquista y positivización en el vértice de los ordenamientos, hay siempre roturas, a veces revolucionarias, del viejo orden constituido. Así fue para los derechos de libertad afirmados con las revoluciones liberales, desde la revolución francesa a los movimientos decimonónicos por los estatutos. Así fue para los derechos de los trabajadores y para los derechos sociales. Así ha sido para los derechos de las mujeres. Los derechos han sido siempre el producto de la

energía política y constituyente manifestada sobre todo en las luchas por su reconocimiento y su garantía.

Por lo demás, espacio y papel de la política, tanto desde abajo como desde arriba, son generados por un corolario del principio positivista de legalidad: la separación entre derecho y moral y la autonomía del punto de vista de la moral y de la política frente al derecho positivo vigente. Si es cierto que derecho es todo y solo el puesto por el legislador, entonces su existencia y su validez se separan de la justicia, en el sentido de que no todas las normas jurídicas son justas solo porque válidamente producidas y por eso jurídicamente válidas y, a la inversa, no todas las normas justas son normas jurídicas si no han sido válidamente producidas. Por efecto del principio de legalidad se produce una virtual divergencia entre el «deber ser moral (y político)» del derecho y su «ser» efectivo, o sea, entre el derecho existente y el derecho justo. Y se genera, además, un espacio autónomo del punto de vista moral y político, externo al derecho positivo: precisamente, el punto de vista ético-político de la justicia, crítico en relación con el derecho existente, cuando este sea considerado injusto, y de propuesta de un derecho justo, como alternativa al existente.

Bajo este aspecto, la política desde arriba y la política desde abajo se diferencian y se contraponen por la diversidad de sus puntos de vista. Estos dos puntos de vista están anclados en los espacios territoriales de los estados nacionales, con referencia a los cuales se modelaron tanto el estado de derecho como la democracia política. Pero su diferenciación y oposición están determinadas por la separación ente derecho y moral: el punto de vista interno de la política desde arriba corresponde al derecho positivo producido por ella misma; el punto de vista externo de la política desde abajo corresponde, en cambio, al punto de vista, en ocasiones crítico y conflictual, reformador o revolucionario, del derecho por producir, esto es, al punto de vista de la moral y de la justicia. Con la democratización de los sujetos y los modos de producción del derecho, bajo las formas de la representación, el punto de vista externo de la política desde abajo, o sea, de la sociedad, se afirma además como el fundamento y la fuente de legitimación del sistema político y jurídico. En esta fuente de legitimación, obviamente, siempre relativa e imperfecta, es donde radica la representación política. Pero la imperfección puede llegar hasta la total eliminación y el silenciamiento del punto de vista externo. Es lo que está ocurriendo en las actuales democracias, cuya crisis reside en el carácter cada vez más autorreferencial del punto de vista interno, a causa de la desmovilización social y la estatalización de los partidos, como órganos de las instituciones públicas y no de la sociedad.

Por otra parte, los espacios de la política desde abajo pueden muy bien ampliarse —y de hecho se han ampliado en el pasado— bastante más allá de los confines de los estados nacionales. Fue, de nuevo, un mérito histórico de Marx haber promovido esta ampliación refundando la política moderna desde el punto de vista igualitario de los explotados y el conflicto social como lucha de clases, y anclando así la política en los espacios ya no solo nacionales sino también internacionales de tal conflicto. «¡Proletarios de todo el mundo uníos!» fue la consigna de este internacionalismo proletario y de su perspectiva revolucionaria, cuya quiebra fue provocada, nuevamente, por la prevalencia de la lógica estatal y de la razón de estado, antidemocrática y antisocial, de los comunismos «realizados», que durante casi un siglo han ahogado la política desde abajo de tantos movimientos socialistas y comunistas del mundo.

Pero también los espacios de la política desde arriba se han diferenciado y ampliado de los espacios estatales del derecho positivo, aunque en un sentido totalmente diverso. Si los estados nacionales se desarrollaron en su interior bajo las formas del estado de derecho y de la democracia representativa, en las relaciones internacionales, a causa de

la ausencia de límites a la soberanía estatal externa y de la expansión de los nacionalismos y de los imperialismos agresivos, en el siglo XIX y en la mitad del XX, los espacios de la política europea fueron bastante más allá de los territorios nacionales. Su expansión se produjo en las formas violentas y depredadoras de las conquistas coloniales, del sometimiento de las poblaciones colonizadas, de la explotación de sus territorios y, por otra parte, a través del desarrollo de la voluntad de potencia de los estados que desembocó en la catástrofe de las guerras mundiales. En efecto, en el modelo Westfalia, que hasta la segunda guerra mundial caracterizó las relaciones internacionales, existe una asimetría entre el espacio del derecho y de la política interna de los estados, limitado a las fronteras nacionales, y el espacio extraestatal de su política extranjera. Si en el interior la jurisdicción y la administración se sujetan a la legislación, atribuida al poder ilimitado de las mayorías parlamentarias, el derecho internacional modelo Westfalia, propiamente, no constituye un ordenamiento jurídico a cuyas normas sus miembros estén igualmente sometidos. Este es más bien un sistema de relaciones pacticias entre estados soberanos, en el cual rige la ley del más fuerte dictada por las políticas de potencia; que es la ley propia del estado de naturaleza en el que, como escribieron Thomas Hobbes y John Locke, se encuentran de hecho los estados en sus relaciones entre ellos.

Así ha sucedido que en ausencia de límites internos a los poderes legislativos y de gobierno de las mayorías parlamentarias, y de límites externos a las soberanías estatales, también el estado de derecho y la democracia política dentro de los espacios estatales y la paz en su exterior no pudieran por menos de resultar expuestos a la autodestrucción. Y la autodestrucción se produjo, en Italia y en Alemania, donde fascismo y nazismo conquistaron el poder con medios legales y con medios legales destruyeron tanto el estado como la democracia. En efecto, en ausencia de límites, la política puede muy bien llegar a ser deconstituyente y destructiva, en vez de constituyente y progresiva. Además, degeneración totalitaria y guerras mundiales acontecieron, no por casualidad, de forma simultánea, en el treintenio 1915-1945, a causa de la quiebra del derecho y de la razón jurídica tanto dentro como fuera de los estados nacionales.

2. EL CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO Y EL SEGUNDO MOMENTO CONSTITUYENTE DEL DERECHO Y DE LA POLÍTICA MODERNA

Fue a partir de las lecciones extraídas de estas tragedias producidas en Europa, cuando, tras la segunda guerra mundial y la liberación de los regímenes fascistas, se produjo en Europa un segundo momento constituyente de la modernidad jurídica y un segundo cambio de paradigma tanto del estado de derecho como de la política. El cambio consistió en la afirmación, mediante la estipulación de pactos de convivencia pacífica y de cartas de derechos supraordenadas a la función legislativa y de gobierno, de la artificialidad no solo del derecho producido en cada ocasión por la política, sino también de los principios y de los valores a los que uno y otra deben sujetarse.

Este segundo cambio de paradigma del derecho y de la política se dio, en el cuatrienio 1945-1959, y merced a una política constituyente desde arriba generada también por las guerras de liberación desde abajo, a través de la fundación de las democracias constitucionales en los países que se habían liberado de los fascismos, por un lado, y de un nuevo orden internacional, por el otro. En ambos casos, el cambio se produjo mediante el instrumento del derecho positivo y con un mismo tipo de acto constituyente, equivalente a un firme «¡nunca más!» a los pasados horrores de las guerras y de los fascismos: la constitucionalización del principio de la paz y de los derechos humanos en el derecho internacional, a través de la Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a las que seguirían los Pactos sobre los derechos

de 1966 y después las diversas cartas supranacionales de derechos de carácter regional; la constitucionalización del principio de igualdad y de los derechos fundamentales, incluidos esos derechos a la supervivencia que son los derechos sociales, en las constituciones nacionales nacidas de la liberación de regímenes fascistas o autoritarios, como la Constitución italiana de 1948, la Ley Fundamental alemana, y después la Constitución portuguesa de 1976, la española de 1978 y las nuevas constituciones aprobadas en América Latina tras la caída de las dictaduras militares.

Este es el significado, de nuevo enteramente político, del *constitucionalismo jurídico*, por ello concebible como un reforzamiento y un perfeccionamiento del positivismo jurídico, ampliado por aquel a las opciones sustanciales, en otro caso arbitrarias, a las que deben ajustarse las acciones de gobierno y la legislación. Es como, gracias a las constituciones rígidas introducidas en los ordenamientos estatales, experimentó un cambio relevante la relación entre política y derecho. Si con el primer momento constituyente el derecho estaba subordinado a la política como fuente primaria de su producción, con este segundo momento constituyente es la política la que se subordina al derecho y, más precisamente, a ese supremo derecho que es el pacto constitucional estipulado como condición de la civil y pacífica convivencia. La política sigue siendo, obviamente, la fuente y el motor del derecho, en virtud del postulado del positivismo jurídico. Pero, a causa de la rigidez del constitucionalismo jurídico, su legitimidad depende del respeto y de la actuación del proyecto político diseñado y positivizado por la constitución. La positivización del derecho se articula así en dos momentos: el momento constituyente, que es el momento alto, extraordinario y supremo de la política tal y como se manifiesta en la estipulación de los derechos fundamentales como límites y vínculos a todos los poderes públicos, y el momento legislativo, que es el momento ordinario y corriente de la política, es decir, de la correcta actuación e implementación de tales derechos a través de la introducción y el respeto de las correspondientes garantías. En efecto, las constituciones diseñan el proyecto jurídico del futuro, esto es, los principios que las leyes ordinarias deben garantizar y actuar. De aquí, de nuevo, dos espacios de la política, desde arriba y desde abajo.

El espacio de la política ordinaria desde arriba es un espacio generado por los límites y los vínculos impuestos a ella por el proyecto constitucional. Este es diseñado por el paso atrás impuesto a la política por la prohibición de lesión o de interferencia en el ejercicio de los derechos de libertad, y por el paso adelante impuesto a la misma por la obligación de actuar los derechos sociales. En efecto, si, por un lado, todos los derechos constitucionalmente establecidos, son límites a la acción de la política, por otro requieren leyes de actuación que introduzcan las garantías correspondientes. A diferencia de los derechos patrimoniales que nacen junto con sus garantías —la deuda junto al crédito, la prohibición de lesión junto a los derechos reales— las garantías de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, deben ser introducidas por la legislación ordinaria: las leyes en materia de sanidad pública en garantía del derecho a la salud, las leyes sobre la enseñanza pública en garantía del derecho a la educación, las leyes sobre la previsión social y la asistencia en garantía de los correspondientes derechos a la subsistencia, pero también las normas penales en garantía de la vida y de la inmunidad de las personas frente a las ofensas arbitrarias. Son precisamente estos límites y estos vínculos los que conforman la que he llamado la «esfera de lo no decidible» —es decir, la esfera de lo que no puede ser decidido (la limitación de los derechos de libertad) y de lo que no puede dejar de decidirse (la satisfacción de los derechos sociales)— y por eso circunscriben normativamente los espacios de la política desde arriba: que son los espacios y los tiempos en los que, sobre todo en los primeros treinta años de la segunda posguerra, se edificó en Europa la democracia constitucional

en sus dos dimensiones, la formal de la representación política y la sustancial de las garantías de los derechos fundamentales.

También el espacio de la política desde abajo resulta generado por el proyecto constitucional. De forma análoga al generado por el primer positivismo jurídico, este es el fruto de un corolario del principio de legalidad constitucional: de la separación ya no solo entre justicia y validez, sino también entre validez y existencia del derecho, en virtud de una nueva divergencia entre principios y derechos constitucionales y realidad efectiva del derecho vigente, divergencia fisiológica pero patológica más allá de un cierto límite. En efecto, pues si es verdad que solo adquiere existencia todo y solo el derecho producido en las formas por él mismo establecidas, entonces la existencia de las normas se separa también, no solo de su justicia, sino de su validez jurídica, siendo perfectamente posible que adquieran existencia normas inválidas por ser incompatibles con los principios constitucionales, o no la alcancen normas de actuación implicadas e impuestas por los principios constitucionales. La virtual, fisiológica existencia del derecho ilegítimo —que parecía a Kelsen, ligado todavía al estado legislativo de derecho, una «contradicción en los términos»— se ha convertido por eso en el rasgo característico de las actuales democracias constitucionales. A la lucha por la justicia se añade así la lucha por el derecho constitucionalmente legítimo. Más aún, sobre todo el derecho ilegítimo —las antinomias por acción y las lagunas por omisión— constituye hoy el espacio principal de las luchas sociales por su transformación y de la política de oposición desde abajo, así como el objeto privilegiado de la doctrina jurídica y de la reflexión teórica.

No fisiológica, sino del todo patológica además de ilegítima es, en cambio, la divergencia, provocada por la casi total ausencia de garantías, entre principio de la paz y derechos humanos estipulados en esa embrionaria constitución del mundo formada por la Carta de la ONU y las diversas convenciones internacionales, y la realidad efectiva de las relaciones entre los estados. La legalidad internacional ha sido abiertamente violada, al haberse acudido tantas veces a la guerra, recuperada como medio de solución de las controversias entre estados, con los desastrosos efectos que están a la vista de todos: de la primera guerra del Golfo a la intervención armada contra Serbia en la ex Yugoslavia, de la guerra en Afganistán y después de nuevo en Irak, hasta la guerra en Libia y el terrorismo yihadista que ha estallado también a raíz de estas guerras. No se ha construido una esfera pública global a la altura de los procesos de globalización, con el resultado de que los poderes económicos y financieros se han desarrollado como poderes absolutos y salvajes. El sueño de la unificación europea está convirtiéndose en una pesadilla, a causa de políticas demenciales y autolesivas de los órganos de la Unión que han entregado sustancialmente el gobierno de la economía y de las finanzas a la libre ley del mercado. Por otro lado, gran parte de los poderes políticos y económicos, sometidos en el pasado al derecho de los estados, se han desplazado fuera de las fronteras estatales: los poderes políticos de los países europeos han sido transferidos a los órganos comunitarios de la Unión y a instituciones informales como los distintos G7, G8 o G20; los poderes económicos y financieros que cuentan se han transformado en esos nuevos soberanos absolutos, anónimos, impersonales e irresponsables que son los mercados globales. De aquí la asimetría entre el carácter global de los espacios de la economía y del capital financiero, generado por la libre circulación de capitales y el carácter todavía prevalentemente local de los espacios de la política y del derecho, en la que corre el riesgo de hundirse el constitucionalismo democrático. En efecto, estado de derecho y democracia, legislación y constitución se desarrollaron y modelaron históricamente dentro de los espacios de los estados nacionales, en los que derecho y política continúan preferentemente anclados todavía. Y por eso corren el riesgo de permanecer como cascarones vacíos de contenido desde el momento en que tanto el estado como

la política han abandonado en gran parte las sedes representativas y constitucionalmente vinculadas de los estados, deslocalizándose en los espacios globales, fuera de sus ámbitos de competencia.

3. EL ACTUAL DECLIVE DEL CONSTITUCIONALISMO. PROCESOS DECONSTITUYENTES

Lo que hoy exactamente se está produciendo es este vaciamiento de la política y del derecho. La política, repito, puede también destruir los derechos. Puede reducir, y no solo poner límites y vínculos a los poderes. Puede muy bien ser deconstituyente en vez de constituyente. Y puede serlo también bajo las formas no violentas ni directamente destructivas con que lo fue en el treintenio de las guerras mundiales y los fascismos del siglo pasado. Ya sea de formas pacíficas, a través de silenciosas involuciones autoritarias, democracia y derechos pueden ser banalizados desde arriba, con políticas anticonstitucionales, y también desde abajo cuando no sean defendidos ni ejercidos. Por lo común, los dos procesos deconstituyentes marchan juntos. En el siglo pasado, por ejemplo, fascismo y nazismo destruyeron desde arriba la democracia y los derechos. Pero pudieron hacerlo a causa de su aceptación desde abajo. Del mismo modo, hoy, los derechos son agredidos desde arriba y desde abajo, en ambos casos por un vacío de política. Desde arriba, por la subalternidad de la política a los mercados: el vacío de poder no existe, y cuando los poderes políticos retroceden, otros poderes, los económicos y financieros avanzan y toman la delantera. Desde abajo por la esterilización política de la sociedad, la desmovilización territorial de los partidos, la difusión de racismo y egoísmos sociales y la quiebra de la representación.

De aquí el proceso deconstituyente en curso en casi todos los países occidentales. En Italia el proceso se puso en marcha en los años ochenta del siglo pasado y se manifiesta en una progresiva degeneración del sistema político, en una creciente reducción del estado social y en un lento proceso de restauración social y de regresión cultural. La crisis incidió en primer lugar sobre la dimensión política y representativa, al explotar en los primeros años noventa con el descubrimiento, por obra de la jurisdicción penal, de una ilegalidad estructural del sistema político y del crecimiento, tras la fachada legal de las instituciones representativas, de un infraestado clandestino, dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos, dirigido a la apropiación privada de la cosa pública o, lo que es peor, coludido con poderes criminales y subversivos como mafias, camorras, logias masónicas y servicios secretos desviados. Es una crisis simultánea con la pérdida progresiva de proyecto y representatividad de los partidos políticos y con la creciente separación de la sociedad. Los viejos partidos con arraigo en la sociedad han sido sustituidos, gracias también a las reformas de las leyes electorales en sentido mayoritario, por partidos ligeros, personalizados de distintas maneras, dirigidos a obtener el consenso pasivo de los ciudadanos más que a organizar su participación activa en la vida política. La comunicación se produce cada vez más solo de arriba abajo y cada vez menos de abajo arriba: ya no hay representantes que comunican desde abajo instancias y propuestas a la esfera pública, sino que, al contrario, son los representantes los que transmiten desde arriba la agenda política a través de los partidos, transformados en el mejor de los casos en máquinas electorales de propaganda y, en el peor, en grupos de intereses expuestos a contaminaciones indeseables. Y las elecciones ya solo cumplen la función de ofrecer al conjunto la necesaria legitimación «democrática».

En estos últimos treinta años, a esta crisis de la democracia política y a la vez de la legalidad ordinaria, se ha añadido un proceso paralelo de desgaste de la legalidad constitucional. La constitución es vista por el sistema político como un obstáculo al decisionis-

mo gubernativo. Se le inculpa de la ineficiencia de las instituciones, y la ausencia de su reforma se asume como coartada y justificación de la ineptitud de la clase del gobierno. Primero con las propuestas socialistas de «gran reforma» en sentido presidencial, luego con el extenuante debate sobre las reformas institucionales, en fin con dos reformas radicales, en 2005 y en 2016, rechazadas ambas por el voto popular, la Constitución italiana se ha convertido en el blanco de un ataque generalizado en el que se expresa la intolerancia de las reglas por parte de los que no toleran, no tanto la carta constitucional de 1948, como la idea de constitución, es decir, el constitucionalismo como sistema de límites y vínculos a los poderes públicos.

Así, hoy en nuestros países la democracia constitucional, en el mejor de los casos, está reduciéndose progresivamente a las formas democráticas de las competiciones electorales: a la que Michelangelo Bovero ha llamado «autocracia electiva». He dicho en el mejor de los casos, dado que también el método electoral puede no ser democrático, como ha sucedido con el llamado *Porcellum*, con el que en Italia se ha votado en las elecciones políticas durante casi un decenio y que fue sustancialmente reproducido, aunque censurado como inconstitucional, por el llamado *Italicum*, que al igual que el primero confería a la minoría mayor la mayoría absoluta de los escaños y que por eso ha sido también declarado parcialmente inconstitucional.

Pero más allá de las leyes electorales, se han violentado, por el vaciamiento de la política, ambas dimensiones de las actuales democracias constitucionales: la forma representativa de las funciones legislativas y de gobierno (del «quién» y el «cómo» de las supremas decisiones) y la sustancia de su ejercicio (del «qué» está prohibido o bien es obligatorio decidir), es decir, los límites y los vínculos de contenido impuestos a aquellas por los derechos constitucionalmente establecidos. Por lo demás, forma y sustancia de la democracia están conectadas entre sí, dado que la crisis de la primera trastorna también, inevitablemente, la segunda. Desde hace años el conjunto de los partidos políticos —en Italia, pero no solo en Italia— ya no representa nada. Los partidos son hoy las instituciones más desacreditadas. Y su descrédito se ha transferido en gran parte a los parlamentos y a la democracia política misma. Ha crecido la abstención y ha cambiado la calidad del voto. No se vota «por», sino solo o preferentemente «contra»: por lo menos malo, por desprecio o por miedo a las otras formaciones.

Ahora bien, son dos los efectos de esta desmovilización social de los partidos. El primero es la personalización de la política y la relación directa, orgánica, ya no mediada por los partidos, entre jefes y pueblo, entendido el pueblo como un todo indiferenciado. Con la consecuencia de que un cambio profundo de las subjetividades sociales: ya no las viejas subjetividades políticas organizadas por los partidos y sindicatos sobre la base de las luchas inclusivas contra las *desigualdades* a través de las reivindicaciones de los derechos de los más débiles, sino las subjetividades de tipo identitario —nacionalista, religioso o abiertamente racista— basadas por el contrario sobre la movilización de los grupos más débiles en las luchas excluyentes contra las *diferencias* —de nacionalidad, religión o etnia— de los que son aún más débiles. De aquí la inversión del viejo conflicto de clases, alimentada por todos los populismos: ya no las luchas de los de abajo contra los de arriba, sino la guerra entre pobres, del que está abajo contra el que está más abajo todavía, de los penúltimos contra los últimos como los migrantes, sobre todo si clandestinos, de los sin garantías contra los garantizados, de los marginados contra quien lo es más aún o al revés, como modo de obtener el consenso de unos mediante la reducción de los derechos o la represión de los otros.

El segundo efecto de esta quiebra de la representatividad del partido político afecta a la sustancia de la democracia constitucional. Es gracias a él como se ha hecho posible

la agresión a los derechos sociales y del trabajo: los recortes del gasto destinados a la educación y a la sanidad pública; la monetarización de las prestaciones sanitarias en contraste con el carácter universal y por ello igual y gratuito del derecho a la salud; la precarización del trabajo y el crecimiento de la pobreza; en síntesis, la sustitución de las políticas sociales por políticas de orden público contra los migrantes y otros marginados dirigidas a satisfacer y, más aún, a alimentar el miedo. A causa de este cambio de las políticas de gobierno, hoy, en Italia, más de once millones de personas renuncian a la medicina pública por ser demasiado costosa, y por primera vez en la historia de la república han bajado las expectativas de vida de las personas. Distancia de la sociedad y políticas antisociales son, por lo demás, las dos caras de la misma moneda. En efecto, pues los gastos sociales pueden reducirse tanto cuanto ha crecido, hasta llegar a ser abismal, la distancia entre el sistema político y la sociedad, y los ciudadanos solo pueden expresar consenso o disenso en relación con las políticas de gobierno y no «concurrir» también a «determinarlas» como querría, en cambio, el art. 49 de la Constitución.

Por lo demás, se trata de una distancia que nuestra clase política concibe no como un defecto, sino, al contrario, como un objetivo, tenazmente perseguido desde hace años con reformas electorales y revisiones constitucionales. En efecto, pues esta distancia es una condición necesaria de la llamada gobernabilidad. Donde «gobernabilidad» quiere decir que se puede gobernar ejecutando las conveniencias y las directivas de los mercados, solo si el sistema político se libera de los límites y los vínculos democráticos, tanto los de abajo como los de arriba. En primer lugar, de los vínculos desde abajo, a través de la desmovilización social de los partidos, la neutralización de sus funciones de dirección política y la degradación de las elecciones a concursos de belleza entre candidatos que se confronta sobre cuestiones marginales, al ser sus programas sustancialmente idénticos y no existir, como todos repiten, alternativas a las políticas de austeridad dictadas por la economía y por el capital financiero; en segundo lugar, de los límites y de los vínculos desde arriba, gracias a la desaparición, del horizonte de la política, del proyecto constitucionalmente normativo de la reducción de las desigualdades, de la actuación de las garantías de la salud, la educación y la subsistencia y de la consiguiente redistribución de la riqueza a través de una fiscalidad realmente progresiva. En síntesis, la política de gobierno ha podido liberarse de los vínculos constitucionales desde arriba al haberse liberado de los vínculos desde abajo.

La codiciada gobernabilidad no es más que esta omnipotencia y verticalización de la política en la relación con los ciudadanos y sus derechos, necesaria para que se hagan reales su impotencia y subalternidad a los dictados de los mercados. La misma equivale a una verdadera abolición de la *jerarquía democrática de los poderes*, que querría en el vértice a las fuerzas sociales organizadas en los partidos, los sindicatos y los movimientos, como titulares de las funciones de dirección política frente a las instituciones públicas, por eso llamadas «representativas», dotadas a su vez, de funciones y de capacidad de gobierno para la tutela de los intereses públicos, de los que los primeros son las garantías de los derechos fundamentales de todos frente a los poderes económicos y financieros. Hoy aquella jerarquía ha experimentado un vuelco. En el vértice se han situado esos nuevos soberanos absolutos que son los mercados globales, que son los que de hecho orientan y condicionan la acción de gobierno, tan responsable en la relación con ellos como irresponsables frente a la sociedad.

Por otra parte, la ausencia de la esfera pública determina el desarrollo de poderes salvajes, sean políticos o económicos, dotados de una tal potencia destructiva que carece de un equivalente en el pasado. Una política racional a la altura de los desafíos globales y de los peligros de catástrofes requeriría hoy una lucha contra el tiempo. En efecto, hay

una terrible novedad con respecto a las catástrofes del pasado. Nuestra generación ha acarreado daños irreversibles al ambiente natural en una loca carrera hacia el desarrollo insostenible. Ha destruido enteras especies animales, consumido gran parte de nuestros recursos energéticos, envenenado el mar, contaminado el aire y el agua, deforestado, desertizado y cubierto de cemento millones de hectáreas de tierra. En fin, ha llenado el mundo de artilugios nucleares con capacidad para destruirlo varias veces. Siempre, de las demás catástrofes, incluso de las más terribles —piénsese en la segunda guerra mundial y en el horror del holocausto— la razón jurídica y política extrajeron lecciones, formulando nuevos pactos constitucionales para evitar su repetición, consistentes en nuevos «¡nunca más!». A diferencia de todas las otras catástrofes pasadas de la historia humana, la catástrofe ecológica es en gran medida irremediable, y quizá no estemos a tiempo de extraer las debidas lecciones. Por primera vez en la historia existe el peligro de que se tome conciencia de la necesidad de cambiar de camino y de estipular un nuevo pacto cuando sea ya demasiado tarde.

4. POR UNA REFUNDACIÓN DE LOS ESPACIOS DE LA POLÍTICA, DESDE ARRIBA Y DESDE ABAJO

Llegados a este punto, preguntémonos: ¿es posible superar la actual crisis, esto es, refundar la democracia, dando un vuelco al derribo ya ilustrado de la jerarquía democrática de los poderes? Similar perspectiva corresponde a una utopía, de modo que tendremos que archivar la idea misma de democracia (y más aún de socialismo) como la ilusión de una breve etapa del pasado, o bien puede concebirse como un proyecto político que es posible, más aún, necesario realizar, si se quiere garantizar la convivencia pacífica y antes aún la supervivencia del género humano? Yo creo que el principal sostén de la primera hipótesis, es decir, de la tesis de la inmutabilidad del estado de cosas existente, y el principal obstáculo para la aceptación de la segunda, es la idea de que «no existen alternativas» a este estado de cosas, repetida como ya he recordado por todos los gobernantes y quienes los apoyan.

Es claro que una idea semejante equivale a la tesis del fin no solo de la democracia, sino también, y antes aún, de la política, transformada por ella en la ejecución tecnocrática de las directivas provenientes del mundo de los negocios. Es la opción por el positivismo jurídico, y consecuentemente de la política como transformación de lo existente, lo que nos permite decir que la actual inversión de las relaciones entre los poderes no tiene nada de natural ni de necesario, sino que es solo el fruto de una abdicación de la política de su papel de proyección del derecho y de gobierno de la economía. Este papel de la política, es bueno recordarlo, forma parte del constitucionalismo profundo, antes aún que de la democracia, del estado moderno nacido de la separación de la esfera pública de la esfera económica como esfera de gobierno supraordenada a esta, en oposición al estado patrimonial y feudal del *ancien régime* basado en la confusión entre las dos esferas. Y representa un corolario del positivismo jurídico, esto es, de la idea de la artificialidad del derecho, como de la economía, la responsabilidad de cuya desestructuración y desregulación corresponde a la política.

Por eso, se puede concebir la refundación de la política y de la democracia como una cuestión de reestructuración y separación de los poderes y de redefinición de los correspondientes espacios y tiempos, del mismo modo que el declinar tanto de una como de la otra ha sido una cuestión de desestructuración y confusión de poderes y de inadecuación de los correspondientes espacios y tiempos. En efecto, se ha manifestado una doble aporía que aflige y amenaza a nuestras democracias y al futuro mismo de la humanidad: una relativa a los espacios, la otra relativa a los tiempos de la política, los

primeros demasiado angostos y los segundos demasiado restringidos con respecto a los desafíos y a los problemas planetarios generados por la globalización. Vinculada al consenso de las poblaciones que está llamada a representar y gobernar, la política actual, en efecto, conoce solo el corto plazo determinado por las cadencias electorales, o peor aún los tiempos brevísimos ligados a los sondeos de opinión, así como los espacios restringidos diseñados por los confines de los territorios nacionales, o, lo que es peor, por las circunscripciones electorales. Por eso está afectada de localismo y de presentismo. No se hace cargo ni de los problemas mundiales, ni del planeamiento del futuro, dado que no conoce ni el largo plazo, ni los espacios planetarios de los desafíos globales que hoy deberían diseñar los horizontes tanto de la democracia como de cualquier política racional.

Por eso la redefinición y la refundación de los espacios de la esfera pública que hoy se requieren si queremos que política y derecho se sitúen a la altura de los problemas globales. Lo que además se precisa, para que el paradigma constitucional sea capaz de hacer frente a los desafíos mundiales, no es tanto la institución de un improbable y quizá ni siquiera deseable reproducción de la forma estado nacional a escala supranacional —una suerte de superestado planetario, aunque fuera basado sobre la democratización política de la ONU— como sobre todo la introducción de técnicas, funciones e instituciones adecuadas de garantía. Puede servir al respecto una reformulación y una actualización de la clásica separación de poderes de Montesquieu, que he propuesto en diversas ocasiones: la distinción entre *instituciones de gobierno* e *instituciones de garantía*. Las instituciones de gobierno son las investidas de funciones políticas de opción y de innovación discrecional en orden a la que he llamado la “esfera de lo decidible”: no solo, pues, las funciones propiamente gubernativas de dirección política y de opción administrativa, sino también las funciones legislativas. Es claro que estas funciones, al estar legitimadas, en democracia, por la representación política, es bueno que permanezcan lo más posible bajo la competencia de los estados nacionales y así ancladas en los espacios de sus territorios.

Un espacio distinto y mucho más amplio se requiere en cambio para las instituciones y las funciones de garantía, legitimadas no por el consenso popular sino por la universalidad de los derechos fundamentales y del principio de la paz establecidos por las diversas cartas constitucionales y supranacionales. En primer lugar, las funciones administrativas que podemos llamar de «garantía primaria», al estar dirigidas a la garantía de los derechos fundamentales en vía primaria, como las instituciones educativas, las sanitarias, las de tutela del medio ambiente y de la paz. En segundo lugar, las funciones jurisdiccionales, que cabe llamar de «garantía secundaria», cuyo papel consiste en la comprobación y en la reparación de las violaciones del derecho, y en particular de los derechos fundamentales y de sus garantías primarias.

Son estas funciones y estas instituciones de garantía, tanto primarias como secundarias, bastante más que las funciones e instituciones de gobierno, las que una política racional desde arriba tendría que desarrollar a escala global en actuación del paradigma constitucional. Al estar legitimadas, no por el consenso de las mayorías sino por la sujeción al derecho y por la universalidad de los derechos fundamentales, estas funciones y estas instituciones no solo pueden, sino que en muchos casos deben ser introducidas en el plano internacional. Gran parte de tales funciones —en materia de medio ambiente, criminalidad transnacional, gestión de bienes comunes y reducción de las desigualdades— guardan relación con problemas y espacios globales, como la defensa del ecosistema, el hambre en el mundo, las enfermedades no curadas de millones de personas, la paz y la seguridad, que requieren respuestas globales que solo institucio-

nes globales serán capaces de ofrecer. Es en la ausencia de estas funciones y de estas instituciones globales de garantía donde reside la verdadera, gran *laguna* del actual derecho internacional, equivalente a su violación más visible. En efecto, pues hecha excepción del aún débil y tímido Tribunal Penal Internacional, faltan por completo las funciones y las instituciones de *garantía secundaria* destinadas a intervenir contra las violaciones de los derechos. Pero es todavía mayor la ausencia de las *garantías primarias* y sus correspondientes funciones e instituciones: en primer lugar, las garantías de la paz y la seguridad; en segundo lugar, las funciones y las instituciones de garantía de los derechos sociales, como los derechos a la alimentación, a la salud, a la educación, a la tutela del medio ambiente, no obstante su proclamación por tantas cartas constitucionales e internacionales.

Es claro que solo situándose a la altura de los actuales espacios globales de la economía y del capital financiero, la política podrá reapropiarse de las funciones de gobierno de la economía, en garantía de los derechos y de los bienes vitales de todos, poniendo fin a la rigidez que caracteriza a las actuales políticas de austeridad: ya no más la primacía de la ley del mercado y la estabilidad presupuestaria, sino la primacía de las constituciones y la garantía de los derechos en ella establecidos como la verdadera absoluta prioridad, rígidamente incondicionada y supraordenada a cualquier otra. Más en general, la expansión de todos los espacios de la esfera pública está requerida por la mundialización de todos los problemas más graves y urgentes —la paz, la salvaguardia del medio ambiente, el fenómeno migratorio, el crecimiento de la desigualdad y la muerte por hambre y enfermedades no curadas de millones de seres humanos— que demandan ser afrontados por una esfera pública, capaz de invertir la relación entre poderes políticos y poderes económicos y financieros. Si es cierto que el principal factor del despotismo de estos últimos poderes es la asimetría entre su carácter global y el carácter todavía prevalentemente estatal de la política y del derecho, anclados en los espacios nacionales, una respuesta racional a la actual crisis de la democracia y de la política debería consistir en la institución de un gobierno siquiera europeo de la economía, en la creación de adecuadas instituciones de garantía supranacionales y en el desarrollo de políticas sociales, económicas y ambientales de nivel global.

Hay, en fin, una última refundación de los lugares y los espacios de la política necesaria como presupuesto, no solo de la restauración de la representación, de la construcción de una esfera pública supranacional o cuando menos europea basada en una renovada jerarquía democrática de los poderes. Es la consistente en la recomposición del espacio social de la política desde abajo, a través de las reformas idóneas para devolver a la sociedad los lugares de formación de la voluntad popular. Ya he hablado de la transformación de los partidos y del sistema político por efecto de la verticalización y de la personalización de unos y otro. Esta mutación ha sido el fruto de opciones políticas en absoluto obligadas y con toda seguridad reversibles, de existir voluntad política. En estos años, los partidos se han estatalizado sustancialmente, instalándose en las instituciones públicas tanto como se han separado de sus bases sociales. Se han transformado en órganos del estado, cesando de ser órganos de la sociedad. Hoy, en el debate político, se da por descontado que los partidos pertenecen a una época del pasado y no son reformables. En cambio, hemos de ser conscientes de que, como Hans Kelsen advirtió hace un siglo, sin partidos, una democracia fundada en el sufragio universal no puede funcionar y degenera inevitablemente en oligarquía o en autocracia; y que la hostilidad a los partidos oculta, en realidad, una hostilidad a la democracia.

La auténtica cuestión constitucional, previa a cualquier otra, es entonces la de una reforma de los partidos —en Italia, la actuación del art. 49 de la Constitución— dirigida

a imponer sus reglas elementales de democracia interna y, sobre todo, su separación de las instituciones públicas, comenzando por las electivas, sobre la base de la rígida incompatibilidad entre cargos de partido y cargos públicos. También en este caso se trata de actualizar la clásica separación de poderes de Montesquieu, formulada cuando no existían ni partidos políticos ni democracia representativa, ampliándola a la separación entre poderes e instituciones de gobierno, a las que corresponde la política desde arriba, y organizaciones y poderes sociales, a los que compete la política desde abajo. Se trata de una separación no menos esencial que la institucional entre poderes públicos, que es necesaria para garantizar la alteridad entre representantes (las instituciones electivas) y representados (los partidos en los que operan y se reconocen los electores), el control y la responsabilidad de los primeros frente a los segundos y el «derecho» de los ciudadanos para, como dice el art. 49 de la Constitución italiana, «concurrir con método democrático a determinar la política nacional» a través de los partidos.

En definitiva, los partidos deberían estar por completo en la sociedad, como órganos sociales y no institucionales, representados y no representantes. Naturalmente, sus dirigentes estarían, normalmente y como regla, destinados a ser elegidos en las instituciones políticas representativas. Pero en tal caso deberían dejar su puesto en el partido a otros dirigentes, capaces de orientarlos y controlarlos: comenzando por el partido del gobierno, que debería mantener frente al mismo gobierno una distancia y un papel crítico idóneo para responsabilizarlo. Solo así los partidos recuperarían credibilidad, capacidad de atracción social y, sobre todo, funciones de dirección política y de constante control sobre lo actuado por los representantes elegidos siendo ellos el cauce en las instituciones públicas. Solo así podrán encontrar de nuevo un sentido la militancia y la participación de las personas en la política y con ello su concurso a determinar el contenido de esta.

5. LA HIPÓTESIS DE UN TERCER MOMENTO CONSTITUYENTE Y DE UN TERCER CAMBIO DE PARADIGMA DE LA POLÍTICA Y DEL DERECHO. LAS INSIDIAS DEL REALISMO

Obviamente, todos estos procesos de refundación de los espacios de la política, tanto desde arriba como desde abajo, parecen hoy inverosímiles. Solo cabe esperar que la urgencia de los desafíos globales —de las devastaciones medioambientales al desarrollo industrial desregulado e insostenible, del crecimiento de las desigualdades y de la miseria a los flujos migratorios incontenibles, del desarrollo de los terrorismos y del crimen organizado a los peligros de guerra incluso nuclear— constreñirá a respuestas globales, en la dirección de procesos, aunque sea sectoriales, de creciente y progresiva integración: de la llamada *Tasa Tobin* sobre las transacciones financieras a las medidas contra los paraísos fiscales y a una fiscalidad realmente progresiva y capaz de golpear, con alcúotas hasta del 99% a los enriquecimientos ilimitados como los actuales (según el último informe Oxfam, la riqueza de las ocho personas más ricas del mundo equivale a la de la mitad más pobre de toda la humanidad); de la institución de un salario mínimo de trabajo y de una renta base de ciudadanía a la tendencial unificación global, o al menos europea, del derecho del trabajo, para impedir que las inversiones se desplacen a los lugares en que los trabajadores no tienen derechos; de la construcción de un demanio planetario o al menos europeo, capaz de impedir la privatización, la destrucción y la mercantilización de bienes vitales como el agua y el aire, hasta el reforzamiento de instituciones planetarias de garantía como la FAO y la Organización Mundial de la Salud. Por lo demás, la historia y la geografía demuestran que los gastos en derechos sociales, más que fines en sí mismos, son las inversiones económicamente más productivas: Italia y

Alemania, a al final de la guerra eran un montón de escombros, llegaron a ser incomparablemente más ricas respecto de su pasado y respecto de los países más pobres del mundo, gracias a la construcción del estado social y de las garantías del trabajo. Esto, cuando la actual crisis y la recesión en Italia y en Europa han llegado en simultaneidad con la restricciones de los derechos sociales y de los derechos de los trabajadores.

Es pues evidente que esta ampliación del espacio de la política desde arriba solo podrá acontecer de resultar demandada e impuesta por un alargamiento desde abajo de los espacios tanto de la política como del conflicto social: en otras palabras, del desarrollo de un nuevo internacionalismo, basado en el carácter universal de los derechos y de los bienes fundamentales como derechos y como bienes de todos. Un desarrollo similar impone hoy la rehabilitación urgente de la razón política y jurídica —de la *artificial reason* invocada por Thomas Hobbes en apoyo del contrato social— sustentada por el cambio de la noción de interés público o general: que ya no es el interés nacional y tampoco el interés de clase, sino un interés de todos, dado que tiene que ver con la supervivencia de la humanidad. En efecto, más allá de las diferencias de nacionalidad, de clase y de opiniones políticas, incluso más allá de las desigualdades económicas, los seres humanos están hoy unificados por un interés vital común, representado por la necesidad de imponer límites y vínculos garantistas al desarrollo desregulado y salvaje del capitalismo global, para impedir las catástrofes de otro modo inevitables: las devastaciones medioambientales consiguientes a un desarrollo industrial ecológicamente insostenible; la amenaza nuclear en un mundo saturado de armamentos incomparablemente más mortíferos que los de la época de Hobbes; en fin, el crecimiento exponencial de la desigualdad, de la miseria y del hambre y el desarrollo incontrolado de la criminalidad organizada y del terrorismo.

De aquí la necesidad de una tercera fase del positivismo jurídico y del constitucionalismo, de un tercer momento constituyente y de un tercer cambio de paradigma del derecho y de la política a través de la ampliación progresiva de los espacios de uno y otra: el desarrollo, sobre todo, de un constitucionalismo europeo, también mediante la institución de una Asamblea Constituyente Europea; en segundo lugar, de un constitucionalismo internacional, mediante el desarrollo, como ya he dicho, de instituciones globales de garantía a la altura de los nuevos poderes transnacionales y de las amenazas que de ellos se siguen para los derechos y los bienes fundamentales de todos. Más precisamente, cabe indicar cuatro expansiones del constitucionalismo, hoy más urgentes que nunca, correspondientes a otras tantas dimensiones, formas y niveles de este: en primer lugar, un *constitucionalismo social*, en garantía de los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia, agregado al viejo constitucionalismo liberal y en sustitución de las formas burocráticas del viejo estado social; en segundo lugar, un *constitucionalismo de los bienes fundamentales* como el agua, el aire, la alimentación básica y los fármacos salva-vida, a través de su sustracción al mercado como bienes demaniales y su distribución al cuidado de la esfera pública, junto al actual constitucionalismo de los solos derechos; en tercer lugar, un *constitucionalismo de derecho privado*, como sistema de límites a los poderes del mercado, añadido al actual constitucionalismo de derecho público; en cuarto lugar, y sobre todo, un *constitucionalismo de derecho supranacional* junto al actual constitucionalismo solo nacional, capaz de garantizar la paz y la seguridad mediante la actuación de la igualdad en los derechos de todos a la prohibición de las armas —de todas las armas de fuego y no solo de las armas de guerra— hoy responsables de millones de muertes cada año. Son cuatro expansiones del constitucionalismo, y por eso del positivismo jurídico, consistentes en la positivización de otras tantas clases de garantías de los derechos y de los bienes fundamentales como límites y vínculos a los poderes globales, tanto políticos como económicos, hoy desregulados.

Las actuales políticas, ciertamente, no permiten ningún optimismo. Pero no debemos confundir lo que los poderes económicos y políticos no quieren hacer con lo que es imposible hacer, otorgando de este modo una legitimación teórica al estado de cosas existente y ocultando las responsabilidades de la política y los potentes intereses que la condicionan. Contra esta falacia pseudo-realista hemos de ser conscientes del hecho de que la verdadera falta de realismo consiste en la idea de que la realidad pueda permanecer indefinidamente tal como es, del desarrollo industrial insostenible al crecimiento de las desigualdades, sin ir al encuentro de la autodestrucción; y que la presión de los excluidos en nuestros confines pueda ser afrontada con las leyes y que el cierre de fronteras pueda convivir con un futuro de paz.

En realidad, son precisamente estas ilusiones las que alimentan una utopía jurídica regresiva. En efecto, la verdadera oposición no se da entre realismo y utopismo sino entre realismo del corto plazo y realismo del largo plazo. Aunque improbable y por eso concebido como irreal a corto plazo, el proyecto de un constitucionalismo internacional basado en la igualdad de todos los seres humanos, ya diseñado por las diversas cartas supranacionales de derechos, representa, a medio y largo plazo, la única alternativa realista a un futuro de guerras, destrucciones ecológicas, fundamentalismo, racismos, conflictos interétnicos, atentados terroristas, crecimiento del hambre y de la miseria a que daría lugar su quiebra. Es, en suma, un elemental realismo del largo plazo el que impone con urgencia, como condición de supervivencia del género humano, el desarme generalizado y la globalización de las garantías de los derechos fundamentales y de los bienes comunes y vitales, como límites y vínculos a los actuales poderes globales, de otro modo salvajes y destructivos.

En esta perspectiva, hay que reconocer que las migraciones y el creciente nomadismo de la población mundial —por migraciones necesitadas, pero también por migraciones no forzadas— no podrán dejar de contribuir a rediseñar los espacios de la política y del derecho, desanclándolos de los espacios nacionales y expandiéndolos a los espacios transnacionales. Sobre todo, no podrán dejar de poner en el orden del día el problema político de la constitucionalización de la globalización, que no podrá limitarse solo a los mercados y a los capitales, sino que deberá convertirse, a largo plazo, en el terreno de una necesaria refundación de la política, del derecho y de la democracia sobre la base de la igualdad en los derechos de todos los seres humanos, a comenzar por el derecho de libre circulación sobre el planeta. Bajo este aspecto, no es aventurado concebir al pueblo mestizo de los migrantes como el sujeto constituyente de un nuevo orden mundial, basado en la integración global y en la igualdad en los derechos, comenzando por el viejo derecho de emigrar: después del paradigma de las democracias constitucionales nacionales y su crisis, la gradual construcción de una democracia constitucional supranacional y cosmopolita. La alternativa, no es posible ignorarlo, es un futuro de regresión global, brutalmente regresivo, marcado por el desarrollo de la desigualdad —de la pobreza y de la riqueza— y por los peligros crecientes de catástrofes ecológicas, guerras, violencias y terrorismos.

RAZONES Y RAÍCES DEL GARANTISMO*

Dario IPPOLITO

En recuerdo de Mariella

Garantismo es una palabra envilecida, degradada por el abuso. A menudo, y comprensiblemente, suscita sospecha, indiferencia. En el imaginario de muchos, evoca subterfugios procedimentales y astucias curialescas. Suena a falsa, como la cortesía de los patronos y la reverencia de los siervos. Para quien desconfía de ella, equivale a impunidad y privilegio: a legalidad sacrificada en el altar del formalismo jurídico. Irrita como el humo en los ojos; y como el humo disuelve la evidencia de las cosas, anunciando la traición de la verdad y la quiebra de la justicia.

De «palabra violenta» la ha calificado un ilustre magistrado demócrata, contestando su distorsión semántica, su expropiación axiológica, su utilización instrumental «en la defensa de los personajes fuertes de la política y de la economía»¹. Garantismo interesado, garantismo mendigado, garantismo hipócrita, garantismo de los poderosos, garantismo excesivo... la teoría de las adjetivaciones despreciativas es un flujo continuo en el debate público.

«¿Por qué el garantismo tiene mala fama?», pregunta el escritor Tommaso Giartosio en una entrevista a Luigi Ferrajoli². «Porque de él se ha hecho un uso del todo deformante», responde el jurista, defendiendo las razones morales, políticas, epistemológicas del garantismo de los malentendidos que, acumulándose, lo han enturbiado.

¿Cuáles son estas razones? Y ¿por qué defenderlas?

Reflexionemos un instante (*sine ira*). Tratemos de hacerlo pensando en nosotros mismos y no en las envilecedoras crónicas de la legalidad ordinaria. ¿Estamos seguros de que la justicia penal no puede tocarnos con su tosca mano? ¿Tenemos la certeza de que no deben preocuparnos su funcionamiento, sus reglas y sus prácticas? ¿Basta la blanca almohada de nuestra rectitud para depararnos sueños tranquilos? Ciertamente sí, responderá alguno, orgulloso de reivindicar su honestidad. Pero, si bien se mira, en esta respuesta se advierte el signo de una peligrosa ingenuidad.

La ingenuidad puede ser también una virtud. Sin embargo, en el dominio de la política no lo es casi nunca. Su sinónimo, cuando es el poder lo que está en danza, no es franqueza, sino desprevenimiento. Es peligrosamente ingenuo considerarse inmunes —en cuanto «ciudadanos honestos»— frente a las veleidades sancionadoras del estado; con-

* Este texto constituye el prólogo al libro del autor: *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, en preparación por Editorial Trotta.

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez

1 G. Palombarini, «Garantismo. La parola violata»: 15 (2013) p. 21 (www.twill.info) e Id., *Ricominciare dal garantismo: Belfagor*, 3 (2012), p. 326.

2 «Fahrenheit», 9 de junio de 2015, Radio3, disponible en la dirección <http://www.radio3.rai.it/dl/radio3/programmi/puntata/ContentItem-2b93eab6-e00b-4137-905b-bc08b02357d2.html>

siderar las imputaciones y las condenas como problema de otros: de los que, por haber cometido delitos, merecen ser castigados.

Donde rige el principio de legalidad, delito es «todo hecho al que el ordenamiento asocia como consecuencia una pena³». Preguntemos ahora a nuestro orgulloso interlocutor: ¿conoces el elenco completo de este género de actos? O bien: ¿conoces todas las prohibiciones penales? No las principales, esas de las que saben hasta los niños; no las sugeridas por el buen sentido; quiero decir todas las prohibiciones a cuya inobservancia el legislador ha asociado un castigo. ¡Atención!: es necesario que, al menos, respondas afirmativamente a esta pregunta para que puedas considerarte a salvo del riesgo penal.

Estás dudando; y tienes buenos motivos. Si se llamaba «Legión» a los demonios con los que Jesús se enfrentó en Gerasa porque eran «muchos»⁴, ¿cómo denominar a la miríada de disposiciones que componen el derecho penal en la «edad de la descodificación»?⁵ Censarlas es toda una empresa: se encuentran en cualquier rincón de la selva legal. Puede que los especialistas controlen el número.

Vivir bajo un ordenamiento jurídico saturado de normas penales de las que no se sabe a ciencia cierta, debería inducirnos a mantener alta la guardia frente al poder punitivo (que no excusa nuestra ignorancia). Además, aun cuando la disciplina de los delitos y las penas fuese drásticamente aligerada y reconducida a una fuente unitaria fácilmente accesible, sería una imprudencia bajar la guardia. El espacio de la acción penal de los órganos del estado no depende solo de la cantidad de leyes que lo integran, sino también de su calidad: de su forma expresiva, de su léxico, de sus contenidos. Tipos penales abiertos, connotados por palabras ambiguas, vagas o carentes de consistencia empírica, comprometen la posibilidad de conocer el derecho y la previsibilidad de la justicia penal. Si la frontera entre lo prohibido y lo permitido no está determinada con precisión, ¿cómo podré estar seguro de no exponerme a un castigo?

Obviamente, también la indeterminación semántica tiene sus remedios. Además de prohibir menos, el legislador podría prohibir mejor: utilizando términos de significado unívoco, evitando expresiones valorativas. Pero tampoco la mejor legislación penal sería capaz de asegurar completamente la inocencia frente a la injusticia: de impedir acusaciones infundadas y condenas inmerecidas. Los procesos, como todos los ritos sociales, los celebran los hombres. Y los hombres —incluso los más prudentes y competentes— pueden equivocarse. Desgraciadamente, las consecuencias del error de un fiscal o de un juez no son parangonables a las que se derivan de las distracciones de un estenógrafo o de las equivocaciones de un periodista deportivo. En las manos de los operadores de la justicia penal está —si no la vida— la libertad individual.

La libertad no consiste en estar sobre un árbol, pero tampoco es solo participación. Es un rico complejo de inmunidades y facultades, indispensables (aunque insuficientes) para hacer al hombre *faber ipsius fortunae*. No podemos no preocuparnos de nuestra libertad. No podemos dejar de precavernos frente a lo que puede amenazarla. Por eso es necesario tener conciencia de que la conflictividad immanente en la relación entre libertad y poder alcanza su máxima intensidad precisamente en el terreno de la penalidad.

3 F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale* (1947), ed. de L. Conti, Giuffrè, Milán, 2003, p. 165 [hay trad. cast. de J. Guerrero y M. Ayerra Redín, *Manual de derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, ⁸1988].

4 Mc, 5: 9; Mt, 8: 30.

5 N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979; (hay trad. cast. de L. Rojo Ajuria, *La edad de la descodificación*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992). Sobre la descodificación del derecho penal véase L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. cast., de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón Abellán, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 3 vol., II, pp. 371379.

El poder de prohibir, de juzgar, de castigar incide más que ningún otro en la libertad de los individuos. Incide directamente, restringiéndola —de distintos modos y medidas— a través de sus instrumentos operativos. Circunscribe la libertad de todos los asociados mediante la definición de los delitos; reduce la libertad de los imputados, por el sometimiento a los procesos judiciales; limita la libertad de los condenados por medio de las penas. Es un poder formidable, cuyo ejercicio puede degenerar siempre en formas opresivas.

Del conocimiento empírico de estas relaciones peligrosas nace la exigencia de sólidas garantías penales y procesales. *Garantismo*, en su acepción no deterior, es el nombre de la doctrina filosófico-jurídica que traduce esta exigencia en un paradigma normativo de derecho penal, declinado como sistema de reglas y principios funcionales a la protección de los derechos individuales. Protección necesaria tanto frente a la ilegalidad violenta de los crímenes, como de la violencia institucional de los aparatos represivos; ya que, como advierte el principal teórico del garantismo,

la seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de «justicia penal» la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos⁶

El garantismo, en cuanto doctrina de la limitación jurídica del poder punitivo, hunde sus raíces en la reflexión ilustrada sobre el derecho penal. Una reflexión seminal, culturalmente revolucionaria, que ha marcado la civilización jurídica occidental, inspirando las transformaciones constitucionales de la modernidad (hasta el punto de que puede ser representada —tan natural cuanto correctamente— como «pensamiento constituyente»⁷ del futuro estado de derecho).

La que circula en el discurso político de la Ilustración es una nueva visión de la *civitas*: una visión que coloca al hombre en el centro como sujeto titular de derechos. Del reconocimiento del carácter intangible del *proprium* de cada individuo, descende una concepción del estado antitética de la acreditada por la tradición: interrumpida la mecánica de la obediencia que sometía a los súbditos al cumplimiento de los deberes hacia el soberano, se difundió la persuasión de que es deber de este respetar y defender los derechos del sujeto. Consecuentemente, la retórica de la *potestas legibus soluta* se vio desacreditada y, frente a ella, se afirmó la idea de que para tutelar a los individuos era necesario regular y controlar el ejercicio del poder. Tal es la perspectiva —*ex parte civium*— en la que se inscribieron las teorías de la soberanía de la ley, de la división de poderes y de la representación política, a través de las cuales se perfiló el modelo de estado preconizado por los ilustrados: más precisamente, el paradigma del estado de derecho, *in nuce*.

Entonces, sobre este fondo axiológico, emergieron la centralidad política de la cuestión penal y la aporética problematicidad del poder de castigar. Poder terrible, y no obstante necesario. Necesario porque, en ausencia de normas dotadas de sanción pú-

6 L. Ferrajoli, «El derecho penal mínimo», trad. de R. Bergalli con la colaboración de H. C. Silveira y J. L. Domínguez, en N. Guzmán (ed.), L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, I, p. 148.

7 L. Ferrajoli, «La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria», trad. cast. de T. Effer: *Jueces para la democracia. Información y debate*, 79 (2014), pp. 51 ss.; ahora en L. Ferrajoli, *Escritos sobre derecho penal*, cit., II, pp. 497 ss.

blica, aptas para disciplinar la convivencia social, la vida, la integridad y la libertad de las personas quedarían expuestas a la violencia privada, con vigencia de la ley del más fuerte; terrible porque, aun justificándose en virtud del fin de la salvaguardia de aquellos derechos, el poder punitivo los amenaza de forma constante, al prever su privación como efecto de la inobservancia de sus prohibiciones de lesión.

A la luz de esta trágica consciencia, el sistema penal se revela el lugar de primaria cualificación política del orden civil, porque el contacto entre soberano y sujeto es inmediato, el conflicto entre potestad e inmunidad resulta transparente, y la tensión entre fuerza y derecho exasperada. ¿Que prohibiciones legales son justificables? ¿A qué fin y con qué medios castigar a los transgresores? ¿Cómo determinar las violaciones de las normas jurídicas y la responsabilidad de una acción criminal? Las respuestas a estas preguntas tocan la línea de demarcación entre libertad y opresión. En torno a estos interrogantes gira el debate ilustrado sobre el «derecho a castigar». Un debate que, partiendo de la crítica del orden vigente, se proyecta en el horizonte político de la reforma radical⁸. «Por más que la afirmación pueda parecer arriesgada», ha escrito el jurista antifascista Paolo Rossi, el giro del derecho penal que caracteriza el final del siglo XVIII [...] permanece, a fin de cuentas [...] como el más importante resultado práctico de la Ilustración»⁹.

En la época en la que se desarrolló aquel feraz debate, la palabra *garantismo* aún no existía (para decirlo todo, tampoco existía la palabra *Ilustración*) De *garantisme* comenzó a hablarse en Francia en el siglo XIX; más tarde en otros países de lengua neolatina¹⁰. Por lo demás, el significado originario del término dista bastante del hoy prevalente. Este último se afirmó recientemente, en la Italia de los años setenta: cuando como reacción a la legislación excepcional con la que la clase política trató de hacer frente al terrorismo, la cultura jurídica de orientación progresista se comprometió con la reafirmación de la primacía de los derechos individuales frente a las pretensiones potestativas del estado. Es tal el contexto en el que la palabra *garantismo* pasó a designar la doctrina liberal del derecho penal. Una doctrina que, hoy todavía, en sus expresiones contemporáneas más maduras, sigue hallando alimento en la reflexión jurídica de las Luces¹¹.

Quien quiera hacerse una idea de la riqueza y de la profundidad de aquella reflexión, puede consultar —también *on line*— la *Bibliothèque philosophique du législateur*, publicada por Jacques-Pierre Brissot de Warville entre 1782 y 1785. Cuando ya era autor de una *Théorie des loix criminelles* (1781), el futuro líder girondino recogió en esta obra —compuesta por diez volúmenes— «discursos, disertaciones, ensayos, fragmentos» de los más «célebres escritores» que en los decenios precedentes se habían ocupado de derecho penal. Animada por la confianza en la posibilidad de «mejorar la legislación criminal de todos los pueblos de Europa»¹² y movida por la convicción de que no había «nada más importante que tal reforma»¹³, la empresa editorial de Brissot (1754-1793) —con su impresionante envergadura— es la confirmación tangible de que

8 Véanse las páginas magistrales de P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 4 vols., I, pp. 434 ss.

9 P. Rossi, *La pena di morte e la sua critica*, Bozzi, Génova 1932, p. 31.

10 Cfr. D. Ippolito, «Itinerarios del garantismo», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez: *Jueces para la democracia. Información y debate*, 69 (2010), pp. 6 ss.

11 Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid 192011; L. Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011; P. Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015.

12 J.-P. Brissot de Warville, *Discours préliminaire*, en Id., *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du juriconsulte* [...], s.e., Berlín [pero Neuchâtel] 1782, t. I, p. IV.

13 *Ibid.*

«nunca como en la segunda mitad del siglo XVIII fue tan intensamente debatido el problema penal»¹⁴.

Al recorrer las etapas de la crítica ilustrada del poder de castigar, Brissot no duda en la identificación de su punto de arranque. Quien «abrió el camino» fue Montesquieu (1689,1755) que luego de haber fustigado la conciencia de la sociedad francesa retratándola en las páginas irreverentes de *Lettres persanes* (1721)¹⁵, con el éxito internacional de *Esprit des lois* (1748) «infirió un golpe durísimo» a las «leyes criminales» existentes y fecundó la reflexión jurídico-penalista de los decenios por venir¹⁶. De Antonio Genovesi (1713-1769) a Karl Grolman (1775-1829), son numerosos los filósofos y los juristas que —antes y después de Brissot— reconocieron a Montesquieu esta relevante primacía intelectual¹⁷. El mismo Cesare Beccaria (1738-1794), en la Introducción a *De los delitos y de las penas* (1764), confiesa su deuda con el «inmortal presidente» del Parlamento de Burdeos¹⁸, atribuyéndole el mérito de haber constelado de «huellas luminosas»¹⁹ el camino por recorrer hacia la reforma penal.

En efecto, es en la inagotable mina filosófica de *Esprit des lois*, donde los ilustrados hallaron —junto a la gramática y la sintaxis de su discurso político— las categorías y los instrumentos conceptuales para desarrollar la crítica del desenfreno del poder, de la incertidumbre de los juicios, de la ferocidad punitiva y para comprender la importancia decisiva del derecho penal en la «construcción de las paredes maestras del estado de derecho»²⁰.

14 G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I Assolutismo e codificazione* (1976), Il Mulino, Bolonia, 1997, p. 383.

15 J. Starobinski, Introducción (1973) a C.-L. de Secondat de Montesquieu, *Lettere persiane*, trad. it. di G. Alfieri Todaro-Faranda, Bur, Milán, 2006, pp. 4 ss.; D. Felice, *Introduzione a Montesquieu*, Clueb, Bolonia, 2013, pp. 23 ss.

16 Brissot de Warville, *Discours préliminaire*, cit., p. xii.

17 Cfr. M. A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 2000, pp. 11 ss..

18 Junto al título de barón de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat heredó el cargo de presidente del Parlamento de Burdeos en 1716. Su experiencia de magistrado, iniciada dos años antes como consejero del mismo tribunal, concluyó en 1726 con la venta del oficio en el que había sucedido a su tío. Sobre la vida de Montesquieu véase, sobre todo, R. Shackleton, *Montesquieu. A Critical Biography*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

19 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano fijado por G. Francioni, y prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, Introducción, p. 109.

20 N. Bobbio, Prólogo, a L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 13.

PODERES PRIVADOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Antonio BAYLOS

I

El poder no se explica por el derecho, pero la regulación jurídica del mismo lo encauza y lo racionaliza. El poder privado sobre las personas que dimana de la relación laboral exige como presupuesto la libertad y la voluntad de esta subordinación del trabajador encuadrada bajo la forma del contrato de trabajo. Libertad de trabajo —*right to work* en la doctrina norteamericana— que traduce una visión esencialmente contractualista en una sociedad libre caracterizada por la economía de mercado y la libertad de empresa, pero que a la vez se manifiesta como una relación de poder privado que condiciona materialmente el contenido y el desarrollo de la prestación laboral y que se presenta como una relación de dominio directo sobre la persona del trabajador en el ámbito de la organización del trabajo. La posición contractual del empresario es la que, desde esta visión contractual individualista, fundamenta sus poderes de ordenación, dirección, modificación y disciplina de la relación de trabajo. La dirección de este proceso quiere ser siempre unilateral, en abierto contraste con su fundamento contractual. El poder organizativo deviene normativo al definirse como regla objetiva a la que solo cabe adherirse y obedecer.

En esa aproximación, la organización sindical, la negociación colectiva y la huelga obstruyen el mecanismo de dominación y deben por tanto ser limitados —después de ser largo tiempo prohibidos para proteger el poder privado del empresario— como actos de coerción de la libertad individual expresada en el contrato, el medio para que cada individuo obtenga, “trabajando poco o mucho”, sus propios ingresos, lo que es “la piedra fundacional del libre gobierno” en las sociedades liberal-capitalistas. La deriva de la libertad de contratación es hostil a la presencia de la organización y la acción colectiva, que prescinde o desatiende la ratificación individual de cada trabajador en su decisión voluntaria de llevar al mercado sus propias energías y cederlas a su comprador por un tiempo cierto a cambio de una remuneración. El convenio colectivo no puede por otra parte forzar la adhesión al sindicato como forma de lograr la eficacia del mismo porque no se puede someter la libertad individual de cada uno a la organización del grupo, y sobre el acuerdo colectivo siempre recae la vieja imputación de ser un acto de coerción de la libertad individual del contrato individual pactado, que obliga al empresario a pagar un salario superior al acordado individualmente. Esa hostilidad ante lo colectivo como un cuestionamiento del poder incontestable del empresario se refuerza ante la huelga. Todavía nuestro derecho vigente menciona la “libertad de trabajo” en tanto que límite al derecho de huelga, porque para esa norma la huelga arrebató al trabajador individual su propiedad sobre el uso de su bien económico básico, la fuerza de trabajo, esto es la capacidad de decidir voluntariamente si quiere mantener su “deseo de trabajar” aun en contra de la colectividad de aquellos que lo rechazan como forma de presión sobre el empresario, y la capacidad de presión colectiva encuentra un límite absoluto —garantizado penalmente por el art. 315.3 de nuestro Código Penal, como bien se sabe— en la defensa de esa libertad.

No resulta una paradoja que sean las libertades económicas —la libertad de empresa y la libertad de trabajo— quienes construyen y justifican el dominio y la subordinación en la producción de las personas que trabajan a cambio de un salario, un dominio unilateral que no admite contrapropuestas, oposición ni rechazo. Es una consecuencia de la mercantilización del trabajo, de su consideración como un “artículo de comercio”, cuyo uso y aprovechamiento por el empresario se realiza en condiciones de subordinación y dependencia de las personas y por consiguiente de la sumisión de sus capacidades y potencias a la dirección que organiza el proceso productivo de bienes y de servicios en el que éstas se insertan.

En ese espacio —el espacio-empresa— el poder privado no se concibe con límites externos, ni percibe restricciones. Es voluntad unilateral y regla impuesta a quienes trabajan en el mismo. Sólo restringiendo las libertades económicas —la de empresa y la de trabajo— se puede limitar ese poder unilateral y totalizante que se extiende en el espacio físico del lugar de trabajo y que cada vez más se amplía a la propia existencia social. Lo que se presenta como libertad y voluntariedad en el contrato y en el mercado se realiza en la autoridad y el dominio pleno sobre las personas en los lugares de trabajo.

La emersión de una dimensión colectiva potente reducirá esta ordenación tendencialmente expansiva de la autoridad unilateral del empresario como regla objetiva y práctica inmodificable en el desarrollo concreto de la actividad laboral. En gran medida la dimensión sindical y colectiva ha logrado sustituir en una amplia parte de la población trabajadora el proyecto contractual básico —tiempo de trabajo, salario y clasificación profesional fundamentalmente— por una regulación colectiva pactada en convenio. La tasa de cobertura de la negociación colectiva en muchos países europeos, entre ellos España, permite cuantificar ese desplazamiento. Pero éste resulta sin embargo mucho menos claro en los momentos de desarrollo o aplicación del proyecto contractual, en el terreno de la organización del trabajo, donde la autoridad del poder empresarial es extremadamente fuerte y apenas ha sido coartada, salvo momentos de conflictividad acentuada en alguna época histórica ya caída en el olvido, por la capacidad normativa del convenio colectivo.

Además, con la llegada de la crisis y las políticas de austeridad, el campo de acción de lo contractual-colectivo se achica, los convenios colectivos cubren a menos personas, y la extensión de la precariedad y del trabajo irregular revigora el esquema central sobre el que se edificaba el modelo “político” de la libre empresa: el poder decisivo sobre la organización de la producción y las reglas que la dirigen. La flexibilidad concebida como un instrumento de gestión interna de la fuerza de trabajo se define asimismo como una facultad unilateral del empresario, y la situación en el mercado de trabajo posibilita la precariedad laboral y la recuperación de la plena libertad de trabajo, sometida al albur del valor concreto de la mercancía, para amplias capas de trabajadoras y trabajadores, de nuevo recuperados para la paradoja de la libertad económica que se traduce en el sometimiento pleno al dominio de otro durante cada vez más tiempo de la vida de cada cual. Los poderes privados reemprenden su largo recorrido con más fuerza en la disponibilidad plena del trabajo asalariado.

II

Desde estos parámetros se comprende que el derecho haya tardado en intentar aplicar los esquemas democráticos al poder empresarial. El espacio-empresa era inmune a la democracia. La propia concepción de los derechos fundamentales como facultades

propias de la noción de ciudadanía democrática se presentaba exclusivamente en la relación de éstas facultades —derechos de inmunidad o de acción positiva— en relación con los poderes públicos. Sólo éstos eran quienes se encontraban vinculados por los derechos fundamentales y por tanto quienes podían vulnerar los mismos. La garantía judicial de los derechos ciudadanos se ceñía por consiguiente a la lesión y reparación de tales derechos por parte de administraciones o funcionarios públicos. En el ámbito de los privados, y especialmente en el círculo de organización del trabajo para la producción de bienes y de servicios, no se concebía la categoría de la ciudadanía política y sus derechos públicos subjetivos. El poder empresarial sólo era susceptible de limitación sobre la base de la aplicación de los principios derivados del orden contractual, y en especial del abuso de derecho en negativo o el principio de la buena fe en su faceta positiva.

Las democracias contemporáneas, que edifican su arquitectura institucional en torno a la figura del Estado Social, dejan de considerar la empresa como un espacio de inmunidad ante los derechos democráticos. Es cierto que ello ha contribuido fundamentalmente al emerger de la vertiente colectiva de la regulación del trabajo, que pretende construir un espacio de contrapoder a partir de una subjetividad colectiva, que representa al trabajo en general, y que lucha por definir un campo de derechos derivados del mismo tanto en la producción —la empresa, el sector productivo— como en la sociedad, a partir de mecanismos redistributivos de la renta y de desmercantilización de las necesidades sociales.

Es en este contexto en el que se teoriza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la vigencia de los mismos entre particulares, con especial interés por su aplicación al ámbito de las relaciones laborales. Aunque, como en el caso español, nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permanezca anclada en la vieja doctrina que preservaba en el espacio de lo público-estatal la vigencia de tales derechos. La solución del sistema español consiste en centrar el punto de observación en la garantía judicial de los derechos fundamentales, promover un cauce procesal específico en los distintos órdenes jurisdiccionales, comenzando por el orden jurisdiccional social, para conocer las cuestiones litigiosas que se deriven de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores frente a los empresarios, de manera que la denegación de esta tutela por el órgano judicial atrae a la esfera de los sujetos públicos la consideración jurídica del asunto, que puede así resultar sometido, una vez que termina la vía judicial ordinaria, al juicio del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Es decir, que es el juez que deniega la tutela al trabajador frente a un acto o decisión del empresario lesiva de derechos fundamentales quien incumple el mandato constitucional de que los poderes públicos están vinculados por los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y con este bucle se logra en la práctica la eficacia directa de éstos en las relaciones entre el empresario y los trabajadores a su servicio.

La organización del trabajo y la dirección del mismo, la disciplina y la capacidad de variar las condiciones en las que se presta la actividad laboral, quedan ahora inmersos en un nuevo contexto, el del respeto a los derechos de ciudadanía que cualifican al trabajador en cuanto miembro de una comunidad política en una situación social subalterna, y, a la inversa, al trabajador que también en los lugares de trabajo debe ver preservada su condición de ciudadano libre en el ejercicio de derechos básicos. El poder privado del empresario, que tiende a expandirse libre y unilateralmente, se configura como un poder sujeto a límites externos e internos, en un proceso en el que se condiciona la discrecionalidad en su ejercicio. Los derechos fundamentales del trabajador son el límite más importante y decisivo en la reformulación, bajo parámetros nuevos derivados de la vigencia del Estado Social, del poder directivo del empresario. Aunque también está

sometido a límites internos, derivados de la lógica de la razonabilidad y adecuación de sus decisiones a un principio de corrección de su comportamiento, un canon de procedibilidad que se identifica con la noción, abstracta y general, de la buena fe.

Esta situación no es la misma en el mundo cultural anglosajón, donde la dimensión colectiva se mantiene en el ámbito de lo privado-contractual y no alcanza el nivel de derecho político-democrático que sin embargo las constituciones europeas que marcan la derrota de los regímenes nazi-fascistas (o derivados como la griega, la portuguesa o la española) y en donde los sindicatos son agentes económicos-sociales que juegan también en el espacio público y en el campo de la democracia, participando sus facultades de acción de la condición de derechos fundamentales. En aquellas culturas jurídicas, la raíz liberal es más fuerte que la que perdura en las llamadas constituciones sociales que integran al trabajo como valor político e institucionalizan de alguna manera a los sujetos colectivos que lo representan. La mayor representatividad sindical en España es un claro ejemplo de ello. En el trabajo sin embargo también ha funcionado ahí un compacto grupo de derechos civiles como forma de modular y en ocasiones impedir el ejercicio arbitrario del poder empresarial. Lo ha hecho a partir de la preservación de identidades personales con una importante carga política segregacionista, como la raza o el género, y se ha presentado fundamentalmente como tutela antidiscriminatoria. Por eso las aportaciones desde este ámbito cultural adolecen de un cierto punto débil en relación a la construcción de un sujeto colectivo como representante general del trabajo dotado de medios de acción en el campo de lo económico y de lo socio-político que define sus facultades de acción como derechos fundamentales de los ciudadanos cualificados por su pertenencia a una clase social subalterna. La organización colectiva y sindical es la que ha permitido transitar del plano de la libertad al de los derechos en relación con el trabajo.

El marco de referencia europeo a este respecto lo constituyen las declaraciones de derechos en todos los ámbitos en los que las distintas agregaciones políticas de Europa se han ido realizando: la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta Social Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ellas se mantiene esa tensión en torno a una ciudadanía que tiende a arraigarse de manera universal abarcando también los lugares de trabajo que da carta de naturaleza a los derechos colectivos y sindicales como elementos centrales de un maco civilizatorio. Es cierto sin embargo que esta referencia político-democrática que constituye el centro del pensamiento europeísta y federal, cuya máxima expresión sería una ciudadanía europea de la que carecemos, pero que se enuncia en la CDFUE, está confrontada a partir de la crisis con la “nueva gobernanza económica” europea, que pretende la despolitización del espacio de la producción mercantil y de la capitalización financiera, inmunizándolo respecto de las decisiones democráticas y de las garantías de los derechos ciudadanos, que no pueden interferir en ese campo y se consideran, a fin de cuentas, un obstáculo a la recuperación económica. La arquitectura institucional que degrada el sistema democrático nacional-estatal a cambio de permitir la solvencia y liquidez financiera del Estado impone una suerte de estado de excepción que anula el campo de acción de los derechos fundamentales individuales y colectivos derivados del trabajo.

En cualquier caso, la reivindicación de los derechos fundamentales como un patrimonio cultural simbólico que debe ser preservado frente a los poderes públicos y privados es algo profundamente arraigado en el movimiento obrero europeo. Algunas propuestas recientes de la CGIL italiana y de CCOO en España reivindican un cierto cartismo social que pretenden traducir en normas jurídicas vinculantes en sus respectivos Estados nacionales. Pero este tema merecería un análisis particularizado que se deja para más adelante.

LA CASA DE LA TOLERANCIA

(A propósito de Betzabé Marciani, *Tolerancia y derechos*)

Santiago SASTRE ARIZA

I

Todavía recuerdo el excelente artículo del escritor Manuel Vicent titulado “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”, con el que su autor consiguió el premio de periodismo González Ruano en 1980. En este texto un hombre de izquierdas toleraba muchas cosas: que su hija se presentase en casa con sus amigos sin pedir permiso, que no saludaran, que manosearan sus libros, que le vaciaran la nevera, que fumaran porros, que inundaran la estancia con su olor a sudor, que pusieran la música rock a todo volumen, que se bebieran su whisky, que orinasen sin tirar de la cadena... Hasta que llegó la gota que colmó el vaso o el momento que marcó la línea de lo intolerable: en este caso era el ver cómo su hija sacaba de la estantería un disco de música clásica, en concreto, la sinfonía número 40 de Mozart.

En realidad este artículo, que apareció en la revista semanal Triunfo, quería denunciar el estereotipo de conductas, pues algunos hábitos (el deporte, la disciplina, la música clásica, la educación, el vestir bien) se asocian a una visión ideológica concreta (la derecha o la izquierda). Y esto de encasillar unos comportamientos en un molde ideológico no deja de ser un prejuicio infundado. Pero ya dijo Einstein que es más difícil romper un prejuicio que un átomo...

El artículo de Vicent, con esa prosa tan elegante que lo caracteriza (y con la que nos sigue embelesando todos los domingos en la contraportada de El País), sirve para poner de relieve que la tolerancia debe tener unos límites, pues si se convierte en un permitir todo a diestro y siniestro, no sirve de nada, se convierte en pura y dura indiferencia.

Recientemente, la profesora Betzabé Marciani Burgos, que en la actualidad imparte clases en la Universidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha publicado un libro sobre la tolerancia, que lleva por título “Tolerancia y derechos: el lugar de la tolerancia en el Estado constitucional” (Atelier, Barcelona, 2016). El grueso del volumen constituye la que fue su tesis doctoral, defendida en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. En el capítulo final añade un artículo que ya publicó sobre la libertad de expresión y el lenguaje sexista u ofensivo contra grupos. Las reflexiones que haré en este breve comentario son motivadas al hilo de la lectura de este interesante libro que versa sobre una cuestión sobre la que me parece urgente reflexionar.

II

Obviamente la tolerancia no es como una rana, a la que podemos colocar en una mesa y diseccionar para conocer sus interioridades. Sin incurrir en el esencialismo lingüístico (la existencia de una definición verdadera) ni en el racionalismo lingüístico (to-

dos los que manejan un concepto saben su significado), parece que forma parte de los intestinos de este concepto la idea de soportar algo con lo que no se está de acuerdo. Engloba, por tanto, dos actitudes: una de permitir y otra de rechazar, aunque tiene más peso la de permitir, que es la que al final triunfa.

Me parece que la tolerancia la ejercen las personas (porque son las únicas que pueden permitir algo con lo que no están de acuerdo). No creo que se pueda afirmar que el legislador es tolerante en cuando no regula alguna materia (porque puede no regularlo por muchísimas razones y esto no supone que haya que deducir por eso que sea tolerante) sino a través de excepciones a sus prohibiciones. En cuanto los sistemas jurídicos modernos consagran los derechos (entre los que figuran los dos grandes pilares en torno a los cuales gira la filosofía-política: la libertad y la igualdad), instauran un amplio espacio para la permisión: ya no se me tolera, sino que tengo derecho a.

Puede ser que el que tolera esté en una situación de superioridad (el empresario frente al trabajador, el padre frente al hijo menor) o no (entre esposos o entre amigos). Un individuo tiene unos principios o razones, pero está dispuesto a hacer una excepción para el caso concreto que tolera. Como apunta la autora, yo pienso que no se trata de dos sistemas (el normativo básico que prohíbe ese acto y el normativo justificatorio, que ofrece las razones para tolerar, como es la tesis que propuso Garzón Valdés), sino más bien uno solo. No veo por qué hacer esta partición normativa, que conduce al individuo a una especie de bipolaridad (aquí pienso esto y allí esto otro) que no es necesaria. Precisamente, si en el ámbito moral se habla de unidad de razón práctica es difícil ver en un barrio las justificaciones y en otro las normas concretas a las que conducen aquellas razones.

Las razones para tolerar pueden ser variopintas. Una esposa tolera algunos comportamientos a su esposo con los que no está de acuerdo para que no se vea alterada la estabilidad matrimonial o un amigo permite a otro amigo algunas conductas u opiniones contrarias a las suyas porque le compensa mantener pese a todo esa amistad. No tienen por qué ser necesariamente razones morales. Precisamente la teorización que formuló Locke sobre la tolerancia resaltaba su fuerza como medio prudencial o estratégico para conseguir seguridad y paz, que no es poco (y a la irracionalidad que supone imponer una religión, que sólo fomenta creyentes de cara a la galería o de puertas para fuera; no es cierto, por tanto que la religión con sangre entra).

Pero lo que llama la atención, como expone Betzabé Marciani, es que la tolerancia es una casa de muchos metros cuadrados, con muchas habitaciones. Esto quiere decir que puede ser enfocada desde distintos ángulos. La autora se centra en tres aspectos: el jurídico, el ético y el filosófico-político. Tantos que es difícil guardar un orden expositivo que permita presentarlos como las piezas de un puzzle.

¿Ha muerto de éxito la tolerancia porque ya contamos con los derechos, de modo que consiste en ejercerlos y ya está? La idea sería que ya no se reclama ser tolerado, no hace falta, sino que en realidad se trataría del ejercicio de derechos. Sobre esto tengo mis dudas. Por un lado los derechos constituyen el mayor núcleo de deber ser que hay en el Derecho, pues están abiertos, son tendencialmente contradictorios y están en manos de la casuística jurisprudencial. Pero hay algo peor: aún queda mucho para que sean respetados no sólo por parte del Estado, sino también por parte de los ciudadanos en la vida diaria. Ante esto podríamos decir que es intolerable. Además, los derechos chocan, generan fricciones en su ejercicio, y hay que asumir que algunos derechos triunfan frente a otros. En estos casos, la tolerancia puede ser útil como una manera de asentar la práctica de los derechos en la vida cotidiana y como un aguantar que algunos derechos cedan o se desinflen ante la fuerza de otros. En cualquier caso, la tolerancia puede ser apropiada para potenciar el ejercicio de los derechos. ¿No resultaría contra-

intuitivo afirmar que en los tiempos que vivimos, donde hay que hacer muchas excepciones, donde campa a sus anchas la desigualdad, el fundamentalismo, el despotismo, podemos prescindir tranquilamente de la tolerancia y tirarla a la basura? Pero no sólo eso. Tampoco hay que olvidar que la tolerancia es una herramienta que tiene su valía en relación con el Estado, con la democracia y, desde una manera más lógica, desde un punto de vista epistemológico.

Quizá la propuesta más novedosa de Betzabé Marciani sea la de formular una interpretación moderna de la tolerancia como reconocimiento, que supone apoyar o promover determinadas identidades y grupos de exclusión, como ha puesto de relieve, por ejemplo, el multiculturalismo y el feminismo.

III

Nuestras sociedades complejas contemporáneas no son sociedades cerradas y uniformes sino, como diría Popper, abiertas. Son sociedades, además, en las que, frente a la visión de un todo en armonía, predominan los conflictos. Ya no se trata de conflictos vinculados a las diferentes clases sociales, como insistía el planteamiento marxista, sino de otro tipo. Basta por citar, por ejemplo, las reivindicaciones del multiculturalismo, la exaltación del nacionalismo, las demandas de ciertos grupos minoritarios, las exigencias de los credos religiosos, etc. En la sociología reciente se tiende a ver de una forma más positiva el conflicto, como un mecanismo de avance y mejora en la sociedad. Hace muchos años, con su apuesta por la disidencia como una categoría filosófica fundamental, ya llamaba la atención el profesor J. Muguerza sobre el carácter beneficioso del disenso.

El pluralismo, por tanto, se ha convertido en la seña de identidad de nuestras sociedades abiertas. Desde luego que para que el pluralismo nos enriquezca debemos entrar a valorar el contenido de las pautas culturales que acoge, porque hay determinadas prácticas (pongamos por caso los matrimonios amañados o la circuncisión femenina, etc) cuya pérdida cultural no sería vista como una pérdida moral. El pluralismo no es valioso per se, sino que depende de lo que incluya entre sus opciones.

Es para evitar y disminuir el conflictivismo, y facilitar así la convivencia, donde entra en juego la tolerancia. La corriente política del republicanismo (en la que podemos ubicar a autores clásicos como Aristóteles y a Rousseau y actuales como Petit, Habermas y Sandel) ha teorizado mucho sobre el tema de las virtudes. La idea básica es que las virtudes públicas (aunque no es fácil la distinción entre lo público y lo privado) ayudan a que los ciudadanos no se atrincheren en sus intereses personales, en el egoísmo del homo economicus (que lo mira todo desde unas gafas del color del interés), y asuman como algo importante la esfera de la política, como un ámbito que nos interesa a todos, ya que en ella se aborda algo tan importante (aunque suene un tanto abstracto o metafísico) como el interés general o el bien común. No es suficiente con que el individuo sea ciudadano, sino que debe dar un paso más: ser un buen ciudadano. Y entre esas virtudes brilla con luz propia la tolerancia.

La tolerancia es relevante en el engranaje de la política democrática. Porque para que una democracia funcione se necesitan muchas cosas (un censo, pluralismo político, etc.), pero es fundamental que haya ciudadanos demócratas. Por muy bien que tengamos montado el escenario y los decorados, sin los actores no se puede representar una obra. Y mientras no haya verdades absolutas ni podamos confiar en un gobierno de sabios al estilo de Platón, parece que para realizar el autogobierno de un colectivo es fundamental potenciar el debate, la argumentación y el juego de las mayorías y las

minorías. Y es aquí donde la tolerancia puede ser una buena herramienta para evitar el fanatismo, el fundamentalismo, y facilitar el clima del juego democrático.

Ciertamente hay razones epistemológicas en favor de la tolerancia, como apunta Betzabé Marciani. No sólo no hay verdades absolutas en la política, tampoco en la ciencia. Se pensaba que en torno al mundo de los fenómenos físicos se podría articular una noción de verdad robusta o fuerte con el apoyo en la observación y en la experimentación como principales herramientas cognoscitivas. Como es sabido, este fue uno de los objetivos que se propuso el movimiento que se originó en los años veinte a partir del Círculo de Viena. Se trataba de conocer la realidad empírica de forma científica y explicarla después de forma rigurosa con la ayuda de la lógica y el lenguaje. Pues bien, todo aquello se vino abajo: ni la lógica (como insistía Gödel), ni el lenguaje (como argumentaba el segundo Wittgenstein), ni los hechos por sí solos (como sostenían Quine y Putnam) pueden edificar una noción fuerte de verdad apoyada en algo así como un conocimiento objetivo de la realidad. Nos queda un camino más modesto como el que propuso Popper con su teoría del falibilismo, al insistir en el carácter conjetural e hipotético del conocimiento. Por tanto, la ciencia no puede ofrecernos una noción fuerte de verdad, sino tan sólo afirmar algo más modesto: la existencia de acuerdos en la comunidad de los científicos (es un razonamiento circular que consagra el criterio de la autoridad: la ciencia será aquello que decidan los que son considerados científicos) sobre una teoría...hasta este momento o al menos por ahora. En definitiva, debemos aprender a convivir con el error y asumir sin tapujos, y con humildad, que nuestras creencias deben ser revisadas cada dos por tres porque pueden estar equivocadas.

La tolerancia aquí se fundamenta en la idea de que los muros que sujetan la casa de nuestras ideas y creencias no son lo suficientemente fuertes como para que no necesiten algún arreglo, alguna modificación, o, llegado el caso, incluso haya que cambiar de casa. Y es en esta tarea en donde la práctica de la tolerancia puede ser útil. Nadie tiene una visión total de la realidad, solo puntos de vista parciales, limitados por un montón de conocimientos y circunstancias. La tolerancia supone atribuir un valor y un respeto a las personas, un tomarnos en serio sus ideas, aunque sean muy distintas a las nuestras, pues en ese diálogo se pone en juego la supervivencia o la selección natural de las mismas. Aquí se podría citar a Voltaire cuando decía que combatiría una opinión hasta el fin de su vida, pero lucharía con todas las fuerzas para que cualquiera pudiera expresarla (por tanto se respetan las personas, pero otro cantar son sus ideas, que deben someterse al escrutinio crítico). Y puede venir bien aquí traer a Machado con aquellos versos en los que reivindica la verdad como una tarea social o cooperativa: “Tu Verdad no, la verdad;/ y ven conmigo a buscarla./La tuya guárdatela”. Yo cambiaría el último verso por “pero antes cuéntamela”.

IV

Como es sabido, la tolerancia ha sido, además, una herramienta muy importante para definir la corriente política del liberalismo. El liberalismo está comprometido con la tesis del principio de daño, formulada inicialmente por J. S. Mill. La actuación del Estado se circunscribe a evitar que una persona cause daño a otra. Es verdad que el concepto de daño admite muchas interpretaciones, pues se puede defender que incorpora la pobreza, las cuestiones a las que se alude con el azar (natural y social), las decisiones equivocadas, incluso hay acciones que nos parece que deberían ser prohibidas aun cuando no causen daño, sino porque nos desagradan sus consecuencias o porque

pueden generar un daño posterior, etc. Pero, con todo, el principio de daño mantiene un grano de verdad: el Estado debe intervenir lo menos posible porque somos nosotros mismos los que estamos en mejores condiciones de encargarnos de lo que tiene que ver con nuestra autorrealización personal y nuestro bienestar.

El principio de daño tiene un enganche con el principio liberal de la neutralidad estatal. Se dice que el estado debe ser neutral o ciego ante las diferencias, porque así se respeta el pluralismo, sin inclinarse por ninguna concepción del bien o la vida buena, evitando así el peligro del paternalismo (que el Estado nos trate como si fuera nuestro padre). Su compromiso con los ciudadanos ya se expresa a través de la defensa de los derechos humanos, que son como las corazas o los escudos que sirven para proteger a los individuos frente a los poderes públicos. No hay que olvidar que con el principio de neutralidad no se pretende describir nada (pues el Estado nunca es neutral) sino que se trata de un principio normativo: debe aspirar a ser neutral. ¿A cuento de qué resulta valiosa la neutralidad estatal? Pues porque así el Estado no se inclina por una concepción de la vida buena, y son los ciudadanos quienes eligen sus propios proyectos vitales, desde su visión personal a partir de su autonomía. Por utilizar el método que manejaba Nozick para mostrar esta idea en Anarquía, Estado y Utopía, aunque cambiando los nombres: ¿Es posible imaginar un modelo de vida común aplicable a personas tan dispares como Woody Allen, Bill Gates, el Padre Ángel, Marilyn Manson, Cicciolina, Cat Stevens, Kiko Argüello, Cristiano Ronaldo, José Antonio Marina, Fernando Sánchez Dragó, Belén Esteban y Matthieu Ricard? Por supuesto que no. Cada persona tiene su idea de lo bueno y aunque algunos coincidan, el camino para alcanzarlo no tiene por qué ser el mismo. Por eso nuestras diferencias avalan que el Estado respete en lo posible nuestra autonomía, pues cada uno es hijo de su padre y de su madre y sobre todo de sus elecciones: tiene una visión de la vida y de la felicidad muy diferente. Por decirlo con una imagen de Pico della Mirandola: cada uno es escultor de sí mismo. Esta es la idea.

Claro que este modelo ha recibido muchas críticas. Precisamente Betzabé Marciani pone el acento en la visión del reconocimiento como un mecanismo de respaldo a los grupos desfavorecidos, apoyándose en una interpretación positiva de la tolerancia. Hay una bibliografía ingente con argumentos muy sólidos sobre esta cuestión. Sólo por mencionar algunas tesis: se defiende que tras esa presunta neutralidad liberal en el fondo se impone una cultura a todos (la de la mayoría); que la cultura es muy relevante porque es en ella donde el individuo adquiere no sólo el valor de su libertad, sino también su concepto de bien y de identidad. Además, como sugiere Young, una ciudadanía uniforme termina por discriminar a algunas minorías o sectores débiles que deberían ser especialmente protegidos o ayudados por el Estado (aquí cabrían mencionar, por ejemplo, a las mujeres, a quienes habría que apoyar en materias como los malos tratos, el control de natalidad, la conciliación de la vida familiar y la laboral, su presencia en los cargos públicos o representativos, etc.)

Desde luego que pueden existir poderosas razones para mantener este particularismo legal o, por decirlo de otro modo, ciertas políticas de apoyo para acudir al rescate de algunos sectores débiles que deberían ser protegidos o ayudados por el Estado. Pero el liberalismo insiste en el peligro que conlleva que el Estado, a través de la imposición de normas jurídicas, se involucre y favorezca a grupos, personas, minorías.

El liberalismo ha insistido en las dificultades que entraña la noción de cultura, pues a veces se maneja como si fuese “una cosa” (se habla de la reificación de la cultura) perfectamente identificable y manejable o estuviese hecha de una sola pieza, cuando parece más realista pensar que está formada por un montón de elementos de diferente procedencia que se cruzan y que chocan. También es valioso mirar críticamente a la comunidad a la

que se pertenece (pues a veces es la cultura la que hace ver como lógica una determinada visión que es negativa para algunos integrantes de ese grupo; pienso, por ejemplo, en esas culturas que hacen ver como natural la inferioridad de la mujer frente al hombre). La cuestión de la identidad se perfila como algo abierto, puesto que es habitual que las personas tengan una identidad transversal, de modo que son los individuos los que eligen el camino cultural que desean. Es verdad que no podemos elegir de forma absoluta nuestra identidad (lo que Miller llama el punto de vista del elector radical), que no es una hoja en blanco en la que podemos escribir lo que queramos, que en la identidad no partimos de cero. Pero pese a esos condicionamientos, cada hombre es un proyecto de vida que puede trascender la tradición, abierto a la convivencia, con capacidad de superar lo recibido para hacer su identidad más compleja en la dirección que considere deseable. En definitiva, ni el hombre es un árbol (atado a unas raíces) ni un ángel (que sobrevuele por encima de los grupos sociales), sino que, cargado con sus raíces, es capaz de estar al volante de su vida y decidir el rumbo que más le guste hacia la conquista de la felicidad.

El liberalismo insiste en que la protección de los grupos puede tener algún efecto perverso, pues pueden convertirse en jaulas que terminan por atrapar a los individuos, limitando la integración e incluso justificando recortar las libertades de los individuos que los componen. Siempre será más importante proteger la autonomía de los individuos frente a la cultura. Personalmente me sigue pareciendo que la mejor defensa de la cultura es la apuesta por la libertad y la autonomía de las personas. Me parece paradójico que el multiculturalismo acuse al liberalismo de imponer ideológicamente una visión cultural, cuando es esa visión cultural, precisamente, la que permite la subsistencia del multiculturalismo, gracias al mecanismo de la tolerancia.

Pienso que la tesis del reconocimiento debe vigilarse con lupa porque inaugura una senda que supone establecer un tratamiento jurídico diferenciado (por tanto desigualitario) frente a lo que establece una ley común. Y esto necesita una apoyatura teórica y jurídica muy fina y fundada para que no dé lugar a discriminaciones (por razón de sexo o lo que sea). A ello hay que dejar de relieve que, como sugiere L. Prieto en el prólogo, ese apoyo estatal supone una quiebra manifiesta de la neutralidad, de modo que puede abrirse una puerta peligrosa hacia el paternalismo. No es extraño que algunos autores (como Thaler y Sunstein) hagan alusión incluso a un paternalismo libertario, en el que los poderes públicos pretenden ayudar a ciertas personas para que mejore la calidad de sus decisiones, que es como hacerles un bien pero no de una manera directa. Y esto es muy peligroso porque puede ser peor el remedio que la enfermedad si el Estado se encuentra justificado para realizar este tipo de intromisión en la libertad de los ciudadanos. Sabemos, con J.S. Mill, que somos nosotros mismos los que debemos aprender de las malas consecuencias de nuestros actos, porque si se nos niega esta posibilidad también se limita nuestro desarrollo moral.

V

En el último tramo del libro Betzabé Marciani afronta el tema de la libertad de expresión y las afirmaciones ofensivas lanzadas contra grupos (por ejemplo contra las mujeres, los homosexuales, grupos religiosos, etc.) Está claro que la libertad de expresión es uno de los pilares de la democracia y que conviene apuntalar sus garantías, pues está en juego mucho, nada menos que las bases del sistema democrático. Esto me parece fundamental.

Por un lado es verdad que esa libertad de expresión no conlleva un derecho al insulto, y que sería conveniente un aprendizaje o una relevante tarea pedagógica en la que se

insistiera en la necesidad de respetar las diferencias (otra vez aquí la tolerancia), evitar las ofensas gratuitas, tener esa empatía que hace ver que ciertas burlas y juicios pueden ser dolorosas y causar daño a algunas personas.

Pero también es cierto que en una democracia también hay que aguantar las críticas, las salidas de tono de artistas y creadores que se apoyan en una concepción extraña o sui generis del arte y cosas por estilo. Si empezamos a meter la tijera o a censurar, inauguramos un camino que traería consecuencias negativas y difíciles de articular, porque a ver quién censura y sobre todo qué se censura, porque habría muchos a los que les parecía ofensiva cualquier cosa, cualquier afirmación. La censura, como sostiene Betzabé Marciani apoyándose en R. Dworkin, es difícil de controlar y tendría a la largo muchos efectos perversos, dañando seriamente las raíces de la democracia.

Es una consecuencia de convivir: recibir elogios y críticas. Y los grupos religiosos, por ejemplo, que tanto hablan del amor, de altruismo y de benevolencia, deben dar ejemplo a la hora de poner la otra mejilla. ¿Qué quiero decir con esto? Pues son los primeros que están expuestos a la grandeza (para ellos también) y a las miserias que supone la libertad de expresión. Para lo bueno y para lo malo, por decirlo así.

Por tanto, no viene mal echar mano de la tolerancia en esa capacidad de aguantar cuando colisionan los derechos. Tanto unos como otros reivindicarán su amparo en algún derecho (libertad de expresión y en la defensa particular del honor, por ejemplo) y conviene manejar esta herramienta de permisión que conlleva la tolerancia, aunque solo sea para llevarnos bien, para evitar conflictos, para que haya esa paz a la que alude Gray con la fórmula del *modus vivendi*, que no nos compromete con valores morales en un sentido fuerte porque se trata de unas condiciones mínimas (algo así una ética de mínimos, no de máximos) para facilitar la convivencia y que cada cual pueda mantener el estilo de vida que desee.

Si la profesora Betzabé Marciani se muestra condescendiente con la tolerancia como reconocimiento, y por tanto asume una postura más crítica con el pensamiento liberal, en el caso de estas ofensas a grupos sostiene una tesis más liberal, pues la idea final es que todo dependerá de la praxis, de la argumentación, es decir, de un “habrá que ver cómo se resuelve cada caso”. Mi opinión es que la libertad de expresión tiene una fuerza preferente y luego, cuando colisione con otros derechos, ya la ponderación dirá quién triunfa, pero insisto en que la relevancia de la libertad de expresión (de todos y para todos) frente a situaciones particulares (el honor de fulanita o de estos mengañitos) constituye un elemento básico de la sociedad democrática. Creo más en la educación de la libertad de expresión que en su recorte a través de la fuerza del Derecho.

VI

Considero que la tolerancia que se quiere echar por la puerta, con un planteamiento complaciente en las ventajas de la fuerza expansiva de los derechos, termina entrando por la ventana. La tolerancia me sigue pareciendo necesaria para la ciencia, para el Estado, para la democracia, para la convivencia, para el día da día en el ejercicio de los derechos (sin tolerancia difícilmente la convivencia asumirá la lógica de los derechos). De puertas para dentro cada uno tiene una verdad (con más o menos mayúsculas) de andar por casa. Pero cuando salimos fuera, a la convivencia social, entramos en el ámbito de la comunidad moral y social, en el mundo del diálogo, de las excepciones, de las críticas y los conflictos. Quizá la tolerancia sea una forma de hacer más llevadero el espacio público, una forma de ver las ventajas de que todos nos disfracemos con esa personalidad democrática a la que se refería R. Dahl para mejorar la calidad de la democracia.

¿LA OPACIDAD MORAL COMO BASE NECESARIA DEL ESTABLISHMENT?

Laura FAVIERES

Si bien no resulta sencillo concretar los elementos definitorios de la noción de corrupción, siempre podemos acudir a la vía negativa para delimitar aquellos comportamientos que resultan inaceptables para una sociedad si pretendemos alcanzar unos parámetros mínimos de justicia social.

No obstante, y aun a riesgo de resultar excesivamente simple, podríamos dar un concepto de corrupción definiéndola como el abuso o mal uso del poder para beneficio privado, directo o indirecto. Pero no es éste el objetivo de este trabajo, lejos de establecer un concepto general, la preocupación esencial se centra en reconocer que la dimensión a escala global que ha adquirido hoy la corrupción, pone en peligro la propia esencia del estado de derecho y de las democracias actuales.

Ni tan siquiera es relevante la distinción, a estos efectos, de si la corrupción tiene lugar en el sector público o en el privado, dado su cada vez más frecuente relación, por no decir, su estrecha vinculación, sino que lo ciertamente preocupante es que la extensión adquirida por la misma, la convierte en una manifestación coherente con el sistema real de valores dominantes, con todas las connotaciones de gravedad que puedan derivarse de lo que acabamos de decir.

Tenemos claro que el arsenal jurídico del que nos venimos sirviendo para hacerle frente a este fenómeno, no ha resultado eficaz. El derecho penal, con toda su fuerza y con su carácter de *ultima ratio*, no basta, pues no puede ser la única respuesta estatal, porque cuando se llega al castigo criminal, es demasiado tarde, hay que dotar al sistema de mecanismos preventivos, entre los que, sin duda, aparece el derecho administrativo, con sus controles apriorísticos pero insuficientes. Se nos ocurren otros instrumentos que, pendientes de grandes reformas y siendo éstas sustanciales, parecen no abordarse, como sin ir más lejos, el que consistiría en dotar, bajo la adscripción orgánica y directa de los jueces, a un cuerpo de policía judicial –sin rendir cuentas a nadie más que el juez– como también proveer a los órganos jurisdiccionales de una unidad de inspectores de hacienda, así como de peritos en materias concretas o bien, de un cuerpo específico, como son los interventores, es decir, algo parecido a los especialistas de los que sí dispone Fiscalía.

Todavía más sorprendente es la ausencia absoluta de regulación en torno a la figura del delator, no sólo en lo que a la legislación española se refiere sino también en el derecho europeo, con el consiguiente riesgo que ello supone, es decir, que sucede más bien al contrario, pues las personas que denuncian la corrupción son perseguidas en lugar de ser protegidas.

La reciente promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, podría haber abordado esta cuestión y, sin embargo, nada dice sobre los denunciadores en casos de corrupción.

En el derecho europeo nos encontramos que la figura del whistleblower o delator aparece únicamente en la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de

16 de abril de 2014 por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

No podemos obviar que la corrupción constituye una clara violación de los derechos humanos, no tenemos más que pensar en la desviación de recursos y esfuerzos públicos en detrimento de la capacidad y responsabilidad del Estado, de hacer efectivo el cumplimiento de derechos como la vida, la salud, la seguridad, la justicia y la educación, con el consiguiente riesgo de privar a un número indeterminado de personas del acceso igualitario, cuando no gratuito, a servicios públicos eficientes y de calidad.

A lo que se añade que, es precisamente esa minoración de oportunidades la que redundará en el progreso moral y, por ende, social, de los pueblos, afectando, como no puede ser de otra manera, con mayor intensidad, a las condiciones de vida de los sectores más desfavorecidos y vulnerables de la sociedad, limitando de este modo las posibilidades para erradicar las causas estructurales de la pobreza y la exclusión social.

Y a este punto quería llegar; como señala Fucuyama, las sociedades humanas operan por relaciones familiares y de amistad. Podemos, pues, entender que la forma de organización social natural es de carácter clientelar y, por tanto, la lucha contra la corrupción y sus consecuencias es una lucha constante en la historia de la Humanidad.

El autor de *Los orígenes del orden político*, señala dos factores claves a la hora de estudiar el clientelismo de las sociedades: por un lado, el fortalecimiento de los estados y, por otro, su democratización, factores que según el orden en el que se produzcan, alterarán sustancialmente el producto.

Así, cuando las reformas democráticas anteceden a la consolidación de un estado fuerte, el riesgo de secuestro de las estructuras administrativas y políticas por parte de redes clientelares se eleva exponencialmente. Sin embargo, si invertimos la secuencia, nos devuelve un efecto bien distinto: la mayor profesionalidad de los servidores públicos es el resultado. A modo ilustrativo podríamos referirnos al caso de Alemania, en el que el proceso de construcción y fortalecimiento del estado-nación fue previo a la democratización, existiendo hoy unos bajos niveles de corrupción y una burocracia recta, a diferencia de países como Italia o Grecia, donde estas fases tuvieron lugar de forma simultánea, la construcción del Estado se hizo de forma paralela a su apertura democrática y donde, en la actualidad, se han dado graves prácticas de clientelismo.

En España, en la administración autonómica y local, vino a suceder algo similar: la fase de democratización fue previa a su creación, pues fue en una etapa posterior cuando se crearon efectivamente, y lo mismo sucedió posteriormente con la administración local, desde el momento en el que le fueron atribuidas mayores competencias que, si bien, propias de la autonomía local constitucionalmente reconocida, han tenido que venir –en ambos casos– perfiladas por la jurisprudencia constitucional, con el fin de proteger el cumplimiento de esta garantía institucional.

Consecuencia de todo ello es que en las administraciones sub-estatales españolas, tengamos un mayor índice de clientelismo que en la administración del Estado.

Por su parte, los indicadores de corrupción empresarial son alarmantes y cuando se junta la corrupción empresarial con la política, los niveles de desconfianza alcanzan límites inquietantes.

Ante el panorama descrito, tres medidas, además de las ya citadas al inicio de esta exposición, resultarían básicas; una disciplina fiscal que encarrilara la sociedad desde un uso más eficiente del gasto público, regular la figura del delator y crear una agencia antifraude, totalmente independiente y desvinculada por completo del poder político

que supervisara y fiscalizara la totalidad de la contratación pública, y así soslayar la porosidad legislativa y reeducar nuestras administraciones públicas.

Y aun así, y volviendo a lo que señala Fukuyama respecto de las sociedades humanas, entiendo que lo verdaderamente complejo está en el hecho de que el origen radica en la naturaleza humana, son causas estructurales humanas las que han de ser corregidas y por eso mismo, es necesaria una regeneración moral del individuo en sí y del individuo en sociedad. En este sentido es claro el razonamiento de Lawrence Kohlberg y su teoría del desarrollo moral con sus etapas de desarrollo, la pre-convencional, la convencional y la post-convencional. Y es que al final, la corrupción no se puede combatir por vías penales ni administrativas, sino que existe una corrupción “legalizada” inmanente al sistema y que requiere de lo más difícil, la progresiva eliminación de los comportamientos clientelares y particularistas, el fortalecimiento de una cultura cívica y un progreso moral que sostenga estos niveles de control y transparencia.

Devolver al mundo la esperanza y sacarlo de la crisis de desconfianza institucional en el que vive es una labor de todos, vinculado al desarrollo moral de la persona en paralelo con el desarrollo de las sociedades.

Hacer realidad la definición de Wilhelm Röpke de que “la economía no es una ciencia natural, es una ciencia moral y como tal se vincula al hombre como un ser espiritual y moral” y que Keynes definió en este mismo sentido, la economía tiene que ver con la “introspección y con los valores (...), con las motivaciones, las expectativas y la incertidumbre psicológica”.

LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA: LA NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIONALIDAD

Carmen LAMARCA PÉREZ

Sin duda, el terrorismo constituye un fenómeno que pone en peligro la estabilidad del sistema político por cuanto sus acciones, que vulneran los más fundamentales bienes jurídicos individuales como la vida o la libertad, se dirigen en última instancia contra el Estado como un modo de coacción o de intervención en su toma de decisiones. Aunque el terrorismo no es de origen moderno es cierto que desde mediados del siglo pasado, y singularmente en las últimas décadas, se han venido sucediendo fuertes ataques de violencia política que, como se ha puesto de relieve en múltiples ocasiones, son expresión de una crisis del Estado social y democrático de Derecho; el terrorismo constituye un fenómeno histórico y social, expresión y no causa de una sociedad en conflicto cuyo sistema político no ha sabido o no ha podido integrar plenamente a todos los individuos o clases que la componen¹.

En efecto, durante los años setenta se produjo un auge de los movimientos que acudieron a la violencia como modo de transformación política², en aquellas décadas, y en algún supuesto hasta fechas recientes, se practicaba fundamentalmente lo que se ha dado en llamar un terrorismo interno, doméstico o de corte más nacionalista cuyos objetivos políticos iban dirigidos al Estado donde se realizaban sus acciones delictivas; en la actualidad, sin embargo, cuando la violencia política ha vuelto a resurgir con inusitada fuerza practicada sobre todo por el denominado terrorismo fundamentalista islámico, este fenómeno delictivo presenta un carácter más internacional, e incluso transnacional, por cuanto sus objetivos pueden alcanzar y de hecho alcanzan a cualquier Estado occidental debido sin duda a que, como ya ocurriera en otros períodos históricos, existe una unidad de regímenes y de sus estrategias políticas³.

1 Lamarca Perez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid 1985, pág. 19.

2 Así, por ejemplo, las acciones de grupos como las Brigadas Rojas en Italia, la Baader Meinhof en Alemania o los GRAPO en España, las de signo fundamentalmente independentista como ETA en España o IRA en Irlanda o de violencia contrarrevolucionaria o fascista como el practicado en Italia por Ordine Nuovo y en España por el Batallón Vasco-español, entre otros, e incluso supuestos de terrorismo de Estado como el caso español de los GAL.

3 Como señala Perez Cepeda, el terrorismo transnacional “traspasa las fronteras estatales, al ser ejecutado por estructuras organizativas que realizan acciones violentas en más de un país y sus víctimas suelen tener diferentes nacionalidades”, en “Definición del delito de terrorismo como un delito internacional”, en *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. Serrano Piedecabras y E. Demetrio (Directores), Iustel, Madrid 2010, pág. 54.

En todo caso, las acciones terroristas han venido propiciando no sólo un reforzamiento de las medidas jurídicas para combatirlas sino la aparición de una auténtica legislación de emergencia permanente cuya *vis expansiva* y excepcionalidad han convertido a la legislación antiterrorista en uno de los mejores bancos de prueba que se puede utilizar para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático pues es precisamente en esta materia donde el sistema político, incluso el más democrático, muestra de modo más patente una tendencia claramente autoritaria que lesiona de manera muy grave la eficacia de las garantías individuales. Adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal⁴, creación de tipos penales específicos que en ocasiones contemplan conductas de dudosa constitucionalidad⁵, agravación general de las penas y endurecimiento en su ejecución⁶, centros de detención o jurisdicciones especiales, expropiación de las facultades judiciales a favor de las gubernativas o suspensión de determinados derechos fundamentales; como es sabido, estas medidas de suspensión de derechos cuentan incluso en España con expresa cobertura constitucional en el art. 55,2, una norma polémica y sin precedentes en la legislación europea que *en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas* autoriza la restricción del plazo de la detención preventiva (art. 17,2 CE), de la inviolabilidad del domicilio y del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18,22 y 3 CE).

Se trata, en definitiva, de una legislación que responde al modernamente denominado Derecho penal y procesal del enemigo⁷, donde al terrorista se le despoja de todos sus derechos, porque se trata de una no-persona, y donde se propicia que se castigue por lo que se es y no por lo que se hace; es decir favorece la aplicación de un Derecho penal de autor y no un Derecho penal de acto donde lo único que cuenta es la pretendida eficacia de las normas penales olvidando que *el Estado alcanza su máximo nivel de legitimidad cuando ofrece un proceso con todas las garantías* (incluso) *a quien pretende su destrucción*⁸.

La aplicación de una normativa tan grave y excepcional como la que acabamos de señalar requeriría, de entrada, una absoluta claridad sobre en qué casos y a qué personas debe resultar de aplicación y precisamente es en este punto donde reside el mayor de los problemas porque no se encuentra en la legislación ni en la doctrina una definición comúnmente aceptada del término terrorismo y cabe decir que es precisamente ahora más que nunca, cuando la violencia política se ha globalizado, que existe un mayor interés en encontrar un concepto que resulte útil tanto para el ámbito interno

4 Como, por ejemplo, equiparando en ocasiones la penalidad de la tentativa y la consumación o de la colaboración con la integración en organización terrorista.

5 En este sentido el delito de colaboración con organización terrorista del Código penal español expresamente declarado por el Tribunal Constitucional como contrario al principio de proporcionalidad en la STC 136/1999, de 20 de julio, o los tipos de apología y enaltecimiento del terrorismo que coartan gravemente la libertad de expresión.

6 A la exasperación de las penas, que en algunos países llegan a la cadena perpetua o prisión permanente revisable e incluso a la de muerte, hay que añadir en nuestro sistema penal y penitenciario medidas como, por ejemplo, el endurecimiento de los requisitos para obtener la libertad condicional o el tercer grado penitenciario, la dispersión y el alejamiento de sus lugares de residencia de los condenados por estas causas o la controvertida aplicación al cómputo de las penas de la denominada *doctrina Parot* cuya aplicación retroactiva ha sido recientemente declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre esta última cuestión vid. especialmente Cuerdo Riezu, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Iustel, Madrid 2014.

7 Vid. Cancio Meliá, M., "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", en *Jueces para la Democracia*, nº 44, julio 2002, págs. 19 y ss. Y Yakobs, G., y Cancio, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid 2003.

8 Como señala expresamente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa el 30 de diciembre de 2010 en el Caso Portu y Sarasola donde se analiza críticamente el Derecho penal del enemigo.

como para el internacional, en especial habida cuenta que cada vez en mayor medida, y en virtud de la aplicación del principio de justicia universal, los Estados pueden juzgar no sólo los actos cometidos dentro de su territorio⁹. Por el contrario, creo que podemos decir que el calificativo terrorista ha adquirido en nuestra sociedad y en nuestro sistema jurídico una desmedida *vis expansiva* por cuanto se invoca para hacer frente a fenómenos y actitudes de muy distinta naturaleza; en demasiadas ocasiones, se confunde al terrorista con el mero disidente político y, además, la expresión sirve para justificar decisiones político-criminales que son muy difíciles de explicar de otra manera por su falta de compatibilidad con los valores de libertad y pluralismo.

Sobre el controvertido concepto de terrorismo, en el ámbito jurídico las definiciones no sólo son diferentes según los autores sino también según los países y, especialmente, según los momentos históricos en que se formulan y, de este modo, el concepto se va adaptando en función de los intereses concretos de cada momento. Unos hablan de terrorismo sobre fenómenos que otros definen sencillamente como movimientos de liberación o de guerrilla o como actos de resistencia o de guerra¹⁰. Algunos califican de terrorismo cualquier ataque contra el Estado, incluso aunque no se trate de actos violentos, otros, sin embargo, argumentan que esta expresión debe hacer referencia exclusivamente al uso de aquellos métodos que infunden un mayor terror en la población, como la utilización de explosivos. Pero, además, hay una cuestión que resulta especialmente controvertida y es si cabe hablar de terrorismo de Estado, es decir, del terrorismo que se ejerce desde dentro del propio sistema político contra sus ciudadanos. Por lo demás, el término terrorismo tiene a veces un sentido más emotivo o periodístico que jurídico y se utiliza sencillamente, y sin mayor precisión, para señalar aquellos casos que nos parecen especialmente graves.

Pero la utilización de un *nomen iuris* específico, y las graves consecuencias penales que este concepto conlleva, requiere sin duda alguna que intentemos precisar sus contornos; se trata de averiguar si es posible obtener una noción técnico-jurídica de terrorismo, una noción que nos describa una realidad histórica específica y permita, en su caso, constituir una tipología penal autónoma. Porque ¿qué caracteres debe reunir la conducta terrorista para que pueda ser identificada como tal?, ¿se trata de un delito común o de un delito político, o constituye un tercer género distinto de los anteriores?. De entrada, hay que señalar que el terrorismo puede ser considerado un delito común en el sentido de que se exterioriza a través de la realización de delitos comunes como asesinatos, secuestros, amenazas, etc. Frente al delito político directo o frontal, la rebelión o el golpe de Estado, la acción terrorista sólo de modo indirecto se dirige contra el sistema político y, sin embargo, como veremos, es esta dirección la que impregna el contenido de sus acciones, la que les da sentido y justifica la necesidad de una respuesta específica.

Al tratarse de la ejecución de delitos comunes, la técnica de tipificación penal del terrorismo suele entonces consistir en la agravación de estos supuestos¹¹ hasta tal punto

9 Tras las sucesivas reformas operadas en el art. 23,4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, la jurisdicción española resulta en la actualidad competente para enjuiciar los delitos de terrorismo cometidos fuera de nuestro territorio nacional siempre que el procedimiento se dirija contra un español, contra un extranjero que resida habitualmente en España o el hecho se realice por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España, o bien la víctima tenga nacionalidad española y, asimismo, cuando el delito se cometa para influir o condicionar la actuación de una autoridad española o contra buques o aeronaves españolas o instalaciones oficiales como embajadas o consulados.

10 Sobre la dificultad de distinguir entre terrorismo y conflicto armado y las consecuencias de cada calificación vid. especialmente Olasolo Alonso, H., y Perez Cepeda, A.I., *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

11 Nuestra legislación penal histórica en esta materia ha contemplado tanto la técnica de incluir el terrorismo

que algunos instrumentos jurídicos se limitan a la mera enumeración de determinados delitos para su calificación como supuestos de terrorismo y así, por ejemplo, el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 o el Convenio Internacional para la represión de los actos terroristas cometidos con bombas de 15 de diciembre de 1997¹². Esta vinculación de la conducta terrorista a la utilización de medios violentos, que procede de las primeras leyes europeas sobre uso de explosivos¹³, no resulta a mi juicio, sin embargo, válida por sí sola para la obtención de una definición de este fenómeno delictivo. Aunque es cierto que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia y, concretamente, mediante la realización de conductas que en sí mismas constituyen delito, parece evidente que definirlo en función de este único elemento conduce a una redundancia jurídica y suele responder, como sucedió en nuestra legislación histórica, a un exclusivo afán despolitizador, a querer borrar del terrorismo toda motivación o connotación ideológica¹⁴; en general, cabe decir que dada la función que desempeñan las legislaciones antiterroristas, que indudablemente no es sólo de represión, esta despolitización tiene un carácter meramente simbólico y de propaganda y está dirigida sobre todo a deslegitimar la actuación de los grupos terroristas, grupos que, a su vez, persiguen precisamente como uno de sus principales objetivos, o quizás como el principal objetivo, el de restar legitimación al Estado¹⁵.

Por el contrario, creo que el delito terrorista debe ser algo más que la utilización de determinados medios porque en ese caso se confundiría con el delito común del que debe ser diferenciado si, como de hecho sucede, se reserva para él un tratamiento jurídico distinto. Por ello, creo que sólo otorgando relevancia jurídica a una dimensión finalística puede delimitarse esta figura, esto es, debe reconocerse que el elemento teleológico es un requisito indispensable para la elaboración de un concepto jurídico penal de terrorismo y este elemento no puede ser otro que la finalidad política. Como se ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones, el terrorismo es un fenómeno siempre vinculado a las luchas de movimientos o partidos políticos y, en el plano jurídico, esta vinculación exige, a mi juicio, que en la construcción de los tipos penales se reconozca la finalidad de estrategia política que caracteriza a las acciones terroristas postura que, además, ha tenido un amplio eco entre la doctrina penal¹⁶.

Y es que reconocer la dimensión política del terrorismo es reconocer que el mismo constituye una cierta forma de participación política, una manera de hacer llegar determinados postulados ideológicos y de intervenir en el proceso de decisión política y, por ello, la tipificación jurídica no puede cerrar los ojos a esta dimensión. Ahora bien, interesa destacar desde el primer momento que la finalidad política en sí misma considerada es perfectamente irrelevante o, al menos, debe ser perfectamente en un Estado de Derecho y ello por muy radical que pueda ser su contenido; lo que importa y lo que caracteriza al terrorismo es que esos postulados políticos se pretendan realizar vulnerando el criterio de legitimidad básico de un sistema democrático, esto es, de forma vio-

como un capítulo específico con tipos cualificados como la de limitarse a una agravante genérica. Vid. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 158 y ss.

12 Vid. Capita Remezal, M., *Análisis de la legislación antiterrorista*, Colex, Madrid 2008, págs. 28 y 29 y Gómez Martín, V., "Notas para un concepto funcional de terrorismo", en *Terrorismo y Estado de Derecho*, cit., pág. 27.

13 Vid. Quintano, A., *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, Revista de Derecho Privado, Tomo IV, Madrid 1967, págs. 45 y ss.

14 Vid. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 162 y ss. Donde se apuntan las razones del legislador español de 1978 para abordar la despolitización del terrorismo. Vid., asimismo, Gómez Martín, V., obra citada, pág. 46.

15 En este sentido vid. Ferrajoli, L., "Terrorismo y crisis tardocapitalista", en *Justicia y Delito*, Universidad Menéndez Pelayo, 1981, pág. 59.

16 Un análisis pormenorizado de la doctrina penal europea en el citado *Tratamiento jurídico del terrorismo*, págs. 80 y ss.

lenta. Violencia y finalidad política resultan entonces dos elementos inescindibles para la definición del terrorismo en el marco de un Estado de Derecho¹⁷ porque, en definitiva, y en cuanto a sus fines últimos, lo que se está protegiendo a través de la incriminación de este tipo de conductas es la exclusividad de los cauces constitucionales como forma de lucha política¹⁸; es más, desde una perspectiva de política criminal, cabe decir que, sin duda alguna, extender la ilicitud de los medios a los postulados ideológicos a lo que contribuiría sería a dotar de legitimidad a la acción terrorista.

La demostrada *vis expansiva* que, sin embargo, suele caracterizar a la legislación anti-terrorista, exige entonces que haya que comenzar distinguiendo netamente el terrorismo de otras figuras como, por ejemplo, la desobediencia civil que también se caracteriza por constituir una forma de participación política al margen de las reglas del sistema aunque, como es sabido, la actitud del desobediente es pública y no clandestina, pacífica y no violenta¹⁹. No obstante, la característica de violencia política no constituye aún criterio suficiente para definir el terrorismo; según creo, y en este sentido se expresa Ferrajoli, la violencia política que caracteriza al terrorismo se define por ir acompañada de una intencionalidad estratégica²⁰ que puede tener un carácter racional y concebirse como un instrumento para alcanzar un estado de cosas no violento —como, por ejemplo, la extinción del Estado y de las clases sociales, la independencia de un territorio o la declaración de confesionalidad de un Estado— pero también puede presentarse como un fin en sí misma, como un acto simbólico con valor revolucionario, pero en ambos casos, y esto es lo definitivo, la violencia y la política se funden en una estrategia, en un sistema ideológico-normativo.

De ahí que también convenga entonces diferenciar el terrorismo de otras formas de violencia política o social de carácter espontáneo, sin objetivos precisos a largo plazo y carentes de un diseño general para el uso de la propia violencia y así, por ejemplo, de las acciones consistentes en okupaciones de fincas o viviendas, de los piquetes de huelga o de los enfrentamientos en las manifestaciones políticas como los protagonizados en los últimos tiempos por los llamados *indignados* o los *antisistema* e incluso de las acciones de la denominada *kale borroka* que deberían haber sido calificadas en todo caso como delitos comunes de daños o desórdenes públicos al carecer de ese diseño estratégico de la violencia terrorista²¹ por más que, en muchos de estos casos, se pretenda imponer determinadas decisiones a los poderes públicos. En caso contrario, corremos el riesgo

17 En este sentido, se pronuncia expresamente la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el denominado Caso Udalbiltza cuando señala que “en un Estado democrático quedan fuera del ámbito penal la acción política y las opiniones y manifestaciones ideológicas, gusten éstas o no, sean mayoritarias o minoritarias, sean compartidas o no... incluso cuando éstas repugnen a la inmensa mayoría, como ocurre con el silencio o la falta de condena de los atentados terroristas”, para afirmar, finalmente, que “es lícita la defensa, por procedimientos pacíficos, de todas las ideas, incluidas las secesionistas o soberanistas... sin que ello implique un ataque a la norma constitucional”. SAN 2/2011, de 20 de enero, Sección 1ª. Sobre esta resolución vid mi comentario publicado en la Revista *Diagonal* de fecha 3 a 16 de febrero de 2011, pág. 27.

18 En este mismo sentido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que define el terrorismo como la utilización sistemática de la violencia o intimidación con fines políticos contrarios al sistema democrático. *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Málaga 2008, pág. 27.

19 Vid. Prieto Sanchis, L., “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho”, en *Sistema*, n° 59, marzo 1984.

20 Señala Ferrajoli que la violencia es en estos casos política por cuanto “se elige, prescribe o exalta como forma específica y necesaria de la acción revolucionaria en cuyo modelo ideológico está prevista como un elemento normativo: como deber (y/o valor) de la violencia”. “La violencia y la política”, en *Justicia y Delito*, citado, pág. 66.

21 Sin embargo, y como es sabido, nuestra jurisprudencia calificó durante muchos años estos supuestos como terrorismo no organizado o individual según el tipo entonces vigente en el art. 577 del Código penal e incluso más tarde los autores de este tipo de acciones llegaron a ser condenados por delitos de terrorismo organizado tras declarar el Tribunal Supremo, en su sentencia de de 19 de enero de 2007, que las organizaciones juveniles Jarrai, Haika y Segi constituían un grupo terrorista.

de incluir dentro de la categoría del terrorismo toda forma de violencia que presente una directa o indirecta relevancia política incluso las que constituyen meras e improvisadas manifestaciones de protesta y que, por ello, están muy lejos de formar parte de esa violencia estratégica dirigida a la conquista o preservación del poder que es, a mi juicio, el supuesto para el que debe reservarse el término terrorismo. Como más adelante veremos, esta configuración de la violencia política nos conducirá directamente a exigir la presencia de un elemento más para la definición del terrorismo, el denominado elemento estructural, que supone que el conjunto de las diferentes acciones violentas se pueden imputar a un mismo sujeto que no puede ser otro que la organización terrorista, que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y da coherencia al modo de conseguirlo.

Sin duda alguna, uno de los reconocimientos más explícitos de la dimensión política del terrorismo a nivel legislativo es la prevista en el Código penal español de 1995 que, en la actualidad y tras la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, define en su art. 573 los delitos de terrorismo como la realización de determinados delitos graves cuando se realicen, además de para crear terror o alarma, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas, de las estructuras económicas o sociales del Estado o de una organización internacional, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

Creo que no existe duda alguna de que las finalidades que acabamos de mencionar tienen un carácter político pero, además, hay que resaltar, de entrada, que estos fines pueden ser invocados tanto con acciones que se lleven a cabo desde fuera como desde dentro del propio Estado, es decir que cabe incluir en el concepto de violencia política los supuestos en que el terrorismo se practica por los propios servidores del Estado, esto es, los casos del denominado Terrorismo de Estado²². Ciertamente es que, normalmente, el programa político de una organización terrorista tendrá un carácter revolucionario, transformador, o, al menos, contrario al orden establecido, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide, a mi juicio, conceptualizar también como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario, esto es, a un grupo que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario y, en este sentido, creo que cabe decir que mientras las organizaciones revolucionarias o transformadoras del orden político pretenden suplantar al legislador creando normas generales, el terrorismo de Estado se encamina hacia la suplantación de quienes se encargan de aplicar esas normas, esto es del poder judicial²³. Es más, creo que quienes dicen utilizar la vía violenta para defender al Estado no se limitan a una actuación de mera preservación del mismo

22 Como es conocido, la Audiencia Nacional, en la sentencia 30/1991, de 20 de septiembre, no condenó por delito de terrorismo a los funcionarios de policía Amedo y Domínguez por entender que sus acciones delictivas no tenían un propósito subversivo, es decir de oposición al Estado, sino que “aunque por medios jurídicamente reprobables” perseguían la defensa del mismo. A mi juicio, sin embargo, esta interpretación jurisprudencial, absolutamente aislada por cierto, no debía haber prosperado pues, como acabamos de señalar en el texto, la índole o clase de finalidad política que se persiga en un Estado de Derecho debe ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal; por muy radical o heterodoxo que pueda ser un programa político sólo adquiere desvalor jurídico en un sistema democrático por el uso de la violencia, por la no utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política. Un análisis pormenorizado de las resoluciones dictadas en el Caso Amedo y Domínguez tanto por la Audiencia Nacional (SAN 30/1991, de 20 de septiembre) como por el Tribunal Supremo (STS de 12 de marzo de 1992) en mi trabajo “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del Caso Amedo)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fasc. II, mayo-agosto 1993 y Gonzalez Cussac, J.L., “Paradojas del Caso Amedo”, en *Poder Judicial*, nº 27, 1992.

23 “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del Caso Amedo)”, citado, págs. 549-550.

sino que persiguen, en realidad, también su transformación frontal; porque, en definitiva, negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado, que era lo que alegaban los GAL, es negar no sólo la eficacia de ese método democrático en casos concretos, sino negar también el sistema mismo que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación.

Pero junto a los fines de carácter estrictamente políticos el Código penal español también alude a las finalidades consistentes en alterar gravemente la paz pública o provocar un estado de terror en la población o en parte de ella, expresiones que, sin duda alguna, constituyen un claro concepto jurídico indeterminado que resulta contrario al principio de legalidad penal y que, sobre todo, nos plantea la importante cuestión de si el terrorismo ya no se concibe entonces exclusivamente como un delito político, es decir si cabe calificar también como terroristas a quienes sólo persiguen atentar contra el normal desarrollo de la vida ciudadana sin pretender la alteración política o la coacción del Estado.

Resulta indudable que la alarma o la alteración de la vida normal puede ser el fin inmediato de conductas como el terrorismo pero también de otras que, por su asiduidad o gravedad, logren ese mismo objetivo y resulta muy discutible que el legislador haya buscado de propósito la equiparación de ambas. Si, como hemos señalado, el ejercicio de la violencia debe responder en el terrorismo a una estrategia política, la alarma, la alteración de la paz pública o la producción de intimidación o de un estado de terror, que no son más que estadios de un mismo concepto, suele ir indisolublemente unidos a este tipo de acciones, por ello, si en última instancia no se requiere también la finalidad política conectada a la producción de estos estados, no existirá posibilidad de distinguir el terrorismo de otros tipos delictivos comunes²⁴ y, sobre todo, trataremos de igual modo a fenómenos muy diferentes que por serlo requieren una respuesta distinta.

Finalmente, esta concepción de la violencia política como una estrategia de conquista o preservación del poder, nos conduce a señalar que entonces sólo cabe hablar de terrorismo cuando el conjunto de acciones violentas se pueden imputar a un mismo sujeto: la organización terrorista que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo. Desde esta perspectiva, que añade la exigencia de un nuevo requisito al concepto de terrorismo que proponemos, el denominado elemento estructural u organizativo, cabe decir que en realidad el sujeto no es el terrorista sino el grupo terrorista que constituye un contraordenamiento respecto del Estado y que se inspira en un análogo, aunque antitético, principio de legitimidad²⁵. La organización cualifica así la violencia y la convierte en un instrumento, en una estrategia que se orienta a romper el monopolio estatal, donde lo relevante no es la cantidad o intensidad de esa violencia sino que se trate de una violencia racional, imputable a un mismo sujeto abstracto y dirigida a una finalidad política de relevancia colectiva. La finalidad política, por su parte, se halla presente como objetivo consciente de la organización, como elemento definidor de su propia estructura lo que nos permite entonces distinguir el terrorismo de otros fenómenos, también de relevancia o gravedad, de delincuencia organizada, como las diversas formas de *camorra* o de *mafia* que carecen de

24 En igual sentido Pérez Cepeda, A.I., "Definición del delito de terrorismo como un delito internacional", citado, págs. 64-66, quien recuerda que ésta es, además, la línea seguida por la normativa dictada en esta materia por la Asamblea General de Naciones Unidas. Para otros autores, sin embargo, la intención de atemorizar a una población es la que caracteriza al terrorismo, vid. Asua Batarrita, A., "Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental", en *Estudios jurídicos en memoria de Jose María Lidón*, 2002, págs. 79 y ss. Y García Rivas, N., "La tipificación europea del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 4, noviembre 2005, pág. 7.

25 *Tratamiento jurídico del terrorismo*, citado, págs. 91 y ss.

ese programa por más que su cualificada organización o la relevancia de sus acciones pueda llegar a representar un auténtico “problema político”²⁶.

En cuanto a las características que deben exigirse para integrar el concepto de organización terrorista el problema no es tanto numérico como de estructura, permanencia o estabilidad. Este es precisamente el criterio que sigue nuestra legislación vigente para distinguir en general las organizaciones de los grupos criminales, según lo previsto en los arts. 570 bis y ter²⁷, debiendo presentar las primeras un carácter estable o permanente con distribución de funciones entre sus miembros, requisitos todos que ha sido habitual exigir en las organizaciones terroristas conceptuadas tradicionalmente por la jurisprudencia como auténticas asociaciones ilícitas²⁸ y exigiendo, por tanto, que se trate de sociedades organizadas y estructuradas, con cierta continuidad y jerarquía y donde, especialmente, debe existir una actividad social que va más allá de la realización de concretos hechos delictivos²⁹. Estos requisitos han llevado a nuestros tribunales a calificar como organizaciones terroristas a grupos perfectamente estructurados y estables como ETA o GRAPO pero sin que hayan existido tampoco graves obstáculos para incluir agrupaciones con estructuras diferentes como las yihadistas y así, paradigmáticamente, se pronuncia las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2007 o de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2007 que juzgó los atentados en Madrid del 11 de noviembre de 2003³⁰.

Todo lo anteriormente señalado nos conduce inexorablemente a la conclusión de que los actos de violencia individual tampoco deberían entonces formar parte del concepto de terrorismo aunque muchos ordenamientos, y así el Código penal español en especial tras la última reforma por la LO 2/2015, prevén que el sujeto activo del delito de terrorismo pueda tratarse de una persona individual que opere sin estar conectado con una organización³¹; en los últimos tiempos, y precisamente ante las peculiares formas del terrorismo yihadista, se ha suscitado el debate en torno a la punibilidad de los denominados por la prensa “lobos solitarios” del terrorismo, esto es, los que, al menos aparentemente, actúan al margen de estructuras asociativas. Creo, sin embargo, que los supuestos de auténtico terrorismo individual son ciertamente escasos³²; que las acciones

26 Sin duda alguna este tipo de organizaciones puede tener sus propios intereses políticos, generalmente conservadores, pero esos intereses no constituyen un fin sino un medio para alcanzar sus auténticos objetivos centrados normalmente en controlar la actividad económica.

27 Organizaciones o grupos que podrán ser a su vez calificadas como terroristas cuando, de acuerdo con el art. 571, su finalidad sea la comisión de un delito de terrorismo.

28 Así, entre otras, las STS de 29 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002.

29 Por todas la STS de 1 de marzo de 2005.

30 Sin embargo, este último caso, las células de corte yihadista, parece ser el motivo por el que el legislador haya recurrido también en esta materia a la tipificación de los grupos como un supuesto distinto de las organizaciones pues, en algún caso, había sido cuestionado por la doctrina y la jurisprudencia que este tipo de agrupaciones pudieran ser conceptuadas como asociaciones terroristas. A mi juicio, sin embargo, el problema no es en estos casos de falta de estructura organizativa sino de diversa forma de organizarse que hace del elemento numérico un supuesto adaptado a las necesidades de cada momento y de cada tipo de acción; pero, en todo caso, el concepto de grupo, que resulta más cercano a la asociación transitoria para delinquir, no parece muy compatible con el fenómeno terrorista pues creo que cabe decir que difícilmente se puede poner en auténtico peligro el orden político desde una agrupación de carácter temporal no diseñada precisamente para realizar un uso estratégico de la violencia sino que parece responder en mayor medida a la ejecución de acciones puntuales que agotan su finalidad.

31 La reforma de la legislación antiterrorista introducida en el Código penal por la LO 2/2015, de 30 de marzo, si bien mantiene en el art. 571 el delito de organización o grupo terrorista, borra de los tipos penales específicos de terrorismo toda referencia expresa al elemento estructural u organizativo permitiendo por tanto que este pueda llevarse a cabo de forma individual o no asociada. Un exhaustivo análisis de la figura del terrorismo individual en Capita Remezal, M., obra citada, pág. 201 y ss., quien también se muestra partidario de que estos supuestos no se incluyan entre los delitos de terrorismo.

32 Quizás los casos más conocidos a nivel internacional sean los protagonizados a finales de los años setenta por el norteamericano Theodore John Kaczynski, alias “Unabomber”, cuyas acciones consistían en el envío de cartas bomba, o por el noruego Anders Breivik que en julio de 2011 hizo estallar una bomba frente a la sede del

terroristas se ejecuten por una o dos personas no significa que detrás de las mismas no exista una organización proporcionando, por ejemplo, el armamento, la infraestructura necesaria o, sobre todo, marcando los objetivos, pero, en cualquier caso, y aunque este tipo de acciones pueden sin duda generar un clima de alarma o sembrar el terror entre un cierto sector de la población³³, reitero que sólo cuando se actúa desde una estructura organizada, desde una auténtica asociación terrorista, cabe decir que se pone en verdadero peligro al Estado y, por tanto, cabría justificar la diversidad del tratamiento jurídico.

Desde los anteriores presupuestos, que deben conformar, a mi juicio, el concepto de terrorismo, conviene ahora que nos detengamos en el análisis crítico de las medidas jurídicas dictadas para combatirlo. Lo cierto es que la respuesta jurídico-penal al terrorismo, junto a la creación de algunos tipos específicos, difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas, pues en definitiva el terrorismo se exterioriza a través de la comisión de delitos comunes; por ello, cabe decir que la originalidad de este tipo de legislación reside más bien en la alteración de las reglas procesales, es decir, en promulgar unas reglas específicas que deroguen el régimen ordinario de garantías lo que, normalmente, se traduce en una merma de los derechos individuales hasta el punto de que no parece exagerado afirmar que este capítulo constituye la dimensión del Estado de Derecho que más ha sufrido como consecuencia de la respuesta al fenómeno terrorista tanto en España como en otros países democráticos de nuestro entorno cultural.

La promulgación de leyes excepcionales en materia antiterrorista no constituye sin embargo un fenómeno nuevo sino que resurge o se acentúa con el recrudecimiento de este tipo de acciones; bajo la bandera de la seguridad o de la máxima de que no debe haber libertad para los enemigos de la libertad, se produce una dialéctica agresión-legislación que termina difuminando la frontera entre la normalidad y la excepcionalidad jurídica³⁴ y que, hoy podemos decirlo, termina por persistir más allá de los acontecimientos que dieron lugar a su promulgación. En realidad lo que sucede es que el ataque al Estado, al poder, sigue siendo, como desde el inicio de los tiempos, el crimen más grave, el crimen por excelencia, por más que otras conductas delictivas causen muchas más víctimas como, por ejemplo, la violencia de género.

Y en este juego de normalización de lo excepcional hay que comenzar partiendo de lo previsto por el art. 55,2 de la Constitución española, una norma que, como ya hemos señalado, permite la suspensión de derechos por la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y que, a diferencia de lo establecido para los supuestos excepcionales del art. 55,1 CE, no tiene, ni constitucional ni legalmente, límites temporales para la aplicación de la mencionada suspensión lo que, a mi juicio, resulta incompatible con un derecho de emergencia³⁵. Pero además, una norma que, habiendo sido cata-

Gobierno en Oslo para posteriormente desplazarse a la isla de Utoya donde mató a 69 jóvenes del Partido Laborista Noruego. Incluso el anarquismo, al que a lo largo de la historia se ha atribuido un mayor número de atentados políticos realizados individualmente, actúa hoy de forma organizada y así, por ejemplo en España, los Comandos Autónomos Anticapitalistas o, más recientemente, el denominado Comando Insurreccionalista Mateo Morral al que se le atribuyen los atentados con explosivos realizados en 2013 en la Catedral de la Almudena en Madrid y en la Basílica del Pilar de Zaragoza que sólo causaron daños materiales.

33 Los ataques con armas y un elevado número de víctimas en EEUU realizados en escuelas, universidades o centros comerciales que se producen con una asiduidad alarmante y generalmente llevados a cabo por una sola persona, no suelen, porque no lo son, calificarse como actos de terrorismo.

34 Vid. Marletti, C., "Il terrorismo moderno como strategia di comunicazione. Alcune considerazioni a partire del caso italiano", en *La violenza interpretata*, a cura di Renzo Villa. Quaderni La Questione Criminale 3, Il Mulino, Bologna 1979 y Ferrajoli, L., "Terrorismo y crisis tardocapitalista", en *Justicia y Delito*, Universidad Menéndez Pelayo 1981, p. 59.

35 Creo que no someter a término cierto la suspensión de derechos fundamentales resulta contrario al espíritu constitucional y a la propia lógica interna del sistema jurídico. En igual sentido Cruz Villalón, P., *La protección extraordinaria del Estado*, CEC, Madrid 1979, p. 679-680.

logada por la doctrina como un supuesto de “suspensión individualizada de derechos fundamentales”³⁶, no acoge realmente una suspensión de carácter individual, porque afecta potencialmente a todos los ciudadanos, ni tampoco se trata de una suspensión de derechos en sentido riguroso sino más bien de una restricción permanente que de-roga el régimen establecido por la Constitución para ciertos derechos fundamentales. Y a esto podemos unir otras cuestiones no menos importantes como que la legislación de desarrollo de este precepto, según veremos, ha ido más allá de la habilitación concedida suspendiendo derechos que no están previstos en la norma constitucional.

En cuanto a quién cabe aplicar la normativa de desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución, esto es, cuál es el ámbito de aplicación del régimen de suspensión de derechos fundamentales, ésta sólo podrá operar “para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”³⁷ pero es necesario recordar, asimismo, que existe además un caso, tradicionalmente vinculado al terrorismo, donde hoy no cabe aplicar esta restricción de garantías según lo establecido expresamente por la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87 que, contra lo previsto en la legislación precedente, dictaminó la ilegalidad de aplicar la suspensión de derechos en esta materia a los que hicieren la apología de las organizaciones terroristas o de sus actividades delictivas pues ello suponía partir de la presunción de que tras una identificación ideológica existía una vinculación real con el terrorismo presunción que claramente resulta contraria a nuestra Carta Magna³⁸. No cabe pues considerar terrorista a quién hace apología del terrorismo y, en consecuencia, no cabe limitar sus derechos y ello, a mi juicio, a pesar de que el vigente art. 573, 3 del Código Penal, señala expresamente que todos los delitos previstos en el Capítulo donde se ubica este precepto tendrán la consideración de delitos de terrorismo, una previsión que hasta ahora no estaba contenida en el Código y que, sin duda alguna, lo que busca es la extensión a todos estos supuestos de las medidas procesales excepcionales sobre competencia de enjuiciamiento y suspensión de derechos fundamentales aplicables en estos casos pero una extensión que no resulta posible, según lo anteriormente señalado, en lo que respecta a los delitos de apología y otras conductas de propaganda. Y, sin embargo, a pesar de que no se puede considerar que estos casos constituyan un delito de terrorismo siguen siendo enjuiciados por la Audiencia Nacional³⁹.

Precisamente la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional es la primera cuestión a analizar pues se trata del órgano jurisdiccional que aplica esta suspensión de derechos y juzga los delitos de terrorismo. Esta es, sin duda, una de las cuestiones más polémicas pues cabe señalar que la atribución de competencia tiene también carácter excepcional pues, como es sabido, deriva de lo previsto en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988 una previsión que, según señala reiteradamente la doctrina, vulnera el derecho al juez natural y el principio de inmediatez⁴⁰ y pone en duda la eficacia de la intervención judicial como forma de control de la

36 Así Fernández Segado, F., “La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 35, 1983, p. 123 y ss.

37 Señala acertadamente Antonio Cuerda que la primera limitación viene determinada en el propio tenor literal del art. 55,2 que circunscribe la suspensión de derechos a la investigación sobre la “actuación” y no sobre la “existencia” de las bandas armadas o elementos terroristas. “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales tras el fin de la actividad armada de ETA”, *Revista Hermes*, nº 24, octubre 2012, p. 34.

38 Vid. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, cit., p. 395

39 Vid. Lamarca, C., “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, en *La Ley Penal*, nº 28, junio 2006, p. 51, donde expresamente se sostiene y argumenta la competencia de la jurisdicción ordinaria.

40 En este sentido, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 396 y ss. y, asimismo, Andrés Ibáñez, P., “Democracia autoritaria y administración de justicia en España”, en *Justicia y Delito*, cit., p. 20, Gimeno Sendra, J.V., *Fundamentos de Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid 1981, p. 93 y ss. y Serrano-Piedecabras, J.R., *Emergencia*

suspensión de derechos. No obstante, hay que señalar que el propio Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que esta jurisdicción no resulta contraria al sistema de organización judicial diseñado por la Constitución⁴¹ y ello a pesar de que su origen enlaza directamente con el Tribunal de Orden Público.

Pero, al margen del juicio que nos merezca la Audiencia Nacional, creo que lo más importante es destacar aquí la discutida eficacia de la intervención judicial como forma de control de la suspensión de derechos. De todos es sabido que los citados órganos judiciales se ubican en Madrid y aunque es cierto que el Juez Central puede desplazarse o delegar en el de Instrucción del lugar donde se halle el detenido la importancia y severidad de las medidas a aplicar así como su urgencia exigen que, desde el inicio de las investigaciones, debiera ser atribuida la competencia al juez natural que es el único que en la práctica puede mostrarse eficaz en esta labor de control⁴². Creo que la competencia de la Audiencia Nacional constituye, tal vez, el elemento central del régimen de suspensión de derechos y ello porque sustituye una intervención real y directa por una intervención ritual y honoraria que difícilmente puede garantizar una auténtica fiscalización de la actuación gubernativa por lo que creo que debería retornarse al régimen ordinario otorgando la competencia al Juez natural⁴³ incluso en aquellas causas aún pendientes⁴⁴.

En cuanto a los concretos derechos que pueden ser suspendidos con motivo de las investigaciones por actuaciones antiterroristas el primer derecho afectado es lógicamente el derecho de libertad pero aquí lo excepcional es que cabe una prórroga de la detención conforme a lo previsto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como es sabido, la detención gubernativa puede durar en el régimen ordinario hasta tres días pero en los casos de terrorismo la suspensión consiste en que cabe su prolongación por cuarenta y ocho horas más, es decir, la detención policial puede llegar a ser hasta de cinco días límite máximo para que se produzca la puesta a disposición judicial del detenido. En realidad, la detención gubernativa tuvo inicialmente un plazo previsto de hasta siete días de duración pero fue reducido a los actuales cinco días en virtud de lo establecido por la ya mencionada STC 199/87 que rodeó también de mayores garantías el régimen de concesión de esta prórroga pues, tanto su petición a la autoridad judicial como su correspondiente autorización o denegación por la misma, han de ser motivadas.

Con todo, creo que faltan buenas razones para ampliar un plazo que ya es suficientemente dilatado en situaciones ordinarias y que, a mi juicio, responde a una concepción equivocada del significado de la detención gubernativa que en nuestro sistema procesal no debe señalar el comienzo de las investigaciones policiales sino su culminación; esto es, primero se debe investigar para posteriormente detener excepto en casos muy excepcionales como ante el temor de huida del culpable o de destrucción de pruebas.

y *crisis del Estado social*, PPU, Barcelona 1988, p. 213. Curiosamente, el segundo apartado de la citada Disposición Transitoria señala que la normativa que modifique este régimen “se inspirará en el principio de inmediación judicial”, lo que prácticamente supone realizar una confesión de que hoy no se garantiza la vigencia de este principio.

41 Vid. las STC 199/1987 y 153/1988, así como la STS de 11 de octubre de 2001.

42 Martín Pallín llegó a calificar la intervención del Juez durante la detención en estos casos como inconstitucional, contemplativa y degradante. “Realidad actual de las funciones de Jueces y Fiscales en la aplicación de las leyes contra el terrorismo”, en *Actualidad Jurídica*, nº9, 1981, p. 12.

43 Esta es también la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal. Vid. *Una alternativa a la actual política criminal sobre Terrorismo*, Málaga 2008, p. 61-62.

44 Advertía el entonces Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, que “el día que desaparezca el terrorismo de ETA habrá que redefinir su trabajo (de la Audiencia Nacional) y las competencias de éste órgano judicial...”, en “Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales”, en *El nuevo panorama del Terrorismo en España*, Universidad de Alicante 2013, p. 102. En la actualidad, sin embargo, y habiendo transcurrido más de cinco años desde el efectivo cese de la actividad violenta de ETA, anunciado el 20 de octubre de 2011, la Audiencia Nacional sigue manteniendo sus competencias en materia de terrorismo.

Desde estos presupuestos, la medida de ampliación del plazo de la detención en los supuestos de investigación por actuaciones terroristas resulta entonces innecesaria y peligrosa; innecesaria porque el plazo de setenta y dos horas resulta más que suficiente para que, con los medios técnicos actuales, se lleve a cabo cualquier comprobación o averiguación; peligrosa, porque se presta a convertirse en un instrumento de doblegamiento de la voluntad que contradice los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable⁴⁵.

Por todo ello, si bien es cierto que es preferible la situación actual, creo que las mismas razones que señaló el Tribunal Constitucional en 1987 para declarar la inconstitucionalidad de los siete días de prórroga pueden esgrimirse ahora respecto de los cinco días. Para realizar el trámite de confesión o para tomar nota de su negativa, creo que setenta y dos horas son más que suficiente e incluso aún resulta un plazo dilatado; y si lo que se desea es tener incomunicado al detenido para realizar otras investigaciones o proceder, por ejemplo, a la captura de otros implicados, no vemos obstáculo alguno para que esta incomunicación se produzca en prisión bajo la tutela de la autoridad judicial.

Precisamente la medida de incomunicación de los detenidos es la que constituye a mi juicio la piedra angular del sistema de suspensión de garantías y también sufrió importantes modificaciones tras la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 1987. Ciertamente, resultaba contrario a nuestro texto fundamental entender, como venía siendo práctica habitual antes de esta resolución, que la incomunicación podía ser decretada por la autoridad gubernativa sin la necesaria intervención judicial y en este sentido se pronunció nuestro más alto Tribunal exigiendo expresamente que la incomunicación sea “objeto de simultanea solicitud al órgano judicial competente”, exigencia que ahora viene recogida en el artículo 520 bis 2 de la LECrim donde se prevé que la autoridad judicial, por medio de resolución motivada⁴⁶, confirme o deniegue la medida en el plazo de veinticuatro horas.

Lo cierto es, sin embargo, que, aunque también en este caso resulta preferible la normativa vigente, durante veinticuatro horas la competencia para proceder a la incomunicación se atribuye a la autoridad gubernativa y además hay que poner de manifiesto que la medida ha venido aplicándose por los jueces de una manera sistemática y burocratizada, sin más justificación que la mera referencia general al delito de terrorismo sin explicar, por tanto, su necesidad en el caso concreto⁴⁷; pero sobre todo y lo que es más grave hay que señalar la falta de cobertura de esta medida que no está prevista en el artículo 55,2º de la Constitución lo que no le ha parecido reprochable al Tribunal Constitucional⁴⁸ siendo así que, a mi juicio, esta falta de previsión genera su palmaria inconstitucionalidad⁴⁹.

45 La posible vulneración de estos derechos recogidos en el artículo 24 de la Constitución, fue precisamente el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987 para declarar la inconstitucionalidad de la prórroga de siete días inicialmente establecida por la LO 9/1984. Vid. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, cit., p. 402 y ss. y, en el mismo sentido crítico las conclusiones del Grupo de Estudios de Política Criminal en *Una alternativa a la política criminal sobre terrorismo*, cit., p. 62.

46 Como señala la STS 800/2006, de 13 de julio, debe exigirse un especial rigor en las resoluciones que acuerdan la incomunicación al afectar y limitar derechos tan fundamentales como el de defensa. Otros veredictos del Tribunal Supremo no se han mostrado, sin embargo, tan exigentes y, en este sentido, la STS de 22 de abril de 2005.

47 Quizás por todo ello el Informe del Relator Especial de la ONU Martin Scheinin “recomienda la completa erradicación de la detención incomunicada por cuanto ese régimen excepcional no sólo supone el riesgo de que se inflinja un trato prohibido a los detenidos, sino que también expone a España a denuncias de torturas y, en consecuencia, debilita la legitimidad de sus medidas antiterroristas”. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Misión a España, 2008*.

48 Vid. la STC 127/2000

49 Aunque es cierto que la Constitución no establece ninguna garantía específica sobre el régimen de comunicaciones o incomunicaciones de los detenidos o presos, por lo que pudiera entenderse que la legislación

En todo caso, la incomunicación se realiza sin perjuicio del derecho de defensa pero con las siguientes excepciones, previstas en el artículo 527 LECrim., que suponen gozar de un derecho a la asistencia letrada restringido restricción que, por cierto, tampoco está autorizada por el art. 55,2 de la Constitución y que se traduce en que la designación de abogado en estos casos es de letrados del turno de oficio y no del abogado libremente elegido por el detenido, existiendo además expresa exclusión del derecho a la entrevista privada con el abogado defensor al término de la práctica en que éste hubiere intervenido y, finalmente, también queda suspendido el derecho a comunicar la detención a familiares u otras personas libremente elegidas por el detenido.

En primer lugar, y comenzando por la última de las restricciones, que no se pueda comunicar la detención, ni el hecho que la produce ni el lugar donde se encuentra el detenido, me parece una medida sin justificación alguna. Recuerda las disposiciones del tristemente famoso Decreto Nacht und Nebel del nacionalsocialismo donde la instauración de este tipo de medidas perseguía sembrar el terror entre la población y ha sido el sistema utilizado por las Dictaduras de toda condición. La tragedia de los desaparecidos comienza siempre de este modo y precisamente por ello la Convención sobre desapariciones recientemente firmada por España se muestra contraria al régimen de incomunicación.

En cuanto a las restricciones al derecho de defensa vamos camino de lo que ya prevenía la legislación alemana de 1974 que, entre otras medidas, permitía excluir al defensor del proceso, limitaba el número de abogados en la causa y prohibía que un mismo letrado pudiera defender a varios imputados⁵⁰. La exclusión del abogado de confianza, se ha dicho hasta la saciedad, convierte al abogado del sospechoso en abogado sospechoso sin que al estar éste imputado pueda a su vez ejercer su propio derecho de defensa y, en todo caso, resulta una injerencia inadmisibles al identificar al abogado con la causa o la persona que defiende.

Creo que la libre designación de abogado defensor forma parte del núcleo esencial del derecho de defensa y por lo tanto no cabe suspender en este sentido el derecho⁵¹. Contra lo que en ocasiones han señalado nuestros tribunales, el abogado no es un mero convidado de piedra que se limita a garantizar con su presencia un mejor trato al detenido y a controlar la transcripción de las declaraciones⁵²; para esto no es ni siquiera necesario un abogado. El abogado es algo más, especialmente en los procesos penales el letrado debe ejercer su papel defensor desde los primeros momentos y sobre todo en la primera declaración policial y judicial del detenido, por ello cabe decir que el derecho de defensa no sólo está contenido en el artículo 24 de la Constitución sino, asimismo, en el artículo 17,3 que no puede dejar a la ley el desarrollo de aspectos tan esenciales como la libre elección de letrado; libre elección que, además y como venimos señalando, no está tampoco previsto que pueda ser suspendida al amparo de la legislación antiterrorista.

Se desconfía del abogado libremente elegido porque, se dice, suele existir una afinidad ideológica con el imputado que puede conducir a entorpecer la investigación o

no limita ningún derecho o garantía constitucional, hay que tener en cuenta, sin embargo, las consecuencias que la incomunicación tiene para el ejercicio del derecho de asistencia letrada y, en definitiva, para el derecho de defensa, reconocido en los artículos 17,3 y 24,2 de la Constitución que no admiten ningún género de suspensión al no estar expresamente prevista en el art. 55,2.

50 Vid. más ampliamente, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 375 y ss. y la bibliografía allí citada.

51 En el mismo sentido vid. Gómez Colomer, J.L., *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1988, p. 125 y Moreno Catena, V., "El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa", en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, J.L. Gómez Colomer y J.L. González Cussac coordinadores, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 392, así como las conclusiones del GEPC en *Una alternativa...*, cit., p. 63. No obstante, hay que señalar también que desde la STC 196/1987, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la constitucionalidad de la medida de imponer un abogado de oficio prevista en el art. 527 LECrim.

52 En igual sentido Moreno Catena, V., ob. cit., p. 395

a servir de transmisor de informaciones⁵³. En cuanto a la táctica del entorpecimiento, como todo el mundo sabe no es ni mucho menos privativa del ámbito de la defensa antiterrorista, es más, en estos casos es el propio sistema judicial y sobre todo de la Audiencia Nacional con la habitual existencia de macrojuicios, los auténticos entorpecedores del procedimiento; en cuanto a la transmisión de informaciones, tampoco nos parece que pueda ser considerada privativa del abogado de confianza máxime si tenemos en cuenta que en estos casos se ha excluido el derecho a la entrevista privada entre abogado y cliente⁵⁴.

En cuanto a la suspensión de otros derechos o garantías hay que señalar, con respecto a la prisión provisional, que son aquí de aplicación las reglas generales previstas en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la única especialidad en los supuestos de terrorismo consiste en que se podrá suspender excepcionalmente la excarcelación por el plazo máximo de un mes si la medida de libertad es recurrida por el Ministerio Fiscal siempre que no se hayan agotado los plazos y prórrogas previstos en el artículo 504. Afortunadamente, esta suspensión es ahora potestativa y no obligatoria para el Tribunal pero, en todo caso, se conculca el derecho de igualdad de las partes cuando sólo una de ellas, el Ministerio Fiscal, puede tener opción a suspender una resolución judicial con la mera interposición de un recurso.

Más importancia tiene, a mi juicio, lo relativo a la inviolabilidad del domicilio que, como es sabido, constituye un derecho relativo, es decir, un derecho que la propia Constitución autoriza su restricción en los supuestos contemplados por la ley y siempre que medie una autorización judicial o en caso de flagrante delito. La especialidad de la legislación antiterrorista en estos casos reside únicamente, aunque no es poco, en lo que podemos denominar una expropiación de las competencias judiciales en favor de las policiales pero, eso sí, a mi juicio, ello no supone que no deban observarse también en estos casos todas las garantías o requisitos generales de la práctica de un registro domiciliario establecidos en la legislación procesal como, por ejemplo, la exigencia de una orden formal y escrita donde figuren los datos de la persona y domicilio a registrar o la ineludible presencia de testigos en el acto de registro⁵⁵.

Con respecto a la suspensión de este derecho, y según señala el artículo 553 de la LECrim., sólo “en casos de excepcional o urgente necesidad” puede procederse a la detención inmediata de las personas relacionadas con actividades terroristas así como al registro del domicilio donde se oculten y la ocupación de los efectos que en ellos se hallen y guarden relación con la actividad delictiva. La medida debe estar motivada y hay obligación de comunicar al juez por medio de informe del resultado del registro y de las detenciones practicadas en su caso y, tras la STC 199/1987, debe comunicarse asimismo las personas que han intervenido en el registro y los incidentes que hayan podido registrarse.

La verdad es que el registro del domicilio del sospechoso no es una medida infrecuente y no sólo en el ámbito de la legislación antiterrorista, aunque aquí lo extraordina-

53 Gómez Colomer, J.L., ob. cit., p. 146.

54 Es evidente que la afinidad ideológica por sí sola no puede suponer ni siquiera un indicio de la conducta de entorpecimiento o transmisión de informaciones; tanto el detenido como su abogado, como todas las partes del proceso penal, y así el mismo Juez o Fiscal o la Policía Judicial, tienen todo el derecho, reconocido en la Constitución, a sostener y defender cualquier posición ideológica incluso por muy radical que pueda ser su contenido. Pero es más, en el ámbito de los procedimientos penales cabe decir incluso que resulta lógico que el imputado reclame la elección de un abogado de confianza precisamente porque existe una afinidad ideológica con el mismo y ello no sólo en el enjuiciamiento de los delitos de carácter más político o de motivaciones de índole religiosa sino también, por ejemplo, en el caso de defraudaciones fiscales o de los grandes delitos de ingeniería financiera. En muchos casos, la base de una auténtica defensa deberá partir de la comunión de ideas entre letrado y cliente pues puede resultar muy recomendable para convencer mostrarse convencido.

55 Más ampliamente en *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 416 y ss.

rio es que lo decida la policía y no la autoridad judicial; lo que resulta menos frecuente, aunque a veces ha tenido lugar en determinadas circunstancias como, por ejemplo, ante secuestros, son los llamados “peinados” de zona con registros indiscriminados de viviendas en un cierto barrio etc. medida que hasta la fecha, por cierto, ha tenido escasos resultados. En todo caso, lo que no tiene mucho sentido es la suspensión de este derecho pues, si se trata de un delito flagrante o de la persecución de un delincuente, basta con aplicar lo previsto con carácter general por el artículo 553 de la LECrim y, en otros supuestos, no se comprende como con los medios tecnológicos que hoy existen (petición por Fax o correo electrónico) no se recurra siempre a la solicitud de autorización judicial.

Un supuesto especialmente polémico que también experimentó notables mejoras tras la citada STC 199/1987, es el que hace referencia a la suspensión de función o cargo público, medida que supone que a toda persona detenida o acusada por actividades terroristas se le suspende automáticamente en el cargo o función pública que ejerce o se le impide acceder al mismo resultando ciertamente curioso su previsión sólo para los casos de terrorismo, donde resulta escasísimamente aplicable, y no para aquellos delitos relacionados directamente con el ejercicio de cargo o función pública como, por ejemplo y paradigmáticamente, los casos de corrupción.

La referida suspensión se contempla en el artículo 384 bis de la LECrim. y se denominó en los debates parlamentarios de la Ley de 1984, de donde procede, como “artículo Yoldi” pues era el supuesto al que hacía referencia: la presentación desde prisión de Juan Carlos Yoldi a la elección de Lehendakari por Herri Batasuna siendo el único contrincante del posteriormente elegido Jose Antonio Ardanza. Tras la STC de 1987 también esta medida hubo de ser reformada al encontrar nuestro más alto Tribunal que estaba falta de garantías y así en la actualidad no cabe aplicar esta suspensión de cargo o función pública ante la mera acusación o detención por terrorismo sino que debe existir un auto de procesamiento firme por esta causa y además debe haberse decretado la prisión provisional operando la medida únicamente mientras dure esta situación.

Con todo, y a pesar de las mejoras introducidas por la citada STC 199/1987, pueden seguir haciéndose al precepto los mismos reproches que suscitó su inicial previsión por la Ley de 1984; la aplicación de la medida de suspensión de cargo o función pública supone la imposición anticipada de una pena privativa de derechos contraria al principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 24,2º de la Constitución. Sólo por sentencia firme puede ser acordada la suspensión de un derecho fundamental y además, también en este caso como en algún otro ya señalado anteriormente, la medida no se encuentra expresamente autorizada por el art. 55,2º de nuestro texto fundamental.

Pero quizás la cuestión más importante, o al menos la más sorprendente, dentro de la suspensión de derechos antiterrorista sea la que concierne a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones reformada tan sustancialmente por la LO 4/88 que la modificación no sólo afecta al ámbito antiterrorista sino que incluso ha servido para alterar el régimen procesal ordinario de esta medida. Según lo previsto en el artículo 579 de la LECrim., cabe que, en primer lugar, la autoridad judicial pueda ordenar la observación postal, telegráfica y telefónica de los procesados y, en segundo lugar, incorporado por la reforma de 1988, se prevé la misma medida pero en relación con las personas “sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal” atribuyéndose asimismo, la competencia a la autoridad judicial. Un tercer supuesto autoriza también la suspensión del derecho para aquellas personas relacionadas con actividades terroristas lo que, en estos casos, supone una alteración de la regla de competencia pues la medida puede acordarse por el Ministro del Interior o Director General de la seguridad del Estado y, en

caso de urgencia, con comunicación inmediata a la autoridad judicial que debe confirmar o revocar la medida en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada. Por lo demás, la observación puede ser decretada por un plazo máximo de tres meses prorrogables, prórroga que siempre ha de ser acordada por la autoridad judicial, incluso en los supuestos antiterroristas pues, no sólo ya no podrán alegarse razones de urgencia, sino que en realidad la medida ha pasado a ser competencia judicial desde el momento de su confirmación.

Ahora bien, entre el primer supuesto y los otros dos existe una diferencia que puede pasar desapercibida pero que resulta de capital importancia. En el primer caso, los procesados, cabe intervenir “su” correspondencia y “sus” comunicaciones, pero, tanto en el segundo como en el tercero, es decir en los casos de personas sobre las que existen indicios racionales de criminalidad o de terrorismo, no sólo se puede suspender el derecho al secreto de sus propias comunicaciones sino que también cabe intervenir aquellas “de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”; es decir, la medida puede recaer, por ejemplo, sobre el teléfono de una cafetería u otro establecimiento público o incluso sobre el de un vecino condescendiente que nos deja usar su teléfono y cabría, asimismo, interceptar la correspondencia privada de cualquiera que se relacionara con una persona sobre la que pesan indicios racionales de criminalidad. Esta previsión ya estaba contemplada en la legislación antiterrorista precedente⁵⁶ pero ahora, y aquí la vis expansiva de la legislación antiterrorista, puede afectar además a cualquier sospechoso de haber cometido un hecho delictivo.

En mi opinión, incluso para los supuestos de terrorismo, esta última facultad de poder suspender en definitiva todas las comunicaciones a las que tienen acceso los sospechosos de realizar una actividad delictiva, creo que resulta contraria a la Constitución porque, en definitiva, supone la posibilidad de suspender derechos de personas (el vecino, los clientes de la cafetería, etc.) sobre las que no pesa ningún indicio de responsabilidad criminal, que no son sospechosas de nada. Que en algún caso se incrementen las garantías judiciales tampoco nos tranquiliza pues ni la autoridad judicial, ni por supuesto la gubernativa, pueden adoptar una medida de suspensión de derechos que no se halla autorizada en ningún momento por nuestro texto fundamental. En este caso, la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones resulta de carácter tan general como puede ser la prevista por el artículo 55,1º de la Constitución, es decir, al amparo de la declaración de estado de excepción y, por ello, resulta a mi juicio y como todo lo que venimos analizando hasta ahora claramente inconstitucional.

Podemos pues concluir este trabajo señalando que si en un sentido formal el Estado de Derecho se caracteriza por el sometimiento del poder a las leyes este sometimiento debe alcanzar a todas las leyes incluso a las dictadas para situaciones excepcionales; la legislación de un Estado, incluso la que se dicta para combatir fenómenos de extrema violencia, debe ser siempre respetuosa con los derechos y garantías consagrados precisamente en nuestra Constitución que es el texto legal que define cuál es la materia irrenunciable para que podamos definirnos como un Estado de Derecho y la suspensión de un derecho no puede nunca, como sucede en la actualidad, desnaturalizar ese derecho hasta el punto de que resulte inexistente. Pero además, se hace también necesario abrir todas las vías de participación sin restringir ninguno de los derechos de los ciudadanos y el primero de estos derechos es, sin duda alguna, el derecho a la igualdad, el derecho que tienen todos los ciudadanos a ser tratados de igual modo incluso por la legislación penal. Por ello, además de la derogación de la normativa procesal excep-

⁵⁶ Vid. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 420 y ss.

cional que hemos analizado resulta también imprescindible la derogación de otras leyes como la polémica Ley de Partidos y, asimismo, la anulación de aquellas medidas de la legislación penal antiterrorista que consagran en la actualidad esta desigualdad y cuyo mantenimiento responde en muchos casos, como especialmente en los tipos delictivos de apología o del denominado terrorismo individual, a criterios autoritarios incompatibles con un auténtico Estado de Derecho.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO PASIVIDAD-ACTIVIDAD PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO*

Gabriela E. CORDOBA

I. INTRODUCCIÓN

El principio *Nemo tenetur se ipsum accusare* es comprendido, al menos, con tres extensiones distintas. Una primera posición, de acuerdo al ámbito fundamental y originario de operatividad de la garantía, entiende que este principio sólo se refiere a la *declaración del imputado*, esto es, a la incorporación al procedimiento, a través de su relato, de un conocimiento cierto o probable que él posee sobre el hecho objeto de la investigación¹.

En el extremo contrario, el principio es formulado a veces en forma totalmente amplia como la prohibición absoluta de obligar al imputado a colaborar de cualquier modo, ya sea directa o indirectamente, mediante acción u omisión, con la persecución penal llevada a cabo en su contra².

Entre aquellas dos posiciones, una postura intermedia sostiene, en cambio, que se refiere a la imposibilidad de obligar al imputado a colaborar *activamente* en su propia incriminación³. A la libertad de declarar se suma, así, la libertad de prestar toda colaboración activa⁴. Desde este punto de vista, sobre el imputado sólo pesa la obligación de *tolerar* la realización de aquellas medidas de investigación que recaen sobre su cuerpo o lo tienen al imputado de algún modo como protagonista, pero él no puede ser obligado a actuar en ellas. Según esta postura, entonces, el *nemo tenetur* otorga un derecho a la pasividad, libera al hombre de la obligación de colaborar *activamente* en su propia incriminación.

En este trabajo me propongo exponer y analizar, de forma crítica, esta postura intermedia, por ser la que goza de mayor simpatía y aceptación en la doctrina.

* Este artículo está realizado sobre la base del artículo "*Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*", publicado en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2005, ps. 279 y ss., con modificaciones, agregados y correcciones.

1 Cf., por todos, Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2ª ed., p. 675; y t. II, p. 242 y siguiente. Esta es también la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y la de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

2 Cf., por todos, Sautter, "Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO", p. 249.

3 Cf., por todos, Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, p. 158.

4 En castellano es posible que la construcción "libertad de colaboración" (*Mitwirkungsfreiheit*) resulte disonante, pues lo que significa, en realidad, no es solamente la situación positiva de tener la libertad de hacer algo sin ser impedido, sino, ante todo, la imposibilidad de ser obligado a hacerlo (en todo caso, la colaboración del imputado en su propia incriminación debe ser libre). No otra cosa sucede cuando se habla de "libertad de declaración" (*Aussagefreiheit*), sólo que esta expresión no se verá como curiosa porque estamos acostumbrados a ella por la legislación que en Argentina, por ej., impone seguridades para que el derecho a ser oído, si es ejercido para la incriminación, sea libre (CPP Nación, art. 296). Por ello, utilizo en esta investigación ambas expresiones con el alcance aquí aclarado —y que se desprende sin dificultades del desarrollo de todo el texto— debido especialmente a su riqueza conceptual, sobre todo porque ya han sido discutidos los problemas relativos a esta materia con esas formulaciones.

II. LIBERTAD DE DECLARAR + LIBERTAD DE COLABORAR ACTIVAMENTE: NADIE PUEDE SER OBLIGADO A ACTUAR CONTRA SÍ MISMO

Una idea muy extendida sostiene que, como expresión del principio *nemo tenetur*, el imputado no sólo no puede ser obligado a *declarar* contra sí mismo, sino que tampoco puede ser obligado, en general, a realizar ningún tipo de actividad que pueda contribuir a probar su propia culpabilidad. Dicho de otro modo, el imputado no puede ser obligado a *actuar* en su contra.

Así, a la libertad de declarar se suma la denominada libertad de colaboración o de cooperación: El imputado, más allá de su derecho a permanecer callado, tiene la facultad de decidir sobre toda actividad autoincriminante y sólo pesa sobre él la obligación de *tolerar* pasivamente las medidas de investigación, es decir, de tolerar toda medida que no requiera un “hacer” de su parte, aun cuando ella pueda conducir, definitivamente, a la prueba de su culpabilidad⁵.

Por supuesto que para los defensores de esta interpretación del *nemo tenetur* una colaboración activa del imputado no queda descartada de modo absoluto, pero ella —al

5 Esta es la opinión tradicional y dominante en Alemania, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Cf., entre otros, Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 54 y ss., en especial, ps. 59 y ss.; Schmidt, Eb., “Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen”, p. 665; Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, p. 139, y del mismo autor, *Derecho procesal penal*, ps. 290 y s.; Volk, *Strafprozessrecht*, 3ª ed., p. 32; Ranft, *Strafprozeßrecht*, 2ª ed., ps. 170 y s.; Beulke, *Strafprozessrecht*, 4ª ed., ps. 57 y 113; Kühne, *Strafprozessrecht*, 6ª ed., ps. 56 y 247. Entre los comentarios, Schmidt, Eb., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Parte II, comentario al § 95 (Obligación de entrega en el secuestro), p. 233: “Es wäre völlig ungereimt, dem Beschuldigten, der zu keiner Aussage, geschweige denn zu einer belastenden Aussage Material zu erfüllen wäre. Mag ihn wie jeden eine Pflicht, Beschlagnahmen zu dulden (*pati*) treffen; eine Pflicht, zur eigenen Überführung tätig zu werden (*facere*), wäre eine Unmöglichkeit”; SK-StPO-Rogall, § 81a, ps. 5 y ss., núms. margs. 2 y ss. (estado: julio de 2000), y Comentarios previos al § 133, ps. 32 y ss.; Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, 25ª ed., § 81a, ps. 131 y s.; Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, 46ª ed., comentario al § 81a, ps. 255 y siguiente. En la jurisprudencia cf., entre otros, BGHSt 40, 66; y BGHSt 34, 39.

En Argentina, son varios los autores que se han orientado en esta dirección: así Spolansky, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad”, p. 705; Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, p. 16, quien afirma que “Por imperio de normas constitucionales y procesales, el imputado no puede ser constreñido a producir pruebas en contra de su voluntad, pues aquellas le reconocen la condición de sujeto incoercible del proceso penal. En virtud de esto, se prohíbe no sólo obligarlo a declarar (art. 18, C.N.; art. 296, C.P.P.), sino que se proscribe igualmente imponerle su intervención en un careo (art. 276) o en una reconstrucción del hecho (art. 221), u obligarlo a realizar un cuerpo de escritura (art. 265). La garantía alcanza, en suma, a su posible intervención como órgano de prueba. De ello se sigue que no se podrá utilizar válidamente como prueba lo *dicho* o *hecho* por aquél en cualquier acto probatorio con violación de aquellas reglas” (resaltado en el original); Gullco, “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, ps. 117 y ss., para quien parece “evidente” que obligar a un acusado a realizar un cuerpo de escritura, por ej., aun cuando no haya existido una confesión en el sentido habitual del término, constituye una violación de esta garantía y a partir de ello propone distinguir entre dos clases de procedimientos coactivos, los que requieren la participación activa del acusado y que, por tal razón, considera que deben ser equiparados a una comunicación o testimonio del imputado, y aquellos en los cuales el procesado no es más que una simple fuente pasiva de elementos de cargo en su contra. La primera clase de procedimiento coactivo constituye para él una confesión involuntaria, violatoria del principio *nemo tenetur*, la segunda clase, en cambio, considera que debe ser equiparada a un allanamiento de domicilio (cf. p. 119); López y Tenca, “La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial”, ps. 513 y 515; Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V, ps. 177 y s., 164 y 50, al referirse a la reconstrucción del hecho, al reconocimiento y a la inspección de la persona del imputado respectivamente; Hairabedián, *Novedades sobre la prueba judicial*, ps. 29 y s.; y Buteler, “El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo”, ps. 878 y ss., en especial p. 885. Parecen concordar también con el criterio de distinción —y, por tanto, de protección del principio *nemo tenetur*— actividad-pasividad, Rojas y García, “Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad”, p. 213, VII, c; Anitua, “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, ps. 217 y siguiente. De España, cf. Etxeberria Guridi, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, p. 527; también Asencio Mellado, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ps. 143 y 151. Crítico por las dificultades que presenta este criterio de distinción Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 526.

La jurisprudencia argentina, en cambio, se mantiene mayoritariamente en la interpretación originaria del principio vinculada a la declaración o a las “comunicaciones verbales” del imputado, como sostiene nuestra Corte Suprema. Para un análisis jurisprudencial detallado cf. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, ps. 469 y siguientes.

igual que su declaración— sólo puede ser voluntaria. Para ello, sin embargo, se considera presupuesto indispensable que el imputado sea instruido sobre su libertad de colaborar activamente —así como cuando se trata de la libertad de declarar—⁶. En aquellos casos en los que el imputado no esté dispuesto a colaborar activamente, los órganos de la persecución penal deberán obtener la prueba de su culpabilidad de otra manera⁷.

Ahora bien, si de establecer criterios prácticos se trata, en un primer momento se podría pensar que esta postura permite establecer *ex ante* una delimitación clara del ámbito de protección del *nemo tenetur*, respetuosa además de los derechos del imputado y de su posición en el proceso penal. Como afirma de un modo demasiado optimista, a mi juicio, Rogall —uno de los principales defensores de esta postura— “*la línea de separación reside exactamente entre actividad y pasividad*”⁸.

Sin embargo, como se intentará demostrar en lo que sigue, los problemas que presenta este criterio no tardan en aparecer. Por un lado, porque distinguir ya *ex ante* entre actividad y pasividad no resulta ni tan sencillo ni tan efectivo como esta postura supone. Y, por otro, porque desde el punto de vista jurídico es al menos discutible que se pueda atribuir alguna trascendencia a la distinción entre actuar y tolerar. A continuación aplicaré los puntos de partida de la postura analizada ahora a dos medidas de investigación tomadas como ejemplo, con el objetivo de ver a qué consecuencias nos conducen.

1. Aplicación del criterio actividad-pasividad

a. Aclaración previa

Dado que para esta doctrina nadie puede ser obligado a *actuar* contra sí mismo, para saber si una medida de investigación lesiona la libertad de cooperación del imputado y, por tanto, el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sus partidarios necesitan determinar si la ejecución de esa medida exige del imputado pasividad o actividad. En el primer caso la respuesta será negativa (esto es, se negará la lesión al principio) y en el segundo positiva (se afirmará su lesión).

Tomaré como primer ejemplo al reconocimiento del imputado para su identificación por testigos⁹. Se dice que esta medida no exige colaboración activa de parte del imputado, sino que sólo lo obliga a tolerar pasivamente su realización. Por ello, en caso de que él se niegue a someterse a su realización, puede ser obligado a hacerlo¹⁰.

El segundo ejemplo es una medida probatoria que, a diferencia de la anterior, exige ya una injerencia en el organismo del imputado: la extracción de sangre. Según la teoría

6 En la StPO no está previsto un deber de instruir al imputado sobre la libertad de cooperación, así como tampoco está prevista en forma expresa la libertad de cooperación en sí. En cambio, sí lo están tanto la libertad de declarar como el deber de instruir al imputado al respecto (§ 136 I 2, 136a y 243 IV 1). Sobre el deber de instruir al imputado acerca de su libertad de colaboración cf. Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 191 y ss.; *SK-StPO-Rogall*, § 81a, p. 11, núm. marg. 16, y Comentarios previos al § 133, p. 100, núm. marg. 192.

7 Cf. Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, p. 59.

8 Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, p. 56.

9 Por ej., en Argentina CPP Nación, arts. 270 a 273. En Alemania no hay unanimidad sobre cuál es la norma de la StPO que autoriza esta medida: § 58, II (KG, Sala 4ª, auto del 2/4/1979, JR 1979, ps. 347 y ss.); § 81a (Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, § 81a, ps. 138 y s., núms. margs. 44 y ss.); § 81b (Rogall, ZStW 105 [1993], p. 603); §§ 81a y 81b (BGH, auto del 9/03/1977 [en BVerfGE 47, 239 (242)]; BVerfGE 47, 239 (251); Lesch, *Strafprozessrecht*, 2ª. ed., ps. 193 y s.) o §§ 81a y 81b más 58, II (Roxin, *Derecho procesal penal*, ps. 293 y siguiente). Otros, directamente cuestionan que exista una norma de autorización tal: así, detalladamente, Grünwald, “Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung”, ps. 423 y siguientes. Cf. también Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 209 y siguientes.

10 Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, § 81a, ps. 138 y s., núm. marg. 44; y *SK-StPO-Rogall*, § 81b (estado: octubre de 2001), p. 24, núm. marg. 54; Comentarios previos al § 133, p. 66, núm. marg. 128.

ahora expuesta se puede extraer al imputado una cantidad de sangre necesaria para el examen de que se trate, aun en contra de su voluntad, porque de ese modo no se lo obliga a actuar, sólo se lo obliga a tolerar pasivamente una pequeña injerencia en su organismo que no pone en peligro su salud¹¹. Por ello, también en este caso si el imputado se niega a someterse a la realización de la medida de prueba, esta postura concluye que puede ser obligado a hacerlo.

Sin embargo, como se intentará mostrar a continuación, estos ejemplos, como muchos otros, no están libres de problemas, sencillamente porque la distinción —y, con ello, la clasificación— pasividad-actividad no lo está. Es que aun quien comparta el punto de partida de esta teoría —esto es, una comprensión amplia del *nemo tenetur* que no abarque sólo la declaración del imputado—, tendrá que reconocer lo siguiente. En primer lugar, como lo mostrará el caso del reconocimiento, que no siempre es posible diferenciar de un modo claro y tajante entre colaboración activa y colaboración pasiva, y esto ya desde un punto de vista fenotípico¹². En segundo lugar, habrá que aceptar que no parece ser practicable el limitar la intervención del imputado en el proceso penal a una mera tolerancia completamente pasiva, esto último, al menos, debido a que para poder llevar a cabo prácticamente toda medida de prueba que involucre de algún modo al imputado —ya sea que dicha medida requiera o no una injerencia en su cuerpo— se necesitará siempre alguna participación de su parte en forma de cierta “actividad”, por mínima que ella sea. Y por último, también es discutible, directamente, que desde el punto de vista jurídico se pueda atribuir alguna trascendencia a la distinción entre actuar y tolerar, aunque de esto me ocuparé más adelante.

Así, aplicado esto a las dos medidas escogidas anteriormente, tanto para llevar a cabo el reconocimiento del imputado como una extracción de su sangre se necesitará a) que él acompañe al encargado de la ejecución de la medida de prueba hasta el lugar en que será realizada; y b) que adopte cierta o ciertas posturas que posibiliten su realización (en el caso del reconocimiento, que se mantenga de pie, erguido y de frente para que el testigo que tenga que identificarlo o reconocerlo tenga oportunidad de hacerlo; para la extracción de sangre, que se arremangue y coloque o mantenga su cuerpo y su brazo en una postura tal que posibilite al médico realizar la extracción).

Si nos detenemos en el caso del reconocimiento, las dificultades se presentan tanto cuando el imputado se resiste corporalmente, por completo, a someterse a su realización —aunque esto es algo que puede suceder también con cualquier otra medida, aún cuando no haya discusión en cuanto a que sólo le exige una total pasividad—, como cuando en principio se somete a ella, pero durante su ejecución adopta conductas tales

11 Por otra parte, las reglas procesales que autorizan esta medida suelen prever ciertas precauciones para evitar que se perjudique la salud del imputado. A modo de ejemplo cf. la StPO, § 81a [examen corporal del imputado, extracción de sangre]: “...A ese efecto están permitidas las extracciones de pruebas de sangre y otras intervenciones corporales practicadas por un médico según las reglas del arte de curar con fines de reconocimiento, sin consentimiento del imputado cuando no sea de temer un perjuicio para su salud.”; y el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, art. 38 [investigación corporal]: “...Con esta finalidad serán admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, que se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin consentimiento del imputado, cuando no fuere de temer perjuicio para su salud...”.

12 En los últimos años se ha extendido en el derecho penal y procesal penal la utilización de los términos “fenotipo”, “fenotípico”, “genotipo” y “genotípico”, propios del ámbito de la biología (cf., por ej., Weßlau, “Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. Über die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und deren Grenzen”, p. 30; y Jakobs, “Die sogenannte actio libera in causa”, ps. 105 y ss.; y, del mismo autor, “Zum Begriff des Delikts gegen die Person”, en especial punto II). Sin embargo, no los utilizo porque estén “de moda”, sino porque, según creo, ellos sirven para designar con precisión lo que quiero denotar. Según el Diccionario de la Real Academia Española “genotipo” es el conjunto de los genes de un individuo, incluida su composición alélica, y “fenotipo” es la manifestación visible del genotipo en un determinado ambiente. Aplicando análogicamente estas palabras al tema de este trabajo, con “fenotipo” me referiré a la apariencia exterior del comportamiento o colaboración que se le exige al imputado y con “genotipo” al contenido de ese comportamiento o colaboración.

como dejarse caer al suelo o hacer muecas o gestos para evitar (o dificultar) el ser reconocido por los testigos o con el fin de autoseñalarse y anular así el valor probatorio de la medida. Hasta aquí, de todos modos, se trata de un problema meramente práctico, que no alcanza todavía para desvirtuar la teoría ahora discutida. Sin embargo, cuando en el marco del reconocimiento, precisamente para facilitar que los testigos puedan reconocerlo, se exige al imputado que adopte una postura determinada (como colocarse de perfil o simulando que apunta con un arma) o incluso un cambio en su fisonomía o en su aspecto en general (cambio de corte o de color de pelo, sacarse o colocarse barba, peluca, anteojos, gorros, colocación de una máscara en el rostro, etc.) comienza a diluirse la distinción entre qué es actividad y qué pasividad.

b. Acciones preparatorias y de acompañamiento

Por ello, para intentar salvar estas primeras dificultades, gran parte de la doctrina ahora analizada exceptúa de la protección del *nemo tenetur* a la obligación de realizar las acciones preparatorias y de acompañamiento necesarias para ejecutar la medida en cuestión; y, en consecuencia, sostiene que pesa sobre el imputado la obligación de realizar dichas acciones¹³.

Para formularlo de otro modo, se postula que el deber de tolerar del imputado abarca, también, los preparativos evidentes e indispensables para que se pueda llevar a cabo la medida ordenada, *aun cuando éstos importen actividad de parte del imputado*. Por ej., como ya fue dicho, el acompañar al encargado de llevar a cabo la medida hasta el lugar en el que ella será realizada, el adoptar (y mantenerse en) cierta postura para que su ejecución sea posible, arremangarse en el caso de la extracción de sangre, etcétera¹⁴.

13 En este trabajo las nociones de obligación o deber son usadas indistintamente como sinónimos. No desconozco que ciertos autores han aprovechado las posibilidades de contar con dos palabras diferentes para convencionalmente asignarles significados en parte diferentes. Así, Couture, por citar sólo un ejemplo, clasifica a los imperativos jurídicos del proceso, siguiendo a Goldschmidt, en deberes, obligaciones y cargas. Deberes serían los imperativos que no recaen tanto sobre las partes como individuos, sino que responderían más al interés social (decir la verdad, ser leal al litigar, etcétera). Obligaciones serían, en cambio, las prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso: típico, las costas (cf. Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed., ps. 209 y siguientes). No obstante ello, como ya lo mencioné, aquí las expresiones deber y obligación del imputado son utilizadas indistintamente, en un sentido amplio, con el significado de actos o situaciones que el imputado tiene que cumplir o soportar incluso contra su voluntad (debe ser sometido al proceso, pagar las costas, sufrir la prisión preventiva, someterse al interrogatorio, etcétera). Creo que no hay que temer a las palabras ni a llamar a las cosas por su nombre, menos si detrás de ello se oculta la hipocresía: si el imputado debe presentarse ante la citación judicial o ser arrastrado hasta el tribunal por la fuerza ello no puede significar otra cosa más que reconocer la existencia de un deber u obligación, en sentido amplio, del imputado de comparecer al proceso, aunque se quiera describir esta situación como "carga" del imputado, pequeñas molestias propias del trámite, invitaciones con un especial carácter vinculante o prestaciones relativamente poco voluntarias: son deberes u obligaciones.

14 Cf., entre otros, Schlüchter, *Das Strafverfahren*, 2a ed., p. 181; Ranft, *Strafprozessrecht*, ps. 170 y s.; Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, § 81a, p. 131. Cf. también KG (4. Strafsenat), decisión del 2/4/1979, publicada en JR 1979, ps. 347 y ss., donde se afirma, sin más, que el principio según el cual el imputado no puede ser obligado a colaborar con su actividad en el esclarecimiento de la causa "no rige, naturalmente, para las medidas que son indispensables para la preparación del reconocimiento y para llevarlo a cabo. Por ello, el imputado está obligado a dirigirse al lugar donde se realizará el reconocimiento y a adoptar una postura corporal que permita la identificación de su persona".

En contra de esta extendida opinión, y consecuente con su punto de partida, Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 56 y s., y *SK-StPO-Rogall*, § 81a, ps. 51 y s., núms. margs. 110 y s., porque, por un lado, considera casi imposible el diferenciar entre "acciones de acompañamiento indispensables" para el examen y acciones necesarias para la obtención de la prueba; y, por otro, porque aquí también mantiene sin excepciones la línea divisoria entre actividad y pasividad, por lo que sostiene que el imputado no está nunca obligado a una colaboración activa, tampoco en el caso de los preparativos necesarios para llevar a cabo una medida determinada, sólo puede ser obligado a tolerar (por ej., entiendo que se puede mantener al imputado agarrado firmemente para llevar a cabo el examen o medida, así como también, en caso necesario, se lo puede colocar en una postura determinada para el examen, se lo puede desvestir o abrirle la boca o los ojos), pero no a actuar.

En consonancia con esta opinión, una decisión en materia civil, discutible por cierto, ha afirmado la obligación del imputado de reparar los daños causados al haberse negado a acompañar a los policías a la enfermería del puesto de policía para que se le extrajera sangre. En el caso, el comportamiento del imputado, de unos 100 kg. de peso, fue totalmente pasivo (estaba tendido en el piso) y un oficial de la policía resultó herido cuando lo trasladaba por la fuerza junto con otros dos policías. El fundamento dado por el tribunal consistió en que el imputado se había negado ilegítimamente a seguir a los agentes de policía por sus propios medios. En lo que aquí interesa, esta obligación en cabeza del imputado —según el tribunal decisor— surge de la norma que autoriza la extracción de sangre, pues entender esa autorización exclusivamente como un deber de tolerar de parte del imputado tornaría ilusoria la medida probatoria, ya que no en todos los casos se encontraría en el lugar un médico a disposición. Por tanto, el tribunal deriva de esta norma el derecho del oficial de policía de llevar al imputado al puesto de policía, donde un médico pueda llevar a cabo la medida. Por lo demás, entiende que ese derecho trae como contrapartida la obligación del imputado de seguir por sí mismo al policía hasta el lugar en el que un médico realice la extracción de sangre¹⁵.

Ahora bien, en el caso del reconocimiento del imputado se considera también como medidas preparatorias y de acompañamiento tanto a la adopción de determinada postura corporal como a algún cambio en su fisonomía, destinados a posibilitar o facilitar su reconocimiento por los testigos¹⁶. Sin embargo, en este caso específico, el adoptar una postura corporal determinada, más que una mera acción preparatoria, parece ser parte de la ejecución de la medida en sí, con relevancia directa en la prueba de la culpabilidad¹⁷. Por tanto, entiendo que si se aplicara consecuentemente el criterio de la teoría ahora comentada se debería concluir que por tratarse de un comportamiento activo, y no de una mera tolerancia pasiva, sólo debería ser realizado por el imputado voluntariamente, de lo contrario se lo estaría obligando a colaborar en forma activa en su propia incriminación. El problema, claro está, es que reconocer esto significaría afirmar que una medida de prueba tan necesaria para la persecución penal como es ésta también debería quedar supeditada a la voluntad del imputado y esto sería, sin duda, cuestionable. Al afirmarse, en cambio, que se trata de una acción preparatoria y que, como tal, queda exceptuada de la protección del *nemo tenetur*, no se hace más que eludir los problemas a los que conduce el propio criterio de distinción (sobre lo que volveré en el punto siguiente).

Por tanto, el principal inconveniente que se puede señalar aquí es que esta concepción que se ven obligados a hacer los defensores de la distinción entre colaboración

15 LG Düsseldorf, NJW 1973, 1930 y siguiente. Para Rogall, el LG Düsseldorf ha ido en este caso demasiado lejos al afirmar la existencia de una obligación del imputado de trasladarse él mismo hasta la enfermería, pues este autor sostiene que, en virtud del § 81a StPO, el imputado únicamente está obligado a tolerar la medida en cuestión y las medidas de preparación y de acompañamiento indispensables —en este caso, la extracción de sangre más el ser trasladado hasta el lugar en el que se realizará la extracción—, pero sólo a tolerarlas pasivamente y, por ello, entiende que la coacción directa únicamente puede ser empleada para ese fin (para obligarlo a *tolerar* la extracción y el traslado), pero no para que él realice alguna actividad como el trasladarse (cf. Rogall, “Das Notwehrrecht des Polizeibeamten – BayOBLGSt 1991, 141”, ps. 551 y ss., en especial ps. 554 y s., y nota a pie nº 45).

16 Y es opinión muy extendida que al imputado se le puede cambiar por la fuerza el peinado, la barba, el bigote o el color de su cabello para que, de ese modo, su apariencia se asemeje lo más posible a la que tenía al momento de comisión del hecho y se facilite así el reconocimiento por parte del testigo. Cf., entre otros, BVerfGE 47, 239, sentencia del 14/02/1978; Roxin, *Derecho procesal penal*, ps. 293 y s.; Lesch, *Strafprozessrecht*, 2ª. ed., p. 193; y Kühne, *Strafprozessrecht*, p. 247. En contra, Grünwald, “Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung”, ps. 423 y ss.; Fezer, *Strafprozessrecht*, 2ª. ed., ps. 69 y siguiente. En este mismo sentido, aunque con respecto a la toma de fotografías del imputado en determinadas posiciones o, incluso, con una media translúcida a modo de máscara en su rostro para compararla con imágenes del momento del hecho obtenidas de una cámara de filmación instalada en el lugar del hecho cf. BGH, NSTZ 1993, ps. 47 y s., sentencia del 16/9/1992.

17 Cf. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 211; y Bosch, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, p. 290, nota a pie nº 730.

activa inadmisibles y tolerancia pasiva obligatoria, consistente en excluir del ámbito de protección del *nemo tenetur* a las medidas preparatorias y de acompañamiento —con la dificultad adicional que presenta también el caracterizar a ciertas acciones como preparatorias o de acompañamiento—, implica precisamente desmentir su propio punto de partida¹⁸ y delata ya, por ello, los principales problemas con que se debe enfrentar esta teoría, esto es, la distinción pasividad-actividad y la pretendida limitación de los deberes del imputado a un mero tolerar pasivo.

**c. Dificultades en la distinción pasividad-actividad.
Consecuencias del mantenimiento a ultranza del criterio**

Muchas veces se intenta mantener, de manera forzada, la distinción pasividad-actividad intentando encuadrar bajo uno u otro concepto a algunos de los deberes que recaen sobre el imputado, que en realidad podrían ser vistos como acción o como omisión, según cómo se los interprete. Se deja así al descubierto la manipulación que permite este criterio y lo revela, por ello, como poco eficaz para marcar el límite entre lo que el Estado puede y no puede exigir legítimamente del imputado —como consecuencia de la vigencia del principio *nemo tenetur*— cuando de colaborar en la propia persecución penal se trata.

Para verlo con un ejemplo, en un caso de reconocimiento en el que los imputados intentaban frustrar la ejecución de la medida realizando muecas y dando vuelta y bajando la cabeza, para evitar ser reconocidos por los testigos, se los obligó a adoptar una expresión “normal” en su rostro —esto es, a omitir los comportamientos descritos— haciéndoles levantar la cabeza por la fuerza, tirándoles del cabello, y tirando fuertemente de unas cadenas con las que sujetaban sus muñecas, a tal punto que resultaron lastimados. El tribunal que se ocupó de analizar la posibilidad de valorar los resultados probatorios de ese reconocimiento resolvió que “las autoridades de la investigación, en la ejecución del reconocimiento, tampoco lesionaron el derecho de los imputados de no tener que colaborar activamente en su propia incriminación. Los acusados no fueron obligados a adoptar una expresión determinada en su rostro. Antes bien, se les debió impedir por la fuerza que, dando vuelta y dejando caer la cabeza, cerrando los ojos y haciendo muecas, frustraran el fin del reconocimiento, porque de ese modo hacían imposible que el testigo pudiera observar los rasgos de sus rostros en estado normal e inalterado. Por tanto, ellos *no fueron obligados a un obrar activo y voluntario, sino a abandonar su resistencia ilegal a cumplir con su obligación de tolerar pasivamente*”¹⁹.

Otro caso llamativo, por la discusión que suscitó sobre si un determinado comportamiento debe ser considerado como actividad o pasividad, es el del suministro de vomitivos al imputado para obtener un elemento de prueba que se encuentra dentro de su cuerpo, más precisamente, en su estómago. El caso, en líneas generales, es el siguiente: un vendedor de drogas es detenido después de vender una porción de cocaína a un

¹⁸ En este sentido Lesch, *Strafprozessrecht*, 2^a. ed., p. 189.

¹⁹ KG (1. Strafsenat), decisión del 4/5/1979, publicada en NJW 1979, ps. 1668 y s., sin resaltar en el original. Sobre esta sentencia y otras referidas a casos de reconocimiento del imputado detalladamente Grünwald, “Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung”, ps. 423 y ss., quien critica duramente al tribunal en esta decisión por aprobar la imposición estatal de dolor como medio para obligar a la realización de acciones, circunstancia contra la cual este autor se pronuncia terminantemente aun cuando el afectado esté obligado a realizar dichas acciones y no exista ningún otro medio para obligarlo a ello: “Es terrible que tribunales de un Estado cuya Constitución menciona como primer mandato el respeto de la dignidad humana, autoricen la utilización de instrumentos que sólo se diferencian de las empulgueras [instrumentos que servían para dar tormento apretando los dedos pulgares] en la intensidad de las lesiones, pero que sin embargo se les asemejan en que con su ayuda se quebranta por medio del dolor la voluntad de un ser humano” (p. 428).

desconocido y al momento de la detención traga algo que, dadas las circunstancias, se supuso que eran más porciones de droga. Una vez detenido, una médica del servicio policial le entrega al imputado una sustancia que actúa sobre la mucosa gástrica para provocar el vómito, pero él se niega a tomarla por sus propios medios²⁰. Ante su negativa, la Fiscalía ordena que se le suministre la sustancia por la fuerza, a través de una sonda²¹. Para ello, dos policías sostienen al imputado contra el piso mientras la médica le introduce una sonda por la nariz hasta el estómago. Ante la fuerte resistencia que ofrece el imputado tienen que sostenerlo de las piernas y de los brazos, provocándole contusiones en la frente y en los hombros. La sustancia hace efecto. El imputado vomita pero aprieta los dientes dejando pasar el contenido líquido de su estómago y traga nuevamente el resto sólido. Se le inyecta entonces otra sustancia vomitiva que actúa sobre el sistema nervioso central y esta vez sí se logra obtener 20 cápsulas que contienen cocaína. Sin embargo, la sustancia vomitiva inyectada al imputado lo deja en un estado tal (temblores, pulso acelerado, le sube la presión, tiene dificultades para respirar) que posteriormente, debido a que el servicio médico de la policía ya se había retirado, los funcionarios se ven obligados a llamar a un médico de emergencia.

En el proceso de apelación el imputado fue condenado por el LG, por tráfico de estupefacientes, a una pena privativa de libertad de sólo 3 meses, pues el tribunal entendió que las veinte cápsulas de cocaína vomitadas por el imputado después de su detención no podían ser consideradas, por existir una prohibición de valoración probatoria. Contra esa sentencia, la fiscalía interpuso recurso de casación ante el OLG Frankfurt, que consideró infundado el recurso y decidió rechazarlo²².

En lo que aquí interesa, en su sentencia de rechazo el OLG Frankfurt consideró lesionado el principio *nemo tenetur*, pues, según afirmó, un imputado no está obligado a colaborar activamente en una medida de investigación. “*El suministro de vomitivos por la fuerza para obtener la droga que el imputado había tragado lesiona ese principio de pasividad, porque de ese modo se pretende obligar al imputado a un obrar activo, a hacer algo que él no estaba dispuesto a hacer, esto es, a vomitar*”²³. El tribunal agregó, además, que una medida de esta naturaleza no está amparada por la StPO²⁴ y que las veinte cápsulas de cocaína habían sido obtenidas de manera inadmisibles, por lo que no podían ser valoradas (prohibición de valoración probatoria).

Ahora bien, los dos casos (reales) relatados en este apartado (reconocimiento y suministro de vomitivos), en los que los tribunales sentenciantes llegaron a realizar afirmaciones sorprendentes, muestran hasta qué punto la diferenciación entre actividad y pasividad se revela como inadecuada para establecer valoraciones jurídicas distintas —sobre todo con consecuencias jurídicas diferentes—, simplemente porque *ambas variables son intercambiables según la conclusión a la que quiera llegar el intérprete*.

La dificultad para clasificar con rigor el comportamiento del imputado como actividad o como pasividad parece ser mayor en el caso del reconocimiento que en el de medidas

20 Si aplicamos aquí los criterios de la doctrina en análisis, se podría decir que el imputado estaría legitimado para negarse a tragar esa sustancia, dado que se trataría de una “colaboración activa” que, como tal, debe quedar sujeta a su voluntad. Sin embargo, según hemos visto en el punto anterior, los defensores de esta postura podrían afirmar también que se trata de una acción preparatoria o de acompañamiento, que queda abarcada por el deber de tolerar.

21 Nuevamente aplicando los criterios de esta teoría: deber de tolerar pasivamente, por lo que no entraría en juego la voluntad del imputado.

22 OLG Frankfurt, StV 1996, ps. 651 y ss., sentencia del 11/10/1996, donde también se puede consultar con mayores detalles los antecedentes del caso, aquí sólo expuestos de manera sucinta.

23 P. 652 de la sentencia citada, sin resaltar en el original.

24 Específicamente, que no está amparada por el § 81a StPO, pues sostuvo que el suministro de vomitivos no constituye un examen corporal. También afirmó la lesión a la dignidad humana.

que sirven para obtener material probatorio del interior del cuerpo del imputado. Y aunque se podría intentar llegar a un consenso sobre el concepto de actividad a aplicar —ya sea que se entienda por actividad la mera existencia de movimientos musculares (como parece ser al menos la postura del OLG Frankfurt en el caso relatado del vomitivo) o que se exija que el movimiento corporal sea dirigido voluntariamente²⁵—, lo cierto, como sostiene Neumann, es que muchos de los comportamientos pueden ser interpretados como omisión (no hacer muecas o gestos, no bajar la cabeza) o como actividad (cambiar la expresión del rostro, erguir el cuello y la cabeza); pueden ser descriptos tanto como el obligar a un hacer activo (obligar a mantener los ojos abiertos, en contra de la tendencia natural a cerrarlos brevemente; obligar a erguir el cuello), así como el obligar a tolerar pasivamente (obligar a no cerrar los ojos; obligar a no bajar la cabeza). Por ello, en supuestos de esta índole, ya desde el punto de vista fenotípico no es posible alcanzar delimitación alguna entre colaboración activa y pasiva²⁶. Así, como crítica a la decisión judicial antes citada sobre el caso del reconocimiento se ha dicho que lo que el tribunal caracterizó como coacción para tolerar la observación de un “estado inalterado” de los rostros de los imputados, también puede ser concebido como imposición de una actividad, esto es, cambiar la expresión del rostro y la postura de la cabeza que habían adoptado los imputados por una expresión y postura determinadas, una expresión y postura “normales”²⁷.

En el caso del suministro de vomitivos, la decisión referida anteriormente también fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina, aunque no por la solución a la que llegó, compartida en general, sino por su fundamentación²⁸. En contra de la opinión del OLG Frankfurt —y aunque resulte curioso que la discusión haya girado en torno a si “vomitar” constituye un comportamiento activo o pasivo—, no se suele ver en el suministro de vomitivos por la fuerza una lesión al principio *nemo tenetur*, pues se considera que el vómito es una reacción corporal involuntaria y que el causar reacciones corporales involuntarias en casos en los que el imputado es objeto de la prueba personal objetiva no contiene lesión alguna contra el derecho a la pasividad. El imputado, se dice, no es obligado a una colaboración activa en el sentido de una “utilización de la conducción

25 Weßlau, “Anmerkung” (Comentario a la sentencia del OLG Frankfurt/M. del 11/10/1996), p. 343.

26 Cf. Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, ps. 377 y siguiente.

27 En este sentido, Wolfslast, “Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung”, p. 103; Grünwald, “Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung”, ps. 428 y ss.; Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, p. 377; Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 210 y ss., con mayores detalles.

28 En cuanto a la alegada lesión al principio *nemo tenetur* en el caso de suministro por la fuerza de sustancias vomitivas, son pocas las voces que coinciden con el OLG Frankfurt: cf. Dallmeyer, “Verletzt der zwangsweise Brechmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?”, ps. 606 y ss.; y Kühne, *Strafprozessrecht*, 6a. ed., ps. 456 y 246 y siguiente. También Rüping, *Das Strafverfahren*, 3ª ed., p. 88, afirma que el suministro de vomitivos es inadmisibles, con el fundamento de que de ese modo se obliga al imputado a colaborar en su propia incriminación; y anteriormente, en el mismo sentido y con el mismo fundamento, se había pronunciado ya Klaus, *Die Frage der Duldungspflicht körperlicher Untersuchungen*, München, 1933, ps. 44 y ss., citado por Rogall, “Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme”, p. 67. Meyer-Goßner comenzó a considerar el suministro por la fuerza de vomitivos o laxantes como admisible únicamente para el esclarecimiento de delitos graves sólo después de dictada la sentencia del OLG Frankfurt (a partir de la edición nº 43, cf. Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 43ª. ed., § 81a, ps. 240 y s.; y sigue haciéndolo hoy en día, cf. Meyer-Goßner, 46ª. ed., § 81a, p. 257). Limita su procedencia para el esclarecimiento de delitos graves, Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, § 81a, p. 141.

Quienes critican esta decisión, no dudan en afirmar la ilegitimidad de la medida de investigación empleada en el caso concreto, básicamente por lesión del principio de proporcionalidad y porque se afectó la salud del imputado; pero se oponen a la postura sostenida por el OLG Frankfurt que afirma la ilegitimidad *en general* del suministro de vomitivos —pues contrariamente a lo afirmado en esa sentencia, lo consideran uno de los exámenes autorizados por el § 81a, StPO— y descartan también la lesión, a través de este tipo de medidas, al principio *nemo tenetur*. Cf., por todos, *SK-StPO-Rogall*, § 81a, p. 24, núm. marg. 48; y con mayores detalles Rogall, “Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme”, ps. 66 y ss., en especial ps. 67 y s.; y Weßlau, “Anmerkung”, ps. 341 y siguientes.

intelectual de la acción”²⁹ y, por ello, no se lesiona el ámbito de protección de la libertad de autoincriminación³⁰.

Con lo relatado hasta el momento creo que se puede comenzar a entender por qué algunos autores son tan críticos de la opinión, mayoritaria al menos en Alemania, referida al ámbito de operatividad del principio *nemo tenetur* examinada aquí. Lesch, por ej., afirma que esta postura no merece aprobación, entre otras razones, porque la simple frontera naturalista entre “actividad” y “pasividad” o bien entre “hacer” y “tolerar” ya hace tiempo fue señalada como normativamente intrascendente en la moderna teoría de la imputación penal material, debido a que ambas variables son intercambiables de modo prácticamente arbitrario. Esto lo ha llevado a afirmar que “en Derecho, evidentemente, nada puede depender de la distinción entre ‘actividad’ y ‘pasividad’ o entre ‘hacer’ y ‘tolerar’”³¹. Sin embargo, sobre este punto de vista volveré más adelante³².

d. La obligación de tolerar como fundamento de injerencias graves en el cuerpo del imputado

Aun cuando por vía de hipótesis se aceptara que siempre es posible distinguir claramente entre actividad y pasividad³³, la diferencia tajante que pretende hacer esta postura entre prohibición de obligar al imputado a colaborar activamente y posibilidad de obligarlo a tolerar pasivamente resulta poco convincente y hasta sorprendente, pues en ocasiones conduce a afirmar la legitimidad y preferencia de ciertas medidas que requieren una intervención agresiva y/o dolorosa en el cuerpo del imputado³⁴, simplemente porque ellas no exigirían actividad de su parte. Y a la vez, se excluye y se tacha de inadmisibles la obligatoriedad de otras medidas que comparativamente constituyen, sin lugar a dudas, una alternativa menos agresiva y, con ello, una carga menor para el imputado —por no prever una intervención en su cuerpo o significar sólo una pequeña molestia—, porque ellas exigen de él cierta actividad.

Para poner un ejemplo claro (aunque no extremo): ante la necesidad de determinar el contenido de alcohol en la sangre del imputado, la postura tradicional afirma que se le puede extraer una cantidad de sangre de su cuerpo necesaria para el examen, aun en contra de su voluntad —por la fuerza— porque de ese modo sólo se lo obliga a tolerar pasivamente una pequeña injerencia en su organismo. Sin embargo, sostiene que no se

29 Wolff, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, ps. 92 y ss., 243 y ss., citado por Rogall, “Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme”, p. 68.

30 Cf. Rogall, “Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme”, p. 67 y siguiente. Similar en Argentina la problemática presentada por el conocido caso “Álvarez, Juanito s/ av. contrabando” (decisión del 07/10/1988), en el cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Sala I) tuvo que resolver sobre la validez constitucional de un procedimiento policial en el que una persona fue detenida por la Policía luego de ingresar al país y trasladada a un hospital donde se le practicaron enemas para obtener las cápsulas de cocaína que había ingerido, con el propósito de ingresarlas ilegalmente a la Argentina. Al respecto, cf. los comentarios al fallo de Gullo, “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, ps. 117 y ss.; y de López y Tenca, “La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial”, ps. 512 y siguientes.

31 Cf. Lesch, *Strafprozessrecht*, 2ª. ed., p. 189 (y las citas de la nota a pie n° 130).

32 Cf. *infra* 4.

33 Pues, según se ha dicho, resulta dudoso afirmar que el “sometimiento” del imputado a la realización de una medida de prueba pueda ser calificado de “pasividad” pura.

34 Por supuesto me refiero aquí a intervenciones corporales que, como toda medida de coerción, deben aprobar dos exámenes de admisibilidad. A grandes rasgos: en primer lugar, la admisibilidad en general y en abstracto de la medida en cuestión (básicamente, reserva de ley con sus distintas derivaciones [*nulla coactio sine lege*] y principio de proporcionalidad, en el aspecto dirigido al legislador [sobre todo esto cf. *SK-StPO-Rudolphi*, Anotaciones preliminares al § 94, estado: abril de 1994, ps. 9 y ss., núms. marg. 13 y ss.]); y, en segundo lugar, su admisibilidad en el caso concreto (cumplimiento de las precauciones que suelen prever las reglas procesales que las autorizan, tales como que sean llevadas a cabo por un médico y según las reglas del arte de curar, para evitar cualquier riesgo para la salud del imputado [ver los ejemplos dados *supra*, en nota a pie n° 11] y respeto del principio de proporcionalidad en el caso particular).

lo puede obligar a exhalar en un alcoholímetro, que mide en segundos la cantidad de alcohol en la sangre, porque de ese modo se lo estaría obligando a actuar, a colaborar de forma activa en su propia incriminación. Una regulación en ese sentido, se dice, lesionaría el principio *nemo tenetur*³⁵.

También se puede pensar en otras medidas de prueba. Así, conforme a este criterio de delimitación, según se ha visto, no se podría exigir del imputado que trague un vomitivo por sus propios medios pero, curiosamente, sí se le puede suministrar el vomitivo a través de una sonda introducida por la nariz, que llegue hasta su estómago, incluso por la fuerza, en contra de su voluntad, porque esto sólo requeriría una actitud pasiva de su parte, sólo se lo estaría obligando a tolerar y, por tanto, en este último supuesto el *nemo tenetur* no se vería afectado.

En definitiva, en nombre del principio *nemo tenetur*, y de la mano del criterio pasividad-actividad, algunos rechazan el deber del imputado de realizar toda medida que requiera alguna actividad de su parte, por mínimo que sea el sacrificio físico que ello implique para él —por ej., exhalar en el alcoholímetro— y convalidan, en cambio, injerencias corporales, a veces dolorosas y/o agresivas en el cuerpo del imputado —extracción de sangre, extracción de orina por medio de la introducción de un catéter en la vejiga, para algunos incluso extracción de fluidos del cerebro y de la médula (punción lumbar)³⁶—, porque no requieren de él actividad alguna³⁷. Y esto se torna aún más curioso si se tiene en cuenta que, como se verá más adelante³⁸, uno de los fundamentos existentes detrás de este criterio de delimitación está dado precisamente por la idea de que la imposición al imputado de deberes de tolerar pasivamente la investigación penal constituye para él una carga menor y afecta en menor medida su ámbito de libertad que el tener que colaborar en forma activa. Sin embargo, como se ha podido apreciar en los ejemplos a los que he recurrido, ello no siempre resulta así.

Ahora bien, no obstante pareciera que la delimitación por medio del criterio actividad-pasividad responde más a una cuestión práctica —o a una imposibilidad práctica— antes que a un fundamento jurídico derivado del principio *nemo tenetur*³⁹. Según creo, responde en verdad a la mayor posibilidad que existe de ejecutar la medida cuando lo que se requiere para ello es actividad de parte de los encargados de la persecución penal o de sus colaboradores y sólo pasividad de parte del imputado, esto es, cuando son aquellos quienes llevan a cabo la medida sobre el cuerpo del imputado. Y ello porque normalmente es más sencillo o efectivo, y en principio requiere menos violencia, imponerle a una persona por la fuerza que tolere pasivamente algo a que lo haga por sí

35 Cf., por todos, Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 56 y 59 y ss.; y Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 224 y ss., quien no está a favor de esta distinción pero informa detalladamente sobre la opinión mayoritaria.

36 Sobre los exámenes e intervenciones corporales en particular y su procedencia en general, cf. *SK-StPO-Rogall*, 81a, ps. 13 y ss., núms. marg. 21 y ss.; y 19 y ss., núms. margs. 33 y ss.; y Krause, en *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, § 81a, ps. 136 y siguientes.

37 En este sentido también Reif, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, ps. 173 y siguientes.

38 Cf. *infra* 2, d.

39 En este sentido cf. Maier, quien si bien defiende la operatividad del *nemo tenetur* sólo en el ámbito de las manifestaciones verbales o escritas del imputado, afirma que cuando una persona es objeto de prueba (y, por tanto, según su criterio no está amparada por el *nemo tenetur*) un primer límite para determinar si se puede ejercer coacción contra ella para obtener ciertos elementos de prueba que tiene en su cuerpo es definir qué requerimos de ella. Maier afirma que si lo que requerimos solamente es una omisión, entonces se puede aplicar la fuerza, pero que si lo que requerimos es que obre, la fuerza está prohibida (cf. Maier, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", p. 240). En el mismo sentido, cf. Maier, "'Nemo Tenetur' e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad", p. 71. Sin embargo, en este último trabajo, Maier parece oponerse a la participación coactiva del imputado en un reconocimiento en rueda de personas, al menos en forma activa, por considerar que esta medida estaría próxima a la autoincriminación, esto es, parece extender el ámbito de protección del principio *nemo tenetur* más allá de las manifestaciones verbales o escritas del imputado (*ibidem*).

mismo. Ante la necesidad de realizar determinada medida de prueba que tiene al imputado como objeto —y ante su posible resistencia— es en principio más fácil obligarlo a tolerar cierta actividad que otro debe realizar sobre su cuerpo (por ej., la extracción de sangre), que obligarlo a realizar por sí mismo la actividad necesaria (por ej., espirar en el alcoholímetro).

Claro que, en la práctica, esto también puede fracasar si el imputado se resiste fuertemente a que se le haga cumplir por la fuerza con el afirmado deber de tolerar, pues aparecen aquí otros límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la fuerza que el Estado puede emplear sobre una persona para obligarla a cumplir con un deber legal —más aún cuando se trata del imputado en el marco de un proceso penal—, ya sea que ese deber consista en tolerar o en realizar determinada actividad. ¿O acaso se puede afirmar que existe alguna diferencia entre sujetar al imputado por la fuerza entre varios policías para introducirle una sonda desde la nariz hasta el estómago para suministrarle un vomitivo —como sucedió en el caso ya relatado— o sujetarlo por la fuerza presionándole la nariz e introduciéndole al mismo tiempo el vomitivo en la boca para lograr que lo trague? ¿Qué diferencia existe entre sujetar al imputado con fuerza para inmovilizarlo lo suficiente como para que un médico le pueda clavar la jeringa en el brazo para extraerle sangre o sujetarlo del mismo modo pero para oprimirle la nariz e introducirle al mismo tiempo el alcoholímetro en la boca para lograr que exhale?

Tal vez el problema radique en que esta postura pone el acento en los deberes que se puede imponer al imputado, cuando quizás habría que pensar la cuestión desde el punto de vista de qué tiene permitido hacer el Estado, y con qué límites, si se trata de medidas de prueba que involucran de algún modo al imputado. Pero sobre esto volveré en el punto siguiente.

e. En la facultad de aplicar coacción directa para tolerar ¿se oculta una forma de coacción indirecta para colaborar activamente?

En relación con lo tratado en el punto anterior, tampoco se puede pasar por alto que muchas veces cuando el imputado colabora en forma activa en su propia incriminación no lo hace, sin embargo, en forma libre —como exigiría el *nemo tenetur* para esta teoría—, sino, simplemente, para evitar la aplicación de coacción directa sobre él. En efecto, cuando se le hace saber que no está obligado a colaborar activamente en una medida de prueba que puede conducir a su incriminación pero que, de negarse a hacerlo, de todos modos el examen será llevado a cabo de forma tal que él sólo tenga que *tolerar* su realización, y que, en caso necesario, si se resiste, su oposición puede ser vencida por la fuerza, naturalmente el imputado puede verse obligado a colaborar en forma activa para evitar un mal mayor. Por ejemplo, tragará el vomitivo por sus propios medios, porque de lo contrario lo sujetarán por la fuerza y se lo inyectarán o, lo que es peor, le introducirán una sonda por la nariz para llevar el vomitivo hasta su estómago; exhalará durante unos segundos en el alcoholímetro, para evitarse así todas las incomodidades a las que lo sometería la extracción de sangre (trasladarse hasta el lugar en el que se encuentra el médico que realizará la extracción, la extracción en sí, la pérdida de tiempo, etc.); o colaborará activamente en una prueba de orina para evitar que, ante su negativa, se le conecte una sonda a la vejiga para extraer la muestra necesaria.

En estos supuestos hablar de una colaboración activa voluntaria decidida libremente genera, al menos, ciertas dudas. Y si se reconoce que el imputado colabora presionado, porque de no hacerlo le espera algo peor, *en el marco de esta teoría*, que no admite la posibilidad de obligar al imputado a colaborar activamente, habría que concluir que se

estaría lesionando el *nemo tenetur* y, por tanto, que la prueba así obtenida no podría ser aprovechada.

Sucede que, en definitiva, la violencia estatal permitida para obligar a tolerar estaría funcionando como coacción indirecta sobre el imputado para obligarlo a actuar, con lo cual la conclusión que se impondría según la extensión que le otorga al principio la teoría ahora analizada es clara: esa colaboración activa en la propia incriminación deja de ser fruto de una decisión de libre voluntad y se lesionaría por ello el *nemo tenetur*. Dicho de otro modo, en la facultad estatal de aplicar coacción directa para tolerar se ocultaría siempre una forma de coacción indirecta para que el imputado colabore en forma activa⁴⁰. Por esa razón, los criterios utilizados por esta teoría no permiten explicar cómo se puede considerar válida una colaboración activa del imputado obtenida bajo coacción indirecta.

Sin embargo, en este punto creo necesario hacer una distinción dentro del ámbito de las medidas de coerción procesal que podría ayudar a arrojar algo de luz sobre esta cuestión. Una vez que los órganos de la persecución penal están autorizados legalmente a intervenir en los derechos fundamentales del imputado, a través de una medida de investigación determinada, y dicha autorización cumple con todas las exigencias impuestas por el principio *nulla coactio sine lege*⁴¹, existen no obstante casos en los que no habrá una única manera de alcanzar el fin perseguido, sino que también será posible hacerlo de una manera menos gravosa para el imputado. En esos supuestos el principio de proporcionalidad impone que se advierta al afectado sobre la existencia de dicha posibilidad y si él presta su conformidad al respecto el Estado deberá conformarse con la medida menos gravosa⁴². Así, a modo de ejemplo, el CPP Nación de Argentina, en su art. 230, establece para la requisita personal que antes de proceder a la medida se podrá invitar a la persona a exhibir el objeto de que se trate. Ello no significa que la persona está obligada a realizar una colaboración activa (exhibir el objeto) ni que si se niega a exhibirlo o a entregarlo la autoridad no lo pueda buscar y obtener por sus propios medios y por la fuerza. Sólo se trata de que si existe la posibilidad de que la medida se lleve a cabo de una manera menos invasiva y menos violenta, aún cuando ello exija cierta actividad de parte del afectado, se lo haga saber a éste para que en caso de prestar su conformidad al respecto la medida se ejecute de ese modo. Pero dado que presupuesto de ello es que las autoridades de la persecución penal cuenten con una autorización legal para realizar la medida que significa una afectación en derechos fundamentales de los ciudadanos, aun en contra de la voluntad del afectado por ella, en estos supuestos la decisión del afectado sólo tiene por objeto decidir *cómo* se llevará a cabo la medida (esto es, de la forma menos o más gravosa), pero no decidir *si* ella puede ser realizada⁴³.

Por otra parte, aun cuando la ley no lo prevea expresamente — como en el caso del art. 230, CPP Nación —, el principio de proporcionalidad exige que siempre que exista la posibilidad de alcanzar el fin perseguido por la medida de coerción prevista legalmente de una forma menos gravosa para el imputado, se lo haga saber para darle la posibilidad de optar por ella, aun cuando ello signifique que deberá colaborar activamente. Por ello, si las autoridades de la persecución penal están autorizadas legalmente a obtener cierta

40 En este sentido cf. también Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 77; Neumann, "Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren", ps. 379 y ss., en especial p. 381; y Reiß, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, p. 174.

41 Al respecto cf. *infra*, nota a pie n° 77.

42 Cf. *SK-StPO-Rudolphi*, Anotaciones preliminares al § 94, estado: abril de 1994, p. 24, núm. marg. 56; y Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, ps. 105 y siguientes.

43 Al respecto, con mayores detalles, Amelung, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes*, ps. 105 y siguientes.

sustancia corporal del imputado (por ej., su orina) o ciertos elementos de prueba que se hallan dentro de su cuerpo (por ej., cápsulas con droga dentro de su estómago) antes de proceder a obtenerlos por la fuerza deben brindarle la posibilidad de entregarlos por sus propios medios o de la forma menos violenta. Lo mismo ocurre con aquellas medidas que no recaen sobre el cuerpo del imputado. Así, por ej., en el marco de un registro domiciliario si la autoridad estatal a cargo de su ejecución se encuentra con compartimentos cerrados, antes de proceder a abrirlos por la fuerza debe invitar al afectado a abrirlos.

En conclusión, como ya ha sido dicho en el punto anterior, quizás el problema de esta postura sea que pone el acento en los deberes que se puede imponer al imputado, cuando en verdad habría que pensar esta problemática desde el punto de vista de qué tiene permitido hacer el Estado, y con qué límites, cuando se trata de medidas de prueba que recaen sobre el imputado.

Ahora bien, he expuesto hasta aquí algunas de las dudas que suscita la distinción actividad-pasividad como límite del ámbito de protección del principio *nemo tenetur* y algunas de las objeciones que puede merecer. Me ocuparé a continuación de examinar críticamente los argumentos dados como fundamento de esta interpretación.

2. Fundamento de la interpretación del principio *nemo tenetur* como libertad de toda colaboración activa en la investigación penal

a. El imputado como “mero objeto de prueba”

Uno de los argumentos frecuentemente invocados como fundamento de la libertad de autoincriminación en general es que las personas, como derivación del principio de la dignidad humana, no pueden ser degradadas a mero objeto del poder estatal⁴⁴ y, consecuentemente, en su papel de imputados tampoco pueden ser reducidas a la función de mero medio para averiguar la verdad en el proceso penal, pues la libertad de autodeterminación, inmanente a la dignidad humana, exige preservar al imputado de tener que convertirse en un instrumento de su propia incriminación⁴⁵⁴⁶.

No obstante, el impedir que el imputado sea reducido a “mero objeto” del proceso no parece ser un fundamento suficiente para distinguir entre actividad y pasividad como límite del ámbito de protección del principio *nemo tenetur*⁴⁷; pues, a decir verdad, este mismo argumento es aplicable a su colaboración pasiva: tanto es tratado como objeto quien es obligado a colaborar activamente en una medida probatoria determinada, como quien debe participar en ella, aunque más no sea en forma pasiva, en contra de su propia voluntad.

44 Sobre dignidad humana y prohibición de convertir al ser humano en mero objeto del Estado, en casos no referidos al principio *nemo tenetur*, cf. BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 45, 187 (228); 50, 125 (133); 57, 250 (275); 63, 380 (390); 87, 209 (228), entre otros.

45 Cf. BVerfGE 56, 37 (42); BGHSt 38, 214 (220 y s.).

46 Estos postulados, como ya habrá sido advertido, siguen las ideas antropocéntricas renacentistas teorizadas posteriormente por los filósofos ilustrados. Algunos de estos últimos llevaron esa cosmovisión al tratamiento de la cuestión penal. Así, en la crítica de Kant a toda relativización de los fines del poder punitivo es posible leer que “el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real” (Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 166). Hegel, por su parte, ha objetado también las teorías utilitarias sobre el sistema penal y ha escrito que “el derecho y la justicia deben sin embargo tener su lugar en la libertad y en la voluntad y no en la falta de libertad a la que se dirige la amenaza”, porque de otro modo se estaría actuando “como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro” (Hegel, *Principios de la filosofía del derecho*, p. 161).

47 En este mismo sentido Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 227 y siguientes.

Como bien explica Verrel⁴⁸, no se entiende por qué razón el imputado que se resiste fuertemente a que se le extraiga sangre y es reducido y sostenido de forma firme por varios policías para posibilitar la realización de la extracción es todavía *sujeto*; pero el imputado que, por ejemplo, con la amenaza de una multa es obligado a una colaboración activa en un test de alcohol por medio del aliento es, en cambio, *objeto*. “En ambos casos, igualmente, el imputado ha sido convertido en instrumento involuntario de la prueba de su propia culpabilidad, pues él, con su persona, tiene que soportar ser proveedor de una prueba material, cuya obtención y valoración contradice su voluntad y sus intereses”⁴⁹. Lo mismo es aplicable al caso del suministro de vomitivos.

En el mismo sentido observa Neumann⁵⁰ que en el caso de una extracción de sangre llevada a cabo mediante el uso de la fuerza, el imputado no es tratado como persona con voluntad e intereses propios y con capacidad de comunicación, sino que es reducido a su “carne”, pues él sirve sólo al suministro de material probatorio, que también podría ser obtenido, de la misma manera, de un cuerpo sin vida. “Dado que la medida [...] no sólo se opone a la voluntad, sino también al interés objetivo del imputado, no se puede pasar por alto la comprobación de que la calidad de sujeto del imputado es despreciada aquí por completo y, de este modo, él es convertido exclusivamente en objeto”⁵¹.

Con otras palabras, el caracterizar una medida de investigación como instrumentalización del imputado para convertirlo en “medio de prueba”⁵² contra sí mismo no puede depender del hecho de que sea el propio imputado quien entregue a las autoridades de la persecución penal el material probatorio incriminante —en estos casos, la sustancia de su cuerpo a examinar— o de que él tenga que tolerar que ese material probatorio le sea extraído por la fuerza. El imputado es instrumento de su propia incriminación no sólo cuando colabora por medio de una acción, sino también cuando no se puede defender contra la coacción, cuando, en contra de su propia voluntad, debe permitir que su cuerpo sea usado como “medio de prueba” en su contra. Lo decisivo, entonces, es que el cuerpo del imputado o partes de él son aprovechados, sin su conformidad, como prueba en su contra⁵³.

Por tanto, la afirmación de que el imputado no puede ser reducido a “mero objeto del procedimiento” no parece suficiente para fundar la distinción entre actividad no exigible y pasividad exigible para delimitar el alcance del principio *nemo tenetur*.

b. Preservar al imputado de humillaciones

Se dice también que el hecho de tener que entregar a las autoridades de la persecución penal, por sí mismo, el material probatorio necesario para su incriminación representa para el imputado una especial humillación⁵⁴, pues no se delata a sí mismo aquel a quien la información incriminante le es arrancada por medio de fuerza irresistible⁵⁵.

48 Cf. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 227 y siguiente.

49 Cf. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 228.

50 Cf. Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, ps. 373 y siguientes.

51 Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, p. 384, donde analiza si las injerencias en el cuerpo del imputado llevadas a cabo por medio de la fuerza constituyen una lesión a la dignidad humana.

52 La expresión “medio de prueba” no es utilizada aquí en sentido estricto, como procedimiento establecido por la ley tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso, sino en un sentido amplio.

53 Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 228; y Wolfsast, “Beweisführung durch heimliche Tondandaufzeichnung”, p. 104.

54 Cf. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 231 y las citas de nota a pie n° 1350.

55 Así Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, p. 381.

Sin embargo, este argumento tampoco parece convincente. Si bien se podría afirmar que exigir ciertas colaboraciones activas en la propia persecución penal representaría una humillación para casi cualquier persona, el sentimiento de humillación en sí, por un lado, es muy subjetivo, se refiere a cómo vive cada individuo una situación determinada, en este caso, el tener que someterse a una medida de prueba en especial y, por tanto, es un sentimiento que puede variar enormemente de un individuo a otro. Muchos imputados viven ya como una humillación el tener que someterse al proceso penal o el tener que someterse a una simple extracción de sangre o a un reconocimiento.

Pero, por otro lado, la distinción entre una colaboración humillante o degradante para el imputado y otra que no lo sea, tampoco parece estar relacionada necesariamente con la diferenciación entre colaboración activa y tolerancia pasiva. Piénsese otra vez en los ejemplos dados en el punto inmediatamente anterior (el imputado como “mero objeto de prueba”). Tampoco aquí se entiende por qué necesariamente se debería sentir más humillado quien es obligado a tomar un vomitivo por sus propios medios, para entregar luego a las autoridades de la persecución penal las cápsulas con droga que lleva en su estómago, que quien es reducido por varios policías, tirado al suelo y sujetado con fuerza para que un médico le introduzca una sonda desde la nariz hasta su estómago con una sustancia que le provoque el vómito y se obtenga así, por la fuerza, el material probatorio. ¿Por qué el imputado sólo tendrá un sentimiento de humillación o por qué ese sentimiento deberá ser mayor cuando él se vea obligado a presentar por sí mismo el material probatorio de cargo y no cuando las autoridades de la persecución penal utilicen violencia sobre su cuerpo para obtener la prueba que necesitan?⁵⁶ Es más, incluso hasta se podría afirmar precisamente lo contrario, esto es, que en algunos casos será más digno para el imputado entregar el elemento de prueba que lleva en su cuerpo por sus propios medios, antes de que éste le sea arrancado por la fuerza (piénsese, por ej., en la extracción por la fuerza de una prueba de orina).

Por tanto, este argumento tampoco parece proporcionar un fundamento que justifique delimitar el ámbito de protección del *nemo tenetur* con el criterio actividad-pasividad.

c. Respeto por la necesidad de autoprotección del ser humano

Otro de los argumentos con que se funda la extensión de la libertad de autoincriminación de que goza el imputado, también relacionado con los principios de dignidad humana y de libre desarrollo individual, es el reconocimiento de un derecho natural de autoprotección y de instinto de conservación innatos al ser humano. Según este punto de vista el imputado, en el proceso penal, se halla en una situación de mucha presión, en una situación defensiva, pues teme la pérdida de su libertad, de sus bienes, de su honor y, a veces, hasta de su vida. Se afirma que la mayoría de los seres humanos, cuando se encuentra en una situación tan especial, no está dispuesta a dar a conocer su comportamiento errado y a hacerse responsable de él, sino que, al contrario, trata de ocultarlo. Por ello, por encontrarse en una situación tan particular en la que están en juego necesidades elementales, como la conservación de sus propios bienes jurídicos, se dice que el ser humano debe poder preservar su individualidad. Y la obligación de autoincriminarse lesionaría esa necesidad de autoprotección y autoconservación del ser humano y atentaría contra su esfera individual⁵⁷.

⁵⁶ En este mismo sentido Wolfsblast, “Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung”, p. 104; y Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 231 y siguiente.

⁵⁷ Detalladamente Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 145 y ss., y *SK-StPO-Rogall*, Comentarios previos al § 133, ps. 69 y ss., con citas de Welzel, Eb. Schmidt y de jurisprudencia en este sentido.

Frente a este argumento, así como con respecto al tratado en el punto anterior⁵⁸, algunos autores han sostenido que ni la jurisprudencia ni la literatura jurídica han podido demostrar hasta ahora por qué razón el interés fáctico, propio de toda criatura, en no exponerse al peligro de una autoincriminación (como sentimiento natural de “vergüenza” o como interés natural de “auto-preservación”) debe merecer reconocimiento a través del Derecho procesal penal. El imputado se manifiesta en el proceso penal como persona en Derecho (*Rechtsperson*) y, como tal, se caracteriza por su posición como titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, con argumentos como los tratados ahora, se afirma que se rebaja al imputado de su condición de persona en Derecho a la de *individuo* afectado por la persecución penal y, por consiguiente, se lo define a través de sus intereses fácticos⁵⁹.

Por otra parte, también se ha cuestionado que la necesidad de autoprotección del ser humano pueda fundar la distinción entre deber de tolerar y libertad de colaborar en forma activa. Es que aquí, nuevamente, si lo que se tiene en cuenta es el deseo del imputado de evitar que se lo declare culpable y que se lo castigue o, al menos, de no tener que prestar colaboración alguna para ello, tampoco se lo debería poder obligar por la fuerza a *tolerar* un examen que sirva para probar su culpabilidad. Al igual que con los argumentos anteriores, desde el punto de vista de la autoprotección del ser humano parece irrelevante que el imputado esté obligado a colaborar activamente o en forma pasiva (tolerar) en una medida de prueba. Lo decisivo es que en ambos casos, con su colaboración, él es obligado a aportar prueba en su contra como instrumento involuntario y se lo convierte así en “medio de prueba” contra sí mismo⁶⁰.

Por estas razones, tampoco este argumento puede fundar de manera convincente la libertad de cooperación.

d. Colaboración pasiva como restricción menor de los derechos del imputado

Otro de los fundamentos existentes detrás de la delimitación entre pasividad y actividad, entre tolerar y actuar, es la idea de que la imposición al imputado de deberes de tolerar pasivamente en la investigación penal constituye para él una carga menor, o afecta en menor medida su libertad, que el tener que colaborar activamente en su propia persecución; pues mientras que los deberes de omisión permiten todas las conductas menos las prohibidas, los deberes de obrar excluyen del ámbito de lo normativamente posible todos los comportamientos salvo el mandado⁶¹. Sin embargo, como se ha podido ver en los ejemplos tratados más arriba, no siempre la imposición de un deber de tolerar pasivamente constituye una carga menor que el tener que colaborar en forma activa⁶².

58 Esto es, ahorrarle al imputado la humillación que supone el hecho de tener que mentir o incriminarse a sí mismo.

59 Así Pawlik, “Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten”, ps. 378 y ss.; Lesch, *Strafprozessrecht*, 2a. ed., p. 190, y del mismo autor, “Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung”, *ZStW* 111 (1999), ps. 636 y siguientes. Sobre la diferenciación entre individuo y persona, detalladamente, Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, ps. 29 y ss.; y del mismo autor, “Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho normal funcional”, ps. 38 y siguientes.

60 Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 230; ya antes Sautter, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 81 a StPO”, p. 250.

61 En este sentido, cf. BVerfGE 56, 37. Sobre esto cf. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, ps. 219 y ss.; Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, ps. 378 y s.; y Weßlau, “Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren”, p. 28 y sus citas.

62 Cf. *supra* 1, d.

Por el contrario, este argumento pierde toda fuerza si se piensa, como bien señala Neumann⁶³, que cuando se habla de obligación de tolerar en este contexto no se está haciendo referencia a la mera omisión de intervenciones en la investigación, como sucede, por ej., cuando se lleva a cabo un registro domiciliario; sino que se trata de soportar medidas en las que o bien el imputado tiene que participar de algún modo (p. ej., en el reconocimiento) o, lo que presenta mayores dificultades, se requiere una intervención en su cuerpo (p. ej., en la extracción de sangre o en la extracción de una bala de su cuerpo). Por ello, este fundamento tampoco logra ser convincente.

3. La regulación procesal penal

A pesar de las distintas fundamentaciones explicadas en el punto anterior, y aunque no se lo diga en forma expresa, entiendo que la libertad de colaboración activa del imputado en el proceso penal es derivada, en verdad, de la regulación legal de la situación del imputado en los códigos procesales penales que, como el argentino, responden a la reforma procesal penal del S. XIX⁶⁴.

Esto puede ser visto claramente en Rogall⁶⁵ cuando se ocupa de la posición del imputado como “medio de prueba”⁶⁶. Allí este autor explica que el imputado no es un medio de prueba en sentido formal, debido a que la ley no lo incluye entre los medios de prueba previstos (como testigos, peritos, documentos). Sin embargo, sostiene que sí es medio de prueba en sentido material, dado que tanto su declaración como otros de sus comportamientos son hechos de prueba (*Beweistatsachen*) y, de ese modo, asequibles a la libre valoración judicial de la prueba, extraída de la totalidad del debate, y a la formación del convencimiento del juez.

Ahora bien, según sigue explicando Rogall, dentro del sistema probatorio legal el papel del imputado como medio de prueba se limita a dos casos. Por un lado, la ley le da la posibilidad de declarar y, por otro, la de ser únicamente objeto de la prueba de inspección u observación y aquí, en tanto su cuerpo sirve como objeto de la inspección, el imputado sería un verdadero medio de prueba en sentido técnico. Pero mientras que la ley deja en manos del imputado la decisión acerca de si quiere declarar (actividad) sobre el hecho que se le imputa o si prefiere guardar silencio, él no puede sustraerse, en cambio, a la prueba de inspección u observación. En ésta, sin embargo, la ley no establece expresamente la participación activa del imputado, pues se trata de medidas en las que otras personas distintas de él observan su cuerpo, lo inspeccionan, lo analizan, etcétera. Piénsese, por ej., en el examen del estado de salud mental del imputado⁶⁷; el examen de su cuerpo, la extracción de sangre y otras intervenciones

63 Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, p. 379.

64 Cf. Schmidt, Eb., “Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen”, ps. 664 y ss.; Dahs y Wimmer, “Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht”, ps. 2217 y ss.; y las citas de nota a pie n° 14.

65 Cuyo trabajo sobre la libertad de autoincriminación, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, es referente obligatorio sobre el tema en Alemania.

66 Cf. Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 31 y ss., para quien medio de prueba son las personas (en este caso el imputado), mientras que la declaración (o el testimonio en el caso del testigo) es recepción o incorporación de prueba (p. 34). Si bien los distintos aspectos que presenta la prueba —medio de prueba, elemento de prueba, fuente u órgano de prueba, objeto de prueba— son utilizados a veces sin demasiado rigor, esto es, sin distinguirlos con precisión, para la comprensión más corriente en la actualidad medio de prueba sería el acto procesal mediante el cual se pretende incorporar al procedimiento un elemento de prueba (la declaración, por ej.), en tanto que la persona (imputado, testigo, perito) sería el órgano de prueba (cf. Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2ª ed., ps. 858 y s.; y en especial t. III, § 15, B, 3, I y II, ps. 96 y ss.; y Guzmán, *La verdad en el proceso penal*, ps. 8 y siguiente).

67 Por ej., StPO, § 81; CPP Nación, 218.

corporales⁶⁸; la toma de fotografías, impresiones digitales del imputado, y en medidas y mediciones similares⁶⁹. Es decir, son todas medidas de prueba en las que la actividad es realizada por terceros —por quienes tienen a su cargo la investigación penal— e incluso a veces la ley establece en forma expresa que la medida será llevada a cabo aun sin el consentimiento o en contra de la voluntad del imputado⁷⁰. A partir de lo descrito hasta aquí se afirma entonces que la ley no prevé en forma expresa una intervención activa obligatoria del imputado en la producción de la prueba, tampoco a través de coacción indirecta: “Sólo está permitido forzar un comportamiento pasivo. Siempre que la voluntad del imputado deba decidirse por un hacer activo, él es libre”⁷¹.

Por ello, Rogall concluye: si bien cuando el imputado es objeto de la prueba personal objetiva la ley le impone la obligación de tolerar la realización de las medidas de prueba que ella autoriza, también le concede, implícitamente y *de manera análoga a la libertad de declarar*, una libertad de colaborar en forma activa⁷².

Esta posición, que deriva así de la ley la distinción pasividad-actividad y, con ello, el ámbito de protección del *nemo tenetur*, se corresponde con una conocida concepción y clasificación de la prueba que también es derivada de la regulación legal⁷³. Según ésta el medio de prueba sirve para esclarecer el supuesto de hecho en sentido objetivo y personal. El esclarecimiento puede suceder a través de la prueba personal o través de la prueba objetiva. En el primer caso medio de prueba es la persona, en el segundo un objeto. En tanto la persona es medio de prueba⁷⁴, la prueba puede ser subjetiva u objetiva. La *prueba personal es subjetiva* cuando se basa en el conocimiento, percepción, sensación y pensamiento humano. En la prueba personal subjetiva la persona es medio de prueba activo, ella actúa y el medio de actuación es la *declaración*. Con su declaración, la persona interviene en la averiguación de la verdad y como sujeto de la declaración ella puede hallarse en distintos papeles procesales. Así, puede participar en la prueba personal activa como imputado, como testigo o como perito.

La *prueba personal es*, en cambio, *objetiva* cuando hechos y datos de la persona son analizados por terceros, sin colaboración del afectado, para investigar la verdad, circunstancia por la cual, en este caso, la persona es *medio de prueba pasivo*⁷⁵. Los métodos de la prueba personal objetiva son el examen del estado psíquico (observación), el examen corporal, el registro o requisa personal y la intervención corporal.

En conclusión, a partir de las medidas de prueba previstas en la ley esta postura establece una identificación estricta entre prueba personal subjetiva=medio de prueba activo (fundamental pero no sólo libertad de declarar); y prueba personal objetiva=medio

68 Por ej., StPO, § 81a; CPP Nación 218, 230.

69 Por ej., StPO, § 81b; CPP Nación, 74, 270 y siguientes.

70 Por ej., StPO, §§ 81a, 81b; y CPP modelo para Iberoamérica, art. 38.

71 Schmidt, Eb., “Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen”, p. 665.

72 Con mayores detalles, Rogall, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, ps. 54 y ss., sin resaltar en el original; y *SK-StPO-Rogall*, Comentarios previos al § 133, ps. 32 y ss., núm. marg. 73.

73 Cf. Peters, *Strafprozeß*, 2ª. ed., ps. 325 y siguientes.

74 Recuérdese aquí lo ya señalado en la nota a pie n° 66 acerca de que si bien los distintos aspectos que presenta la prueba —medio de prueba, elemento de prueba, fuente u órgano de prueba, objeto de prueba— son utilizados a veces sin demasiada precisión, para la comprensión más corriente en la actualidad —a diferencia de la expuesta ahora— medio de prueba no es la persona (el imputado, el testigo o el perito), sino el acto procesal por el cual se introduce en el proceso el elemento de prueba (la declaración, el testimonio).

75 Señala Peters que si bien la prueba personal pasiva es considerada frecuentemente como prueba objetiva, la separación de la prueba personal pasiva de la prueba objetiva es fundamental, aun cuando en ambos casos se trate de una prueba objetiva, pues la prueba personal objetiva está sometida, al igual que la prueba personal subjetiva, a las limitaciones impuestas por la dignidad humana y la adecuación personal. Esto es importante, según entiende este autor, para determinar la admisibilidad de los métodos probatorios personales en relación con el fin, el medio y la relación medio-fin (cf. Peters, *Strafprozeß*, 2ª. ed., ps. 272 y siguiente).

de prueba pasivo (obligación de tolerar). Para simplificar: distingue entre prueba personal activa y prueba personal pasiva.

Ahora bien, con respecto a lo dicho hasta aquí se puede hacer varias observaciones. En primer lugar, cabe poner en duda que a partir de la regulación legal de las medidas de injerencia posibles contra el imputado con fines probatorios sea correcto derivar la extensión del ámbito de protección del principio *nemo tenetur*, o de cualquier otro principio. Y esto por más de que se trate de una interpretación amplia y, si se quiere, favorable al imputado —dado que extiende la protección del principio al ámbito de las medidas probatorias que tienen al cuerpo del imputado como objeto de la prueba personal objetiva—. Del hecho de que la ley procesal penal, al regular las medidas probatorias que deben ser llevadas a cabo sobre el cuerpo del imputado aun en contra de su voluntad, no establezca de modo expreso su deber o la carga de colaborar activamente en general, ni comportamientos activos que él deba cumplir en particular, no se puede concluir, sin más, el alcance del principio *nemo tenetur*.

La regulación legal es relevante, por supuesto, en tanto las únicas medidas de coerción —y las medidas de prueba, en tanto afectan derechos del imputado, también lo son— aplicables durante el proceso penal sobre el imputado son, en principio⁷⁶, las autorizadas por la ley y toda medida no autorizada por ella es inadmisibles, en virtud del principio *nulla coactio sine lege*⁷⁷. Pero ello nada dice acerca de la imposibilidad *ex ante* y en abstracto de que la ley pueda llegar a regular válidamente una medida determinada, por constituir una restricción inadmisibles de los derechos del imputado. Es decir, el hecho de que la ley procesal penal no regule deberes de actividad para el imputado no significa, de por sí, que no pueda hacerlo. Para afirmar esto último se necesita dar un paso más en la argumentación y apelar al o a los principios que impedirían una regulación semejante o que existente ya esa regulación la tacharían de inconstitucional. En definitiva, la regulación legal no permite afirmar, ni mucho menos fundar, que el principio *nemo tenetur* excluye toda actividad no voluntaria del imputado en el proceso penal, además de su declaración, que pueda implicar de algún modo una autoincriminación de su parte. Este modo de proceder, propio de un análisis inductivo, es ya incorrecto desde un punto de vista metodológico.

76 En principio pues, además de estar reguladas por la ley, esas medidas deben constituir una restricción de los derechos del imputado admisibles desde el punto de vista constitucional. Sobre el trato de inocente y la coerción procesal detalladamente Maier, *Derecho Procesal Penal*, t. I, 2ª ed., ps. 510 y siguientes.

77 Sobre el principio *nulla coactio sine lege* en detalle *SK-StPO-Rudolphi*, Anotaciones preliminares al § 94, estado: abril de 1994, ps. 9 y ss., núms. marg. 13 y ss., quien trata el tema denominándolo principio de reserva de ley y sus consecuencias. Sin embargo, yo prefiero referirme a él bajo el nombre “principio *nulla coactio sine lege*” debido a que el principio de reserva de ley del derecho constitucional en general, si bien de importancia fundamental, sólo se refiere básicamente a la necesidad de que toda injerencia estatal en la libertad y propiedad de los ciudadanos quede reservada al ámbito del legislador, único legitimado democráticamente para tomar decisiones de ese tipo. Este principio rige también de forma ilimitada para la actividad estatal de persecución penal, pero no especifica cuáles son los requisitos que esa ley debe cumplir para poder autorizar válidamente una medida de coerción en el proceso penal. El principio *nulla coactio sine lege* en materia procesal penal, al igual que el principio *nullum crimen sine lege* en materia penal, abarca en cambio mucho más (mandato de certeza de ley, prohibición de la aplicación analógica o extensiva, ley escrita —exclusión de la costumbre como fundamento posible de la medida de coerción—). Al respecto cf. en Argentina someramente Córdoba, G., La requisita de automóviles en el Código procesal penal de la Nación, punto 2, ps. 672 y ss.; con mayor desarrollo y detalle Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, ps. 375 y ss.; y Guariglia, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*, ps. 124 y ss., quien siguiendo a Rudolphi también trata el tema bajo el título “Reserva de ley, división de poderes y límites de la discrecionalidad judicial”. Al respecto también Bruzzone, “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, aunque el trabajo se centra más en el examen de admisibilidad en concreto de las medidas de coerción (previsión legal, necesidad, idoneidad y proporcionalidad), donde el principio *nulla coactio sine lege* es un primer paso y este autor parece identificarlo con el de reserva de ley: “...la *nulla coactio sine lege* [...] se traduce en constatar si la medida de coerción o de injerencia se encuentra prevista en la ley procesal, con qué alcance o para qué supuestos” (p. 248).

El razonamiento, antes bien, debe ser inverso: primero se debe determinar cuál es el ámbito de protección del principio *nemo tenetur* —y cuáles sus consecuencias—, independientemente de toda regulación procesal concreta, para después confrontar si, según esa extensión, una regulación procesal penal determinada sometida a estudio es adecuada o no a él. Es decir, una regulación legal en concreto poco puede decir, por sí sola, acerca del contenido y de la extensión de un principio constitucional; y el hecho de que esa regulación coincida con la concepción del principio sostenida por el intérprete, tampoco es fundamento suficiente para concluir que dicha concepción es jurídicamente correcta.

Pero en segundo lugar, también puede ser puesta en duda la afirmación de que la ley sólo establece un deber puro de tolerar y que no prevé, en cambio, deberes de actividad en cabeza del imputado que lo puedan llevar a su propia incriminación. En las medidas probatorias mencionadas anteriormente no lo hace, por cierto, en forma expresa. Pero se podría afirmar que la existencia de un deber para el imputado de *tolerar* la realización de determinadas medidas de prueba presupone, necesariamente, el deber de *someterse* a la realización de la medida autorizada por la ley, lo que podría terminar en la exigencia para el imputado de realizar tanto comportamientos activos como pasivos, según la naturaleza de la medida de que se trate⁷⁸.

Esto es admitido, incluso, por la doctrina analizada ahora cuando afirma que el deber de tolerar abarca también los preparativos evidentes e indispensables para poder llevar a cabo la medida ordenada, aun cuando ellos importen actividad de su parte (las llamadas acciones preparativas y de acompañamiento, que ella excluye así del ámbito de protección del *nemo tenetur*⁷⁹). Se me podría objetar que los comportamientos activos a los que se hace referencia no son los que conducen de modo directo a la autoincriminación y que la importancia reside, precisamente, en la relación mediata o inmediata entre la acción y la autoincriminación. Pero, por un lado, éste no siempre es el caso (piénsese, por ej, en lo dicho más arriba sobre el reconocimiento del imputado) y, por otro, aun cuando fuera así (por ej., arremangarse la camisa y extender el brazo para posibilitar la extracción de sangre), se trata de comportamientos que si bien no constituyen en sí mismos la actividad autoincriminante significan, sin duda, una colaboración activa del imputado en su propia incriminación sin la cual ésta última no se produciría de esa manera.

Por otra parte, se puede agregar que no sólo las llamadas acciones preparativas y de acompañamiento de las medidas de prueba muestran que la ley no excluye toda intervención activa del imputado en su propia incriminación. También el establecimiento del deber del imputado de comparecer al proceso cuando sea citado da la pauta de que la ley no excluye todo comportamiento activo para él⁸⁰ —aun cuando en este caso tampoco se trate de una actividad del imputado con influencia directa en su autoincriminación—. Sólo cuando el imputado no cumple con su comportamiento activo (deber de comparecer al proceso ante la citación), el Estado le impone el cumplimiento de su deber coactivamente mediante la conducción forzada⁸¹.

78 Recuérdese la decisión en materia civil ya comentada que sostuvo la obligación del imputado de reparar los daños causados por él al haberse negado a acompañar a los agentes de policía a la enfermería para someterse a una extracción de sangre. El LG Düsseldorf afirmó en aquel caso que el imputado se había negado ilegítimamente a seguir a los policías por sus propios medios, obligación que según este tribunal surge de la norma que autoriza la extracción de sangre, pues entender esa autorización exclusivamente como un deber de tolerar de parte del imputado tornaría ilusoria la medida probatoria, ya que no siempre se encontraría en el lugar un médico a disposición (cf. *supra* 1, b).

79 Sobre esto cf. *supra* 1, b. Rogall, en cambio, como ya ha sido dicho, no está de acuerdo con ello (ver *supra*, nota a pie n° 14).

80 Cf. Lesch, *Strafprozessrecht*, 2a. ed., p. 190.

81 StPO, §§ 133 y 134; y en Argentina CPP Nación, art. 282 y 283.

En conclusión, a pesar de lo afirmado por la doctrina analizada, el único supuesto en el que sin lugar a dudas se puede afirmar que la ley reconoce expresamente al *nemo tenetur* como protección frente a una actividad autoincriminante es el de la libertad de declarar del imputado⁸².

4. Irrelevancia jurídica de la distinción pasividad-actividad

Lo expuesto hasta aquí me lleva a afirmar que el criterio pasividad-actividad no proporciona una herramienta útil de delimitación, ni siquiera en el ámbito puramente práctico, sino que se ha revelado como ineficaz y hasta manipulable. Además, los argumentos con que se pretende fundar esta distinción tampoco resultan convincentes, porque no excluyen únicamente lo que quieren excluir (colaboración activa), sino también lo que pretenden incluir (tolerancia pasiva).

Pero, por otra parte, esta teoría no logra demostrar la existencia de una diferencia jurídicamente relevante entre el hecho de que el imputado entregue, por ej., una sustancia corporal por sí mismo o que le sea arrebatada por la fuerza por los encargados de la persecución penal. En ambos casos él es convertido en una fuente de prueba contra sí mismo.

Es que cuando el imputado mismo es objeto de la prueba personal objetiva⁸³, la diferenciación entre colaboración activa y tolerancia pasiva de su parte como límite entre deber de colaboración admisible e inadmisibles no parece determinante. Lo decisivo para la posición jurídica del imputado no consiste en saber si debe ir caminando (actividad) hasta donde le extraerán sangre o si debe dejarse llevar hasta allí (pasividad). Antes bien, decisivo para él es saber si —y dentro de qué límites— debe producir o permitir que se produzca prueba con su cuerpo contra sí mismo⁸⁴, esto es, si puede ser convertido en fuente de prueba contra sí mismo.

Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa —lo que no podré contestar en este trabajo— la cuestión relativa a cómo el imputado cumpla con ese deber, si por acción o por omisión, es irrelevante, del mismo modo que la diferenciación entre acción y omisión tampoco tiene relevancia para la imputación penal material. En el conocido ejemplo de Jakobs⁸⁵ es indiferente jurídicamente que el conductor de un automóvil atropelle y lesione a un tercero acelerando (acción) o no frenando (omisión). El correlato de la libertad de organizar una actividad (en el caso, conducir el automóvil) es el deber de evitar que de esa organización se derive un daño para los derechos de terceros “y a ese respecto la omisión de acelerar o la acción de frenar son sólo las formas externas en las que se cumple el mismo deber de mantener inocuo el output del propio círculo de organización”⁸⁶. Es que, en palabras de Jakobs, “sería como mínimo extraño si hubiese que encontrar desde el punto de vista jurídico entre la prohibición de dirigir un automóvil contra un viandante y el mandato de desviar el vehículo que se dirige contra ese viandante más diferencias que la pura orientación a datos fácticos de carácter casual”⁸⁷. A

82 §§ 136 I 2; 136a, I, 2; 243, IV, 1, StPO. Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, p. 233.

83 En el sentido de que se investiga el cuerpo de la persona, pero no equiparando este concepto a medio de prueba pasivo, como hacen los defensores de la concepción analizada.

84 Así Neumann, “Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren”, p. 387.

85 Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. ed., p. 145, núm. marg. 35, p. 213, núm. marg. 56 y p. 802, núms. margs. 29 y siguientes.

86 Jakobs, “La competencia por organización en el delito omisivo” (trad. al castellano de Enrique Peñaranda Ramos), p. 350.

87 Ob. y lug. cit.

ello se refiere Lesch cuando afirma que en Derecho, nada puede depender de la distinción entre “actividad” y “pasividad” o entre “hacer” y “tolerar”⁸⁸.

De modo análogo, si en la situación concreta el imputado tiene el deber de asumir el papel de objeto o fuente de prueba, el hecho de que en cumplimiento de ese deber asuma la realización de una acción o se le exija la tolerancia pasiva de la actividad de otro (omisión) es una cuestión meramente fenotípica, pero que no afecta el genotipo. Colabora tanto quien lo hace en forma activa como quien tiene que hacerlo pasivamente.

Con su criterio de delimitación esta teoría no hace más que desviar el centro de atención del problema y dejar más de una cuestión sin explicar: relevante, desde el punto de vista del principio *nemo tenetur* no es si el imputado traga el vomitivo o se lo inyectan (ni si vomita, según la discusión generada por el caso comentado); si espira en el alcoholímetro o le extraen sangre; si entrega un cabello o se lo arrancan. Se trata, antes bien, de una cuestión previa que reside en determinar si el *nemo tenetur* prohíbe al Estado utilizar sin autorización del imputado su cuerpo, su voz, su escritura, sus fluidos corporales o los elementos de prueba que se hallen en su cuerpo para probar su culpabilidad. El hecho de que por razones de índole práctica o por los límites de la fuerza que el Estado tiene permitido aplicar sobre el imputado se pueda preferir una forma de ejecución de determinada medida de prueba a otra, no es argumento suficiente para justificar el ámbito de vigencia del principio en estudio.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la teoría analizada hasta aquí no ofrece ni una delimitación satisfactoria ni una fundamentación jurídicamente convincente del ámbito de protección del principio *nemo tenetur*; y ello por los siguientes motivos:

a. En primer lugar, porque cuando el imputado es objeto de la prueba personal objetiva (ya que lo que se investiga es su cuerpo) el criterio de distinción actividad-pasividad, utilizado por esta doctrina, resulta ser un límite ineficaz y hasta puede convertirse en engañoso y arbitrario.

Es ineficaz debido a que, como se ha visto, no siempre es posible diferenciar entre acción y omisión, ya desde un punto de vista fenotípico. Existen comportamientos que pueden ser interpretados, en forma indistinta, como omisiones o como acciones⁸⁹. Y es esta misma circunstancia la que convierte a ese criterio de delimitación en engañoso y arbitrario, pues permite su manipulación a voluntad del intérprete. Con sólo reconvertir en acción o en omisión aquello a lo que se quiere obligar al imputado, se puede arribar a uno u otro resultado. De este modo, también el ámbito de protección del *nemo tenetur* queda a merced del intérprete y, al menos en cierta zona, la limitación que se pretende derivar del principio se torna meramente formal.

En otras palabras: se quiere resolver los problemas relativos al papel probatorio del imputado en la investigación penal acudiendo a la distinción “actividad-pasividad” o “acción-omisión”. Pero, en no pocas ocasiones, la intercambiabilidad de este par conceptual hace que la decisión sobre la admisibilidad del sometimiento del imputado a una determinada medida de investigación quede reducida a cómo se quiera caracterizar la contribución que se le reclama —si como acción o como omisión— según se quiera afirmar la procedencia o improcedencia de la medida en cuestión.

88 Ver *supra* 1, c (Dificultades en la distinción pasividad-actividad).

89 Ver *supra* 1, c.

b. En segundo lugar, la teoría analizada no puede explicar plausiblemente por qué razón sólo incluye en el ámbito de protección del principio a las acciones que conducen directamente a la autoincriminación y excluye de él, en cambio, a las acciones preparatorias y de acompañamiento. De este modo deja en evidencia la imposibilidad de limitar la intervención del imputado en el proceso penal a una mera tolerancia completamente pasiva de medidas o injerencias y se ve obligada a hacer una concesión que termina por desmentir, o al menos debilitar, su propio punto de partida⁹⁰.

c. Por otra parte, aun cuando hipotéticamente se aceptara que siempre es posible distinguir entre acción y omisión y, por tanto, entre colaboración activa y tolerancia pasiva, la adecuación de ese criterio para delimitar el ámbito de protección del *nemo tenetur* sigue siendo cuestionable, pues los argumentos con que se pretende fundar dicha delimitación⁹¹ han demostrado, antes bien, que tanto se los puede hacer valer para excluir el hacer activo como para excluir el tolerar pasivo autoincriminantes.

En definitiva, los argumentos dados por esta postura no logran fundar con éxito sus propias bases, porque no sirven para excluir únicamente lo que quieren excluir (colaboración activa), sino que excluyen también lo que pretenden incluir (tolerancia pasiva). Y, en consecuencia, esta teoría no logra demostrar la existencia de una diferencia jurídicamente relevante entre el hecho de que el imputado entregue, por ej., una sustancia corporal por sí mismo o que ella le sea arrancada por la fuerza por los encargados de la persecución penal. En ambos casos él es convertido en fuente de prueba contra sí mismo.

d. Como hemos visto en el punto anterior, cuando el imputado es objeto de la prueba personal objetiva la diferenciación entre colaboración activa y tolerancia pasiva de su parte como límite entre obligación de colaboración admisible e inadmisible *no* parece ser determinante. Lo decisivo para la posición jurídica del imputado no consiste en si debe ir caminando (actividad) hasta donde le extraerán sangre o si debe dejarse llevar hasta allí (pasividad), sino, antes bien, si su cuerpo puede ser convertido válidamente, aun en contra de su voluntad, en fuente de prueba contra sí mismo y, si ello fuera así, dentro de qué límites⁹². Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa —lo que no podré contestar en este trabajo— la cuestión relativa a cómo el imputado cumpla con ese deber, si por acción o por omisión, es irrelevante desde el punto de vista jurídico, del mismo modo que la diferenciación entre acción y omisión tampoco tiene relevancia para la imputación penal material. Si en la situación concreta pesa sobre el imputado el deber de asumir el papel de objeto de prueba, el hecho de que para su cumplimiento él asuma la realización de una acción o se le imponga la tolerancia pasiva de la actividad de otro (omisión) es una cuestión meramente fenotípica, pero que no afecta el genotipo.

e. También merece críticas, según entiendo, la utilización que hace esta doctrina de las palabras colaboración (o cooperación) y tolerancia. En primer lugar, porque no parece correcto emplearlas como sinónimos de actividad y pasividad respectivamente, pues ni toda colaboración exige sólo actividad ni toda tolerancia exige pasividad pura. Brevemente: colaborar no es sinónimo de actuar y tolerar no es sinónimo de omitir⁹³.

90 Ver *supra* 1 a y b.

91 Ver los distintos fundamentos (*supra* II, 2): el imputado como mero objeto de prueba, preservación del imputado de humillaciones, respeto por la necesidad de autoprotección del ser humano, la regulación procesal penal y la colaboración pasiva como restricción menor de los derechos del imputado.

92 Neumann, "Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren", p. 387.

93 Para Neumann, en el caso de las intervenciones corporales a las que tiene que someterse el imputado, la distinción entre obligaciones de colaboración activa y obligaciones de tolerancia pasiva no coincide con la distinción entre hacer activo y mera omisión (cf. "Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im

Pero en segundo lugar se debe señalar que, en este contexto, estas palabras tienen una determinada connotación que no ayuda a aclarar los problemas a resolver: se puede decir que colaborar tiene una connotación negativa y tolerar una positiva o, al menos, no tan negativa como la anterior. Por ello, la afirmación de que el imputado tiene el deber de “colaborar” en el proceso suele despertar cierto rechazo (aunque se esté haciendo referencia a una colaboración meramente pasiva), mientras que la afirmación de que sólo está obligado a “tolerar” despierta en principio más adhesiones (aunque se esté haciendo referencia a una tolerancia que requiera cierta actividad). Es quizás por esta razón que la teoría en análisis, al afirmar que el imputado no puede ser obligado a colaborar activamente en el proceso penal, despierta en un primer momento simpatía, pero a poco que se indaga se comprueba que ella no resuelve el verdadero problema con el que nos enfrentamos.

f. Para poder brindar al imputado una verdadera seguridad frente a las injerencias estatales en la persecución penal es necesario sincerarse y reconocer que más allá de qué palabra utilicemos para designar al objeto de los deberes que pesan sobre el imputado en el proceso penal, si colaboración o tolerancia, lo importante es determinar en qué pueden consistir cuando el imputado es objeto de la prueba personal objetiva. En la medida en que no precisa esto, y sólo ofrece criterios imprecisos y manipulables, la postura aquí comentada, contrariamente a lo que pretende, termina por dejar desprotegido al imputado.

ABREVIATURAS

BayObLGSt Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen, amtliche Sammlung (Sentencias del Tribunal Supremo Estadual de Baviera en materia penal, colección oficial)

BGH Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal)

BGHSt Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal en materia penal)

BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Sentencias del Tribunal Constitucional Federal)

CPP Nación (Código Procesal Penal de la Nación argentina)

JR Juristische Rundschau (revista)

KG Kammergericht (Tribunal de Cámara)

LG Landgericht (Tribunal Estadual)

NJW Neue Juristische Wochenschrift (revista)

NSZ Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)

núm. marg. (número marginal)

OLG Oberlandesgericht (Tribunal Superior Estadual)

SK-StPO Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüchter/Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz

StGB Strafgesetzbuch (Código Penal)

StPO Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal)

StV Strafverteidiger (revista)

ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista)

Strafverfahren”, p. 379).

BIBLIOGRAFÍA

- Amelung, Knut, *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1981.
- Anitua, Gabriel Ignacio, "Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad", en AA.VV., *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. 3er Coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Ed. por Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006.
- Asencio Mellado, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.
- Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2000, 4ª ed.
- Bosch, Nikolaus, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- Bruzzone, Gustavo, "La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal", en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Buteler, Patricio, "El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1967-VI.
- Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, 2ª. ed.
- Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 5ª ed.
- Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho procesal penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1964, t. IV; y 1966, t. V.
- Córdoba, Gabriela, "La requisita de automóviles en el Código procesal penal de la Nación", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, n° 7.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, 3.ª ed.
- Dahs, Hans y WIMMER, Raimund, "Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Ed. Beck, München-Berlin, 1960.
- Dallmeyer, Jens, *Verletzt der zwangsweise Brechmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?*, en "Strafverteidiger", Ed. Luchterhand, Neuwied, 1997.
- Etxeberria Guridi, José Francisco, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corporales*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.
- Fezer, Gerhard, *Strafprozessrecht*, Ed. Beck, München, 1995, 2a. ed.
- Grünwald, Gerald, *Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung*, en "Juristenzeitung", Ed. J.C.B. Mohr, Tübingen, 1981.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Gulco, Hernán, *¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, año 12, n° 45.
- Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Hairabedián, Maximiliano y ARBONÉS, Mariano, *Novedades sobre la prueba judicial*, Ed. Mediterránea, Córdoba (Argentina), 2002.
- Hegel, Gerg. W.F., *Principios de la filosofía del derecho* [1819], trad. de Juan L. Vermal, Ed. Edhasa, Barcelona, 1988.
- Jakobs, Günther, *Norm, Person, Gesellschaft*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1997.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, n° 9/A.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ed. De Gruyter, Berlin, 1991, 2a. ed.
 - *La competencia por organización en el delito omisivo*, en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, coedición con Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, traducción al castellano de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá.
 - *Zum Begriff des Delikts gegen die Person*, en AA.VV. (comp. por K. Bernsmann y K. Usenheimer), *Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen am 12./13.10.2001*, Ed. Carl Heymanns, Berlin, 2003.
 - *Die sogenannte actio libera in causa*, en AA.VV. (comp. Por Albin Eser), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Ed. Nomos, Baden-Baden, 1998.
- Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* [1797], trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Ed. Altaya, Barcelona, 1993.
- Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozeßordnung*, Ed. Beck, München, 1997, 43a. ed.
- Krause, Daniel, comentario al § 81 a, en: *StPO. Löwe-Rosenberg Großkommentar*, Ed. De Gruyter, Berlin, 2003, 25ª ed.
- Kühne, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2003, 6a. ed.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, Ed. Beck, München, 2001, 24ª ed.
- Lesch, Heiko, *Strafprozessrecht*, Ed. Luchterhand, Neuwied-Kriftel, 2001, 2ª ed.
- *Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung*, en „Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft“, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, t. 111, 1999.
- López, Claudia Ida Mónica y Tenca, Adrián Marcelo, “La relevancia del consentimiento en la obtención de pruebas y la autorización judicial”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1989-B [nota a fallo Alvarez, Juanito].
- Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª ed., t. I.
- *Derecho procesal penal. Parte general. Sujetos procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, t. II.
 - “Las medidas de prueba en la búsqueda de los jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, en AA.VV., *Violaciones a los derechos humanos frente a los derechos a la verdad e identidad. 3er Coloquio interdisciplinario de Abuelas de Plaza de Mayo*, Ed. por Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2006.
 - “‘Nemo tenetur’ e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad”, en AA.VV. (Marisa Herrera coordinadora), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2009, t. II.
- Meyer-Goßner, Lutz, *Strafprozessordnung*, Ed. Beck, München, 2003, 46ª ed.
- Neumann, Ulfrid, *Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren*, en *Festschrift für E.A. WOLFF zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Ed. Springer, Berlin-Heidelberg, 1998.
- Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- Pawlik, Michael, *Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136a StPO*, en „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“, Ed. Decker, Heidelberg, 1998.
- Peters, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe, 1966, 2ª. ed.
- Ranft, Otfried, *Strafprozeßrecht*, Ed. Boorberg, Stuttgart, 1995, 2ª ed.
- Reiß, Wolfram, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*, Ed. Peter Deubner, Köln, 1987.

- Rogall, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- *Das Notwehrrecht des Polizeibeamten – BayObLGSt 1991, 141*, en „Juristische Schulung“, Ed. Beck, München-Frankfurt a. M., 1992.
 - *Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme*, en „Neue Zeitschrift für Strafrecht“, Ed. Beck, München-Frankfurt a. M., 1998.
 - comentarios al § 81a, al § 81b, Comentarios previos al § 133, StPO, en: Rudolphi/Frisch/Paeffgen/Rogall/Schlüchter/Wolter, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (SK-StPO-Rogall), Ed. Luchterhard, Neuwied, estado de actualización: julio 2000, octubre 2000 y julio 1995, respectivamente.
- Rojas, Ricardo y García, Luis, *Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad*, en “Doctrina Penal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, año 14, n° 53/54.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del puerto, Buenos Aires, 2000.
- *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Rudolphi, Hans-Joachim, Anotaciones preliminares al § 94 StPO, en: Rudolphi/Frisch/Paeffgen/Rogall/Schlüchter/Wolter, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* (SK-StPO-Rudolphi), Ed. Luchterhard, Neuwied, estado de actualización: abril de 1994.
- Rüping, Hinrich, *Das Strafverfahren*, Ed. Vahlen, München, 1997, 3ª ed.
- SAUTTER, Bruno, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO. Zugleich ein Beitrag zur Verfassungsmäßigkeit des § 81 a StPO”, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1962, t. 161.
- Schlüchter, Ellen, *Das Strafverfahren*, Ed. Carl Heymanns, Köln, 1983, 2a ed.
- Schmidt, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Parte II, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1957.
- “Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Ed. Beck, München-Berlin, 1962.
- Spolansky, Norberto, “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo, falso testimonio y culpabilidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 140.
- Verrel, Torsten, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, Ed. Beck, München, 2001.
- Volk, Klaus, *Strafprozessrecht*, Ed. Beck, München, 2002, 3ª ed.
- Weßlau, Edda, *Anmerkung* (comentario a la sentencia del OLG Frankfurt/M. del 11/10/1996), en „Strafverteidiger“, Ed. Luchterhand, Neuwied, 1997.
- “Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren. Über die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten und deren Grenzen”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Ed. De Gruyter, Berlin-New York, t. 110, 1998.
- Wolfslast, Gabriele, *Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung*, en „Neue Zeitschrift für Strafrecht“, Ed. Beck, München-Frankfurt a. M., 1987.
- Wolff, Heinrich, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

TEORÍA/PRÁCTICA DE LA JURISDICCIÓN

PERICIA DE INTELIGENCIA: PRUEBA PENAL Y ERUDICIÓN DE ESTADO

Ramón SÁEZ VALCÁRCEL

1. EMERGENCIA Y TRANSFORMACIONES DEL PROCESO PENAL

La presencia de una pericia de inteligencia y la introducción en el cuadro de la prueba de información elaborada por servicios secretos, policiales o de espionaje, como medio ordinario de formación de la convicción sobre los hechos por parte de los tribunales es un dato que confirma ciertos rasgos, ya conocidos, sobre las evoluciones del proceso. Por un lado, corrobora el desplazamiento de la centralidad del sistema del juicio oral y público a la fase de instrucción escrita y secreta, sobre todo al momento de la detención de los sospechosos y su traslado al palacio de justicia, ubicando en esta sede de manera prematura la capacidad estigmatizante de la pena, que se celebra como un espectáculo en la representación mediática de la justicia; lo que al tiempo pone de manifiesto el poder acumulado por los aparatos policiales. A su lado, expresa la tendencia de la investigación, siempre desarrollada por agentes policiales sea un juez o un fiscal el encargado de dirigirla, de no tolerar el control judicial, y la dificultad para introducir una mínima contradicción y posibilidad de indagación defensiva. Además, la práctica habitual —vestigio de los sistemas inquisitivos— de incorporar de manera directa el resultado de la investigación a la prueba, cuando no a validar la hipótesis policial mediante las fórmulas de justicia negociada y de conformidad con la acusación, un conocimiento que se ha recopilado de manera unilateral, parcial y reservada. No debemos olvidar que la credibilidad del sistema, desde la perspectiva del respeto a los estándares del proceso con las debidas garantías, se debe medir a partir de la posibilidad de aprovechar el material instructorio en el juicio¹.

Todo ello tiene lugar cuando las agencias de control cuentan con una impresionante capacidad técnica de injerencia en la intimidad de las personas, a partir de tecnologías que hacen posible una vigilancia total y permanente —que incluyen desde las videocámaras, los satélites y drones, o vehículos no tripulados, a las plataformas de visualización en tiempo real, la vigilancia acústica o los programas de teledetección y fotointerpretación—, justo cuando los individuos ofrecen masivamente en el espacio público imágenes de su vida cotidiana y de sus experiencias, exhiben en las redes so-

1 Bernd Schünemann, *La reforma del proceso penal*, Dykinson 2005, p. 68.

ciales sus actos, profesionales, familiares, de ocio y de consumo, hasta el punto de una cierta disolución de la vida privada. Es la paradoja de nuestro tiempo, la privatización de lo económico y de los bienes públicos va acompañada de la visibilidad y penetración de lo privado, en una clara reorganización del espacio y de las fronteras entre lo público y lo privado. Lo que ha ampliado sobremanera el campo de la información disponible para las agencias de control, convirtiendo a internet en una fuente abierta².

También es síntoma de la normalización en la cultura de la jurisdicción de la emergencia ante el terrorismo y de la legislación y prácticas procesales de excepción, portadoras de los valores de la anticipación, la previsión y la urgencia. Porque ahora la policía no sólo investiga, acude al juez cuando necesita diligencias con suspensión de los derechos fundamentales, detiene a los investigados, los incomunica e interroga, los pone disposición judicial con el atestado, muchos de ellos ya confesos —vencidos y derrotados, decía Alonso Martínez en el preámbulo de la vieja ley de enjuiciamiento. Además, la policía ha asumido una tarea de valoración de la prueba al redactar un informe de inteligencia donde le señala al tribunal la información que ha recopilado sobre la persona y la organización, cuáles son las fuentes de prueba —que relaciona, selecciona y clasifica—, aunque algunas no consten en el expediente, forman parte de lo que se conoce como información de inteligencia, y establece cuál es su valor para confirmar la hipótesis de condena del sospechoso. Luego es llevado como perito al juicio para que presente sus conclusiones.

El informe de inteligencia es, en su origen, una herramienta de trabajo de las agencias de información encargadas de proveer de conocimiento al gobierno sobre las amenazas y peligros, actuales y potenciales, presentes y, sobre todo, futuros. Se sirve de las técnicas de análisis y predicción propias de las organizaciones militares, responde a la lógica de la guerra y a la cultura de la sospecha. La información de inteligencia siempre ha sido un saber compendiado y preparado para el consumo de la autoridad llamada a decidir una materia del área competencial del ejecutivo y de las administraciones, entre estas, en especial, el mando militar; un destilado de la razón de estado en cuyos dominios ha crecido, de ahí la rareza que supone su penetración en la actividad judicial. La inteligencia es un concepto polisémico: remite tanto a una institución o servicio especial y profesionalizado del estado, como a un saber imprescindible para la acción de gobierno, que cuenta con sus propios métodos y técnicas, y a un oficio o profesión, la del espía, ahora renombrado como investigador y analista. La inteligencia es el producto elaborado por agencias que operan en los sótanos del estado, que se quieren irresponsables y cuya subordinación a la legalidad ha sido, y es, un problema para la democracia. El secreto acompaña y orienta su actividad, de tal manera que el servicio ha conquistado una autonomía política casi total, lo que le permite decidir su agenda con objetivos complementarios a los que ejecuta por delegación del gobierno en la recogida, tratamiento y suministro de información. Dialogan al margen con un juez, en un modelo compartido por los estados democráticos —en realidad se convierte en otra frontera de la democracia, al desconocer la debida transparencia del poder—, donde se escenifica una apariencia de control y de respeto a la legalidad³. Si alguna actuación ilegal, por

2 “La información no lo es todo: sociedad, servicios de inteligencia y seguridad colectiva”, Navarro Bonilla, D., en *Terrorismo global, gestión de la información y servicios de inteligencia*, Plaza y Valdés 2007, p. 301.

3 Mecanismo establecido en la Ley 11/2002 de creación del Centro Nacional de Inteligencia, antes Centro Superior de Información para la Defensa, Cesid, constituido en 1977, durante la transición, que era heredero directo del servicio de la dictadura que llevaba por nombre Servicio Central de Documentación, a su vez sucesor de la Organización Antisubversiva Nacional; ver “Organismos de Información e Inteligencia en España: la evolución del marco jurídico e institucional”, Díaz Fernández, A. M., en *Terrorismo global, gestión de la información y servicios de inteligencia*, citada, p. 145.

error, quedase al descubierto, se encubre y se justifica con las razones de estado. En definitiva, la inteligencia es un dispositivo en el sentido foucaultiano del concepto, como la prisión o la sexualidad: un conjunto heterogéneo, conectado en red, de discursos, instituciones, estructuras, decisiones, leyes, enunciados científicos, proposiciones filosóficas y morales, que tiene una función estratégica y se inscribe en una relación de poder, resultado del encuentro entre las relaciones de fuerza que configuran el poder y ciertos tipos de saber, poder y saber que se condicionan mutuamente⁴.

La inteligencia incorporada a la justicia sugiere una ocupación del espacio procesal por el policía investigador bajo la cobertura del experto y un desplazamiento del juez, o una colonización de su papel, ya que aquel asume el rol de este en la construcción del hecho. Y lo hace sin respetar las reglas del proceso, porque no está obligado por ellas, reglas que exigen al juzgador que depure las pruebas que pueden ingresar en el marco de juicio, que las analice y determine su rendimiento individual y comparado, que exponga los elementos incriminatorios que de ellas se desprenden y motive la confirmación o refutación de las hipótesis ofrecidas por las partes. El desplazamiento del juzgador ha resultado una empresa exitosa a causa de una cultura judicial que hasta hace poco no ha apreciado en su debida medida la cuestión fáctica, mientras que las técnicas de la prueba y de la decisión siguen sin formar parte del currículo de conocimientos de las enseñanzas jurídicas regladas. En el mundo del derecho anglosajón, donde la inteligencia es una actividad estatal prioritaria, se asume que el análisis y la valoración de la prueba, el razonamiento inferencial y la reconstrucción de acontecimientos pasados, forman parte de un conocimiento experimental cuyas técnicas y habilidades comparten el jurista y el analista de las agencias de inteligencia, con la salvedad de que estos han de predecir y prevenir hechos futuros⁵.

Que la inteligencia haya permeado el trabajo de los tribunales y logrado un estatuto de normalidad, hasta el punto de fundamentar pronunciamientos de condena, es también un indicador de la policialización del proceso y de la sumisión de la función jurisdiccional a la lógica y a los métodos policiales, con sus técnicas inquisitivas de sospecha, previsión, parcialidad y búsqueda de la confesión del indagado, un fenómeno que describió Ferrajoli e inscribió en la cultura de la emergencia y en las prácticas judiciales que desencadenó la legislación de excepción antiterrorista y antimafia⁶.

Comentaba Foucault a propósito de la última ejecución de la República francesa que la forma superior de la pereza judicial era la “religión de la confesión”, porque hacia ella caminaban todos los actos y procedimientos, desde el primer interrogatorio hasta la última palabra en el juicio oral, una justicia que se mostraba ávida de confesiones porque garantizaban la “dulce complacencia” del tribunal, más cuando la pena de muerte era parte del arsenal punitivo, y una conciencia tranquila a todos los actores del proceso⁷. En algunos casos es la misma pereza la que abre las puertas del proceso a la información de inteligencia y a quienes la elaboran como tutores de la prueba incriminatoria; por ejemplo cuando se les ha pedido opinión sobre los recursos formulados por las defensas o acerca de los indicios de criminalidad acopiados respecto a cada uno de los investigados.

4 Foucault, M., *Dits et écrits, II. 1976-1988*, Gallimard 2001, p. 299. Un intento de reconstrucción del concepto en Agamben, G., *¿Qué es un dispositivo?* Anagrama 2015, p.

5 “Cuando se investigan los hechos en el derecho, al igual que en las agencias de inteligencia, las hipótesis se generan como explicaciones sobre lo que está siendo observado”, se lee en *Análisis de la prueba*, Anderson, T., Schum, D., y Twining, W., Marcial Pons 2015, p. 36.

6 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta 1995, p. 807.

7 “Del buen uso del criminal”, *La vida de los hombres infames. Ensayos sobre desviación y dominación*, La Piqueta 1990, p. 137.

2. NORMALIZACIÓN PROCESAL DE LA INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA

La aceptación de la pericia de inteligencia por la práctica forense supone una alteración de los principios sobre la prueba y el procedimiento probatorio. Porque si se pretende integrar información de inteligencia debería hacerse por los medios ordinarios (testigos, interrogatorio de acusados, documentos), pero no se puede acudir a una prueba de expertos para importar hechos, inferencias y juicios sobre la hipótesis de condena. Si se revisa la última jurisprudencia, el mejor ejemplo son las sentencias del Tribunal Supremo de los casos *Herriko tabernas* y *piratas del Índico* (números 338/2015 y 134/2016, en adelante STs), se puede comprobar el coste que la pericia de inteligencia supone para la coherencia de un sistema reconstruido a retazos. Veamos.

En primer lugar, se reconoce su excepcionalidad: de ahí que se diga que es una prueba singular, innominada, no prevista en la ley, que no responde al patrón diseñado por esta ni a los parámetros de la prueba pericial, a la que se debe acudir, recuérdese, solo cuando fuesen precisos especiales conocimientos. Hay que admitir que el campo de acción de la pericia —ante la necesidad de un saber compendiado como científico o técnico— se ha ampliado de manera espectacular y tiende a incluir múltiples operaciones sobre la prueba de los hechos, que en el caso de la ciencia deviene un espacio virgen, a veces poco controlado en cuanto a la calidad del conocimiento que se introduce.

Incluso, pareciera que su incorporación al proceso penal ha venido rodeada de una cierta mala conciencia. Desde el principio eran citados como informes “denominados de inteligencia” (véase la primera sentencia que valoraba una prueba de tal naturaleza, dictada por la sección 3ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de 20.1.2000). Una apostilla que recogió la sentencia del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación: “la denominada por la Audiencia de instancia prueba de inteligencia” (STs de 13.12.2001). La indicación de este título de origen se ha repetido como si la pericia fuera un préstamo, algo ajeno, un producto que otros nominan, elaboran y ofrecen, un don no pedido pero que facilita un conocimiento que los tribunales no deben desperdiciar. Hasta que alguna resolución llamó la atención sobre la incorrección del rótulo, entonces se la calificó de “mal llamada” pericia de inteligencia, aunque no se dieran explicaciones de tal consideración.

La inteligencia ha sido integrada en la prueba por la vía de los hechos, por iniciativa de las unidades policiales investigadoras del caso. No hay detrás un diseño ni ha propiciado una reflexión sobre su naturaleza, concepto y finalidad, ni siquiera la teoría se ha ocupado de ella. Apareció en juicios de terrorismo —el paradigma de la amenaza de nuestro tiempo— como prueba de cargo aportada por las acusaciones públicas, procedía de unidades de información de los cuerpos policiales que siempre habían operado en la sombra y recopilado información que se hacía pública de manera fragmentaria, necesidad obliga, con la detención del sospechoso. Bien es cierto que vino a cumplir el papel de la inteligencia: proporcionar a la autoridad llamada a decidir información adecuada, fiable y convenientemente analizada⁸. Pero, en la medida que la inteligencia haya de considerarse como erudición de estado y servicio administrativo obliga a plantearse si supone un problema para la separación de poderes y la independencia del juez.

Quizá a ello se deba la, a veces, confusa definición que se ofrece en respuesta a las impugnaciones de las defensas. En la primera sentencia citada, con voluntad recopilatoria, se dice que es, todo al tiempo, “modalidad probatoria”, “conjunto de elementos probatorios (documentos, testimonios, pericias, declaraciones o inferencias, etc)” y

⁸ Rosales Pardo, A., “Conceptos clave: integración, inteligencia compartida y análisis”, en *Terrorismo global...*, obra citada, p. 129.

que “participa de la naturaleza de la prueba de indicios”. ¿Con qué nos quedamos? ¿Prueba de indicios, un informe de expertos policiales que recopila el rendimiento de las pruebas personales y documentales de cargo, al tiempo que vierte opiniones y juicios de valor sobre ellas? La prueba de indicios surge de una vieja distinción técnica, con intención clasificatoria, en contraposición a la prueba directa —distinción que viene de Bentham y su Tratado de las pruebas judiciales—, que remite a la relación espacio/temporal entre el medio de prueba y el hecho principal, siendo la prueba indirecta un medio que ofrece información acerca de un hecho no principal (indicio) que se podrá utilizar, a su vez, como premisa de una inferencia que lleve al hecho que se quiere afirmar. Ocurre que en muchos casos la pericia de inteligencia versa directamente sobre el hecho principal (la integración del acusado en una organización criminal o la subordinación de una organización a otra de carácter terrorista), con independencia de las fuentes de conocimiento. Este dato pone de manifiesto la realidad: la inteligencia aplicada pertenece al mismo género que el trabajo del tribunal, la valoración de la prueba, porque el analista de inteligencia realiza inferencias con base en reglas de experiencia común que tratan de vincular indicadores o hechos básicos con el hecho principal. También se habla en estas sentencias del perito de inteligencia como una suerte de “consejero técnico” del tribunal. Pero, se puede reparar que la técnica probatoria debiera ser dominio del juez, a la hora de la decisión con carácter exclusivo, sin interferencia de otras instancias.

La alteración del procedimiento previsto para la proposición y admisión de la prueba, el nombramiento de expertos y la intervención de la defensa es otro problema. Para las reglas de proposición de la prueba se trata de una pericia no acordada por el juez ni ofrecida por las partes: es producida de oficio por la unidad investigadora policial (aunque luego la asuma el fiscal). En relación al nombramiento del experto, hay que señalar que el perito no es designado por el juez ni por las partes, el perito se nombra, comparece como tal, un reconocimiento de su propia autonomía; quizá esta ausencia sea la razón por la que los tribunales se refieren a esta prueba como la “llamada” o “denominada” pericia, al objeto de mantener la debida distancia. En cuanto a su realización y presentación en juicio, no hay posibilidad de intervención de las partes en la práctica de la experticia, ni se admite una contrapericia sobre el contenido del informe desde la perspectiva de los conocimientos empleados —de la historia a la sociología de las organizaciones, de la traducción a la semiótica, de la psicología individual a la social, entre otras. La defensa se ve limitada a interrogar en el juicio a los autores del informe.

Y en cuanto a la imparcialidad del experto, que ha sido siempre cuestionada, hay que distinguir la imparcialidad subjetiva, la relación del perito con las partes (pues habitualmente ha dirigido la pesquisa, solicitado la suspensión de los derechos del encartado que pedía el progreso de la indagación), de la imparcialidad disposicional, que es la tendencia a favorecer a alguien, y de la parcialidad cognitiva, debida a la presencia de sesgos o prejuicios en el profesional o en su análisis⁹. Porque es aquí, en la parcialidad cognitiva, donde se puede problematizar la capacidad de objetividad del perito de inteligencia, con base en su propia ubicación como observador en acción, en la medida que su oficio y papel en una agencia de persecución penal le predispone para la detección de amenazas y peligros, para la neutralización e inocuización de sospechosos y objetivos, para la provisión a la autoridad judicial de información y opinión que pueda ser útil para la condena del acusado. Lo que se acentúa en aquellos casos en que previamente ha estado implicado en la propia investigación, para cuyo éxito ha empleado esfuerzos

9 Vázquez Rojas, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Marcial Pons 2015, p. 72.

y adoptado decisiones. La situación habitual del experto de inteligencia determina un punto de vista parcial, generando un sesgo de difícil control.

En la jurisprudencia se justifica la necesidad de la pericia por la aportación de conocimientos especiales “sobre la delincuencia organizada”, también acerca de la “descripción de la metodología y de los modos de organización y funcionamiento de una estructura y unos recursos humanos puestos al servicio del delito (...) la práctica que inspira una organización criminal puede ser descrita con una referencia simplemente empírica, nutrida por la experiencia de quien se ha infiltrado en una de esas estructuras o ha hecho de su investigación el objeto cotidiano y preferente de su actividad profesional (...) pero puede ser también objeto de una explicación basada en el manejo de categorías y conceptos propios de la sociología o criminología...”. Hay aquí cierto enigma, derivado posiblemente de la dificultad de justificar el espacio procesal abierto al perito de inteligencia. La sentencia fundacional en la materia discurría sobre el método de los expertos en inteligencia quienes relacionaban “diversa información partiendo del conocimiento que poseían determinados técnicos de la Guardia Civil para extraer conclusiones (...) los autores realizaron su trabajo a partir de un método inductivo y posteriormente deductivo”, la información de la que disponen no es solo la de la causa sino la “que derivaba de un sinfín de procedimientos y documentación policial”, conclusiones que “posteriormente fueron, a su vez, aplicadas a las actuaciones concretas” (AN sec.3ª, 20.1.2000). La sentencia de casación añadía que los informes equivalen a pericial siempre y cuando el objeto de la misma, “la documentación, haya sido incorporada a los autos, es decir, lo que es objeto de pericia (documentos incautados) debe estar a disposición de las partes. Cuestión distinta es la información de los peritos como prácticos en la materia obtenida en base al estudio y análisis de toda la documentación intervenida con independencia de la del presente juicio, precisamente por ello son peritos” (STs 13.1.2001). Son peritos porque poseen una información que el ejercicio de su actividad profesional como policías especializados en una materia les ha permitido adquirir. El problema vuelve al punto de partida: ¿la pericial puede ser el cauce de acceso al proceso de hechos que configuran la hipótesis acusatoria?

Por su parte, la sentencia que resolvió la ilegalización de Batasuna, dictada por la Sala especial del Tribunal Supremo en aplicación de la ley de partidos, de fecha 27.3.2003, vino a consolidar esta singular prueba que “no aporta en realidad elementos técnicos que no sean perfectamente fiscalizables por el Tribunal a la luz de la documental adjunta que lo acompaña; a diferencia de lo que ocurriría con otras pruebas periciales que aporten aspectos científicos o técnicos inaprensibles, por puras limitaciones de la inteligencia humana, por los Tribunales. Así, la componente pericial, exclusivamente limitada al tratamiento, agrupación y análisis de información con arreglo a experiencia, y, lo que es más importante, los juicios de inferencia alcanzados a la luz de todo ello, resultan fiscalizables en todos sus aspectos por la Sala. Y de hecho, es efectuando aquella misma fiscalización como la Sala ha llegado a la convicción de la bondad del informe en buena parte de sus extremos, ya que a conclusiones coincidentes ha llegado después de analizar exhaustivamente todo el conjunto documental obrante en autos”. Resulta curioso sostener que exista un tipo de conocimiento sometido a disciplina académica que sea imposible de comprender (inaprensible) para el tribunal a pesar de la mediación del experto, porque se niega la capacidad del juez para controlar la calidad del saber especializado que accede al juicio, imprescindible en la prueba de expertos, máxime en la que se atribuye el estatuto de ciencia. Pero es que la argumentación nos lleva a la misma conclusión: si el juzgador puede analizar la documentación, y coincidir, o no, con el perito de inteligencia ¿para qué necesita su conocimiento? Y ¿por qué el policía debería anticiparse al juez y guiar su labor en la valoración de la prueba?

En cualquier caso, la información de inteligencia es una forma de erudición de estado que se presta a la justicia, un saber que se desenvuelve entre la teoría de la organización, el relato del infiltrado, la sociología, la criminología y la psicología. Y aquí coinciden argumentación judicial y retórica de los servicios de inteligencia contemporáneos cuando estos explican su metodología y su misión en la sociedad del riesgo: adquirir un saber total, exhaustivo y permanente, con voluntad enciclopédica, sobre el enemigo, con un método que aspira a la síntesis de las ciencias sociales aplicadas a la conducta individual y colectiva, un método objetivo equiparable al de la ciencia que manejan expertos investigadores y analistas¹⁰.

Su objeto sería, según se desprende de la lectura de estas sentencias, la forma de actuar de determinadas asociaciones, la relación existente entre Eta y Herri Batasuna, la pertenencia del acusado a una organización criminal, su intervención en un atentado o en otro tipo de conductas delictivas. Por lo tanto, es un conocimiento que versa sobre el hecho principal y que ha devenido imprescindible en los macrojuicios contra el entorno de la organización terrorista, las estructuras consideradas satélites, que plantean requerimientos especiales de prueba al demandar la crónica de la actuación de los sujetos colectivos y noticia sobre la biografía de dirigentes y militantes acusados, para contextualizar la conducta típica de la integración y distinguirla de la colaboración. Conceptos que el legislador ha esbozado con caracteres sociológicos y criminológicos para propiciar que los tribunales obtengan el máximo de punibilidad, de manera más acentuada en la última reforma a partir de modelos construidos policialmente como los del lobo solitario, las células durmientes o el reclutador de la red. En ese punto la inteligencia ha inducido la reconstrucción del tipo penal de pertenencia a una organización criminal con criterios extranormativos, cierto que es difícil identificarlos en la descripción típica, es decir con datos socio-criminológicos¹¹. En esa línea, la inteligencia ha sido productiva para elaborar un remedo de la historia del terrorismo local, con un relato sobre la violencia, las organizaciones de la izquierda nacionalista y los movimientos sociales calificados de radicales —donde no se hace distingo alguno del tiempo histórico, ni hay matices que diferencien la forma del Estado en la dictadura y en la democracia. Crónica que se repite en las sentencias como lugares comunes y tesis de interpretación compartidas (por ejemplo, la teoría del desdoblamiento acerca de la decisión de la organización criminal de separar la actividad política e institucional del ejercicio del terror, y su identificación en un momento histórico concreto). Y ha ofrecido información para la construcción de perfiles biográficos con datos políticos y sociales de los acusados, algo que parece reclamar este delito de pertenencia a organización de carácter terrorista, una figura que ha terminado por definirse por la mera finalidad de la acción, supuesta clave de entendimiento de un concepto abstracto y ambiguo, este sí difícil de aprehender, que propicia una gran discrecionalidad valorativa para cuya gestión se consideran reveladores datos sobre la subjetividad del imputado, sus relaciones, antecedentes y conductas. La preocupación se ha trasladado del hecho al estilo de vida del imputado, y su consecuencia práctica ha sido el desplazamiento del protagonismo del tipo de colaboración o concurso externo por el de integración, cuyo deslinde se establecía por la prueba existente, fenómeno que puede datarse de manera coetánea con la aparición de la pericia de inteligencia, que aumentó el material probatorio de cargo. Es el campo, el del terrorismo internacional, donde ha surgido el tratamiento preventivo ante delincuen-

10 Alain Dewerpe, *Espion. Une anthropologie historique du secret d'État contemporain*, Gallimard 1994, p. 225, donde se habla de la erudición de estado.

11 Sugiére G. Fiandaca que ese modelo aplicativo disuelve la dogmática en la sociología criminal, *El derecho penal entre la Ley y el Juez*, Dykinson 2013, p. 72.

tes potenciales, que ha adelantado las barreras de protección mediante la suspensión de derechos y garantías, un espacio que gestionan las agencias de inteligencia¹².

En la práctica las cosas han discurrido, como se dijo, usando la pericia de inteligencia para la acreditación del hecho nuclear. En el caso de la primera sentencia que se enfrentó a un informe de inteligencia, ya citada, la pericia permitió afirmar que el acusado era “el enlace entre el responsable de los comandos ilegales, desde 1985 hasta el día de su detención (...) habiendo controlado entregas de material, en concreto al comando Araba (...) los informes concluyen que Augusto coordina con Marcos la entrada del comando Araba en España (...) transmite la orden de atacar la casa cuartel”. De esa manera la inteligencia soportaba la confirmación como hechos probados de aquellos que eran el objeto del juicio. La sentencia planteaba con acierto “¿De dónde se extraen esas conclusiones, cabe preguntarse?": “Del material e información manejado por los peritos, que es analizado y exprimido hasta el punto de llegar a una explicación clara de toda la logística que fue necesaria para la realización del delito que ahora estamos enjuiciando. Como anexo al informe se acompañan 354 folios de documentación exhaustivamente analizada por los peritos”. La resolución fue confirmada. En definitiva, por el cauce de la pericia se ha venido introduciendo información elaborada por las unidades policiales y los servicios de inteligencia sobre el hecho y la intervención del imputado, sobre su grado de conocimiento y su voluntad, información cognoscitivamente parcial —siempre tintada de valoraciones contra reo—, que va acompañada, de manera inseparable, por las opiniones y prejuicios de investigadores y analistas.

Hay una sentencia en la soledad del repertorio, ponencia del magistrado Andrés Ibáñez, que planteaba la incoherencia de principio de la pericia inteligencia, porque lejos de aportar conocimientos especializados ajenos al campo jurídico, el fundamento de su análisis se correspondía con el bagaje cultural del ciudadano medio, es decir, el propio del juez. “Apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico”, el policía especializado en un sector de criminalidad “podrá tener sobre él más cantidad de información que el tribunal” pero no un saber distinto ni especializado (STs 1029/2005, tesis que después fue reiterada, pero ya en forma de voto discrepante, en la STs 710/2007; en ambos asuntos el experto de inteligencia se había pronunciado sobre la intervención del acusado en el atentado, facilitando información trascendente —la conclusión de una pericia dactiloscópica elaborada por un servicio extranjero, no incorporada al juicio, que confirmaba la conjetura sobre la escritura de una nota— sin la cuál no se podría haber afirmado la autoría del hecho principal).

En cuanto a la eficacia de la pericia para la decisión sobre el hecho, su sentido, las sentencias arrojan alguna pista: “Aportan datos de conocimiento para el tribunal sobre determinadas personas y actividades”, datos que pueden acreditar un hecho en conjunción con el resultado de otros medios de prueba, se añade. “Aportando elementos interpretativos sobre datos objetivos que están en la causa (...) manejan y se apoyan en documentos públicos y privados, que aportan en su informe y puede valorarlos el tribunal”, “es un conjunto de elementos probatorios (documentos, testimonios, pericias, declaraciones e inferencias, etc.) de las que los jueces (...) pueden apercibirse porque todos ellos se aportan” en “la documentación obrante en sus anexos”¹³. Lo que no se

12 Sobre la construcción del terrorismo internacional como elemento de la reorganización de la hegemonía global ver Pilar Calveiro, *Violencias de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*, Siglo veintiuno 2012, p. 69.

13 STs 338/2015.

despeja es si el tribunal podría interpretar los hechos sin mediación de los peritos de inteligencia o, porque no puede constatar por sí mismo la realidad, precisa de ellos para la lectura y comprensión del material.

Dos observadores cualificados del proceso penal en materia de terrorismo, magistrados franceses de enlace, se sorprendían gratamente de la solución española. En Francia, explican, la información de inteligencia se utiliza esencialmente en la investigación del delito y si se quiere que acceda al juicio ha de ser por los medios ordinarios de prueba, lo que exige establecer el origen y la fuente y verificar la legalidad de su obtención. Por el contrario, en España y en materias de terrorismo, en las que el juez necesita conocer la estructura de una organización criminal, sus métodos operativos o la integración en ella de un individuo, se habilita la prueba pericial para que el experto de inteligencia se pronuncie sobre ello e informe al tribunal¹⁴.

Esta manera de incorporación de la información de inteligencia al proceso provoca varios desplazamientos en el papel que el tribunal debe desempeñar. Esencialmente en cuanto a la introducción de material probatorio y en la capacidad soberana para valorar su fuerza de convicción.

Porque en la práctica los peritos de inteligencia aportan elementos de prueba, son un instrumento no previsto en la ley. Nunca la pericial había servido para ello. Las leyes hablan de la capacidad del experto para ayudar a la decisión judicial en la apreciación, valoración y conocimiento de los hechos cuando fuesen necesarios conocimientos científicos o técnicos distintos a los de la cultura general propia del bagaje del jurista (artículos 1.241 del Código civil, 335 de la Ley de enjuiciamiento civil y 456 de la Ley de enjuiciamiento criminal). La pericia nunca había operado sobre un material fáctico que dominara el propio experto y lo cediera al proceso, sino sobre el que exista en la causa canalizado por los medios ordinarios (testifical y documental) y controlado, en cuanto a su legalidad y regularidad, por las partes y el juez. La pericia no es fuente primaria para fijar el hecho, así lo ha dicho una inveterada jurisprudencia (“no puede ser objeto de pericia la averiguación de un hecho” decía la STs Sala de lo Civil 23.12.1896, o “en manera alguna sobre la existencia misma de los hechos” STs Civil 28.9.1932, acerca de la existencia de una costumbre¹⁵).

Por otro lado, los informes llegan a señalar qué valor tiene cada prueba para acreditar la hipótesis (no se olvide, la hipótesis policial en la medida que haya sido asumida por las acusaciones) y proveen al tribunal de argumentos de todo tipo, también jurídicos, para la condena: elementos de interpretación e inferencias, como recoge alguna sentencia. Una cosa es que el experto ofrezca sus opiniones y que estas abran la posibilidad de deducir nuevos datos no observados por el profano, otra que el perito se pronuncie sobre la verdad, sobre la correspondencia con la realidad de las hipótesis sometidas a enjuiciamiento. Es un desplazamiento similar, en la forma que no en la significación, a la que produjo la entrada del psicólogo a la sala de justicia en la valoración de la credibilidad del testimonio de la víctima en materia de agresión sexual a menores; antes había ocurrido con el médico y el psiquiatra, cuando eran llamados para dictaminar la imputabilidad del acusado, una cuestión estrictamente jurídica sobre la base del diagnóstico facultativo.

La única referencia que contiene el ordenamiento jurídico a los informes de inteligencia es contradictoria con esta práctica, ya que expresamente niega que puedan aportarse como prueba. Resulta que la Ley de prevención del blanqueo de capitales

14 *La justice française contre Eta*, Vuelta Simon, S. y Ollivier-Maurel, P., Puf 2012, p. 154.

15 Citadas en *La prueba de informes*, J. Almagro Nosete, Sevilla 1967, p.136.

y de la financiación del terrorismo prevé, en su artículo 46, la emisión de informes de inteligencia financieros por parte de facultativos de un servicio de la Comisión de Prevención del Blanqueo que depende de la Secretaría de Estado de Economía, cuyos destinatarios son el fiscal, el juez y la unidad policial competente; los informes tienen carácter confidencial, se prohíbe la revelación de la identidad de sus autores, carecen de valor probatorio y no podrán ser incorporados directamente a las diligencias judiciales o administrativas. Es decir, la información financiera deberá introducirse por los medios ordinarios de prueba, esencialmente por la documental sobre la circulación del dinero y las operaciones de las que traiga causa, pudiendo el acusador hacer suyas las inferencias y argumentos de inteligencia sin llamar al experto. Una circunstancia que pone de manifiesto, por otro lado, la capacidad expansiva de la actividad de inteligencia a otras áreas cercanas a las de la seguridad exterior e interior.

3. EL MÉTODO POLICIAL Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Afirmar la incompatibilidad del método de trabajo de la policía con el proceso penal es un lugar común en la teoría crítica, porque sus principios y valores son bien diferentes —aun admitiendo que los agentes están obligados también por el principio de legalidad—, en la medida que se corresponden a modelos no asimilables, los de la cultura del inquisitorio frente a los del proceso de partes enfrentadas sustentado en el método del contradictorio y dirigido por un juez tercero. Ya alertaba Gómez de Orbaneja del peligro de confundir modelos y reglas, porque “con ello se esfuma, cierto es, toda distinción entre justicia y policía; pero en detrimento de la función de aquella —en cuanto poder de resolver—, no de ésta en cuanto función de perseguir. El sistema inquisitivo ha significado en rigor una pura persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso”¹⁶. Y es que, en una primera aproximación, la policía de inteligencia atiende a la razón de estado o de excepción, que significa fortalecer la capacidad del jefe o de la autoridad decisora, un principio de la acción política que convierte al bien del estado en fin de toda la acción de gobierno; en lo que aquí nos interesa produce un conocimiento para la acción, pura erudición de estado, se orienta por la lógica del amigo y del enemigo, y opera en espacios secretos. El proceso democrático se debe a las razones del derecho y a los requerimientos de la verdad, ha de desenvolverse, para permitir su control, de manera pública. Ferrajoli advirtió de la imposible coexistencia del derecho penal policial y el derecho jurisdiccional, y describió la duplicación del sistema punitivo en el que convivirían el subsistema penal ordinario, central en su modelo garantista, con el subsistema penal de policía y orden público, ofreciendo los rasgos de uno y otro que ponen de manifiesto dicha incompatibilidad teórica, y el riesgo que representa ceder ante los reclamos de la seguridad y de la eficacia de la persecución¹⁷.

En la cultura penal de excepción que propicia la deformación policial de la jurisdicción tienen prioridad los fines y los objetivos, es decir los resultados, frente a los medios que hayan de utilizarse; la tensión burocrática en la que operan dichos servicios policiales les lleva a buscar la máxima productividad en la confirmación de la culpabilidad del sospechoso. Modelo alternativo es el que configura la cultura de la jurisdicción deudora del principio de contradicción y del compromiso con la ley, los derechos y la verdad,

16 *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, Bosch 1951, tomo II, p. 165.

17 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta 1995, p. 763 y siguientes, 807 y siguientes. Entiende por razón de estado “un principio normativo de la política que hace del ‘bien de estado’, identificado con la conservación y acrecentamiento de su potencia, el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno”. Seguimos el esquema de su exposición sobre la incompatibilidad de la razón de estado con la jurisdicción penal para analizar el alcance del aprovechamiento de la información de inteligencia (p. 812).

es decir con los medios. Medios que definen la forma de intervención y representan el respeto a los límites que imponen la Constitución y la ley, en garantía de los derechos y libertades fundamentales, que por ello gozan de absoluta preferencia en el espacio procesal y son indisponibles para el juez. Entre ambas maneras de proceder se da una inversión irreconciliable de valores.

En el proceso no todo vale en materia de información y conocimiento: hay rigurosas obligaciones que deben observarse en la indagación y acreditación de los hechos. Las fuentes de prueba que se han adquirido violando derechos fundamentales han de desecharse. Tradicionalmente el trabajo de inteligencia tiene tres etapas: la recopilación de la información (hay que despejar su posible falsedad, mas en un mundo en el que la desinformación y el engaño forman parte del código de la comunicación), el análisis de los datos (para determinar su veracidad) y su evaluación (para establecer su idoneidad para la acción del mando). Los peritos de inteligencia proporcionan informaciones que consideran auténticas y razonan sobre su utilidad para la decisión. No se plantea la legalidad de las fuentes de conocimiento, desde luego no es un requerimiento esencial. En este ámbito toda la información es válida y aprovechable, se procede por acumulación, y si pueden surgir dudas sobre su regularidad, aquella puede ser preparada o aseada, como se dice en el lenguaje de las agencias de inteligencia, para su presentación ante la autoridad judicial.

Frente a la parcialidad de la policía se alza como valor constitucional, y deber profesional, la imparcialidad del juez. Las agencias policiales y los servicios secretos libran una lucha contra la delincuencia y los criminales, que lleva a considerar al sospechoso como enemigo y al proceso como un medio para confirmar su culpabilidad. Para el tribunal existen hipótesis sobre hechos y sujetos imputados, en esta sede no hay enemigos ni sospechosos cuya culpabilidad haya de verificarse. Para el juez son fundamentales el lugar que ocupa y el punto de vista que asume, como observador que aspira a la objetividad y la verdad, porque solo un actor ajeno a las partes y razones enfrentadas puede operar con rigor para adquirir conocimiento de calidad. De ahí la importancia de que el evaluador de la prueba sea un tercero.

El trabajo policial es arbitrario y selectivo, se guía por el pragmatismo y aborda estrategias variables, resulta condicionado por la necesidad de prevenir el peligro pues ha de anticiparse a la comisión del mal. De hecho, en materia de terrorismo global se ha impuesto la técnica de la intervención temprana, que se sustenta aún más en la sospecha y la predicción. La sospecha gobierna la actividad policial de indagación. Y la suspicacia carece de límites, porque no hay diferencia objetiva entre lo que parece sospechoso y lo que se presenta como normal, es una cuestión subjetiva; el ánimo y la predisposición del que tiene que desconfiar profesionalmente para prevenir las amenazas se alimenta, necesariamente, de componentes paranoides¹⁸. La policía selecciona y excluye, ejerce su función con plena autonomía, según criterios de oportunidad que se justifican en la urgencia o en la falta de medios. Opera en la desigualdad social y genera mayores dosis de desigualdad por la alta selectividad de sus maneras de proceder. La policía es poder punitivo en acto y en potencia frente a la justicia que, en el modelo de estado constitucional, es un proyecto de contención y limitación de dicho poder, es decir de la violencia institucional, un programa de civilización, donde existe la obligación de ejercicio de la acción penal solo en la medida en que concu-

18 Uno de los rasgos de la paranoia reside en la decisión del sujeto de prolongar, en situaciones normales, la investigación más allá de lo razonable como si la realidad fuera siempre problemática, abordando una pesquisa sin límites, que es una de las cuestiones que plantea la investigación según explica Luc Boltanski en *Enigmas y complots. Una investigación sobre las investigaciones*, Fondo de Cultura Económica 2016, p. 37.

rran los requerimientos imprescindibles de conocimiento indiciario sobre el hecho y la participación del encartado. Es más, la justicia se ocupa de hechos históricos, no de prever o anticipar lo que pueda ocurrir, es retrospectiva y no prospectiva; además, es una función reactiva, no procede de oficio.

El paradigma judicial en materia de hechos es el método del contradictorio: la posibilidad de refutación de las hipótesis, la importancia de la indagación defensiva, la relevancia de las explicaciones alternativas propuestas por el perseguido y su defensa. La judicial es una actividad tendencialmente cognoscitiva: cuando se plantea una hipótesis o propuesta de explicación, la investigación tratará de discernir su provisional, y siempre probable, correspondencia con la realidad, las pruebas de las partes buscarán sustentar la confirmación de sus respectivas hipótesis en discordia y las decisiones se legitimarán mediante la justificación de la verdad de los presupuestos fácticos¹⁹. Por contra, el método inquisitivo se basa en el sometimiento del indagado a la coacción de los agentes del estado, mediante su privación de libertad e incomunicación. Es propia del poder de policía “la relación de sujeción y a veces la prevaricación que tiende a establecer con el investigado, una relación que se consume en secreto y por eso posible sede de amenazas, engaños, chantajes y pactos bajo cuerda”²⁰. No en balde la soledad y el aislamiento son condición de sumisión.

Mientras que en el proceso se procura la igualdad de armas entre las partes, lo que induce una tensión para reequilibrar la posición de la defensa ante las acusaciones, en la pesquisa policial existe una relación jerarquizada que vincula al perseguidor con el indagado, una relación vertical de dudosa admisibilidad en un sistema que se afirma sobre la dignidad de la persona.

La publicidad frente al secreto es elemento regulador del campo judicial. La publicidad es el gran requerimiento que legaron los pensadores ilustrados, un mecanismo que intenta constreñir el poder también en el sistema punitivo. Las diligencias policiales se desenvuelven en la reserva más absoluta, salvo la filtración interesada de detenciones y éxitos a los medios de comunicación, algo que impone la lógica de la productividad y de los fines.

El concepto de verdad supone otro punto de fricción entre la cultura de la jurisdicción y aquella que se erige sobre la razón de estado. La actividad policial descarta la duda como principio, la sospecha propicia la construcción del sujeto peligroso y la indagación busca la confirmación de esta condición, si fuere posible mediante la confesión, la prueba definitiva. La investigación policial sigue girando sobre la conveniencia de hacer hablar al inculcado, es tal aquí —y en otros ámbitos, lamentablemente— el poder de la confesión que opera como una suerte de asentimiento del sujeto al examen policial, en alguna medida como una conformidad con la sanción, de tal modo que se asume que el culpable confesante se estaría él mismo castigando²¹. La presunción de inocencia, por fin, es otro criterio de distinción en tanto regla de tratamiento del investigado en todo el proceso y regla de juicio, criterio, por lo tanto, de producción de verdad. Porque la justicia demanda una verdad en sentido fuerte y riguroso, una verdad por probabilidad que solo puede adquirirse en el interior del proceso y en el contexto de una efectiva contradicción, verdad como resultado de la actividad probatoria de las partes, con respeto al método y a las garantías de la libertad, que son también condiciones de calidad del

19 Entre nosotros el modelo ha sido teorizado y desarrollado por Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta 2015, p. 251.

20 Ferrajoli, *Derecho y razón*, citada, p. 814.

21 Michel Foucault habla del apetito de la confesión en *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*, Siglo veintiuno 2014, p. 227.

conocimiento. Y ello sin dejar de reparar en viejas prácticas inquisitivas que perviven, herederas de aquella pulsión por la confesión, como el orden del interrogatorio del acusado en el juicio, que sigue siendo su prólogo.

4. LAS LÓGICAS DE LA GUERRA Y DEL ENEMIGO CONTAMINAN LA JUSTICIA PENAL

La información de inteligencia es un producto al servicio de la política y de la estrategia militar, que se ha normalizado en el proceso y emergido a la luz desde los sótanos del estado gracias a los cambios que la guerra contra el terror y el nuevo orden internacional han operado en los conceptos de orden interno y de seguridad exterior. La separación de la guerra y de la política estuvo desde un principio en el programa de la modernidad, dejando la guerra —un estado de excepción limitado— para el conflicto entre estados soberanos y propiciando la resolución pacífica de los conflictos en el interior del estado-nación. La guerra contemporánea se conduce —según explican algunos autores como Negri-Hardt, Agamben o Calveiro— como un principio de recomposición del orden, que sustenta el espacio social del sistema mundo, lo que ha producido una guerra global que nos haría vivir bajo un estado de excepción permanente. En las últimas décadas se han venido acometiendo dos guerras globales: la guerra contra las drogas y contra el crimen organizado, desde los ochenta, y la guerra contra el terrorismo, tras el atentado contra las Torres gemelas del 11 septiembre 2001. Rodeada de una retórica plagada de metáforas bélicas y poblada de enemigos, cada vez mas imprecisos y difusos, ha surgido este nuevo tipo de conflicto sin límites espaciales, pues discurre por todo el planeta, ni temporales, pues fue declarada por un periodo indefinido, que exige un uso continuado de la violencia y ha relegitimado el concepto de guerra justa. La seguridad es un concepto global cuya defensa se desenvuelve en dos escenarios bélicos: la guerra contra el enemigo externo (terrorismo internacional) y la guerra contra el enemigo interno (crimen organizado, narcotráfico), cada una con sus propias técnicas de represión, entre el campo de concentración (Guantánamo) o los lugares invisibles de detención y el encarcelamiento masivo. Lo peor es que han disuelto las diferencias entre la guerra y las actividades policiales, entre las relaciones internacionales y la política interna, entre seguridad exterior e interior. No en balde cada vez más el peligro viene de fuera y se acomoda entre nosotros. Una de sus consecuencias ha sido la criminalización de la disidencia y de la protesta, al tratar como enemigos a los integrantes de las clases peligrosas. Así se hace difícil distinguir entre las acciones bélicas de baja intensidad, destinadas a restablecer el orden y la paz en zonas remotas, y las intervenciones policiales de alta intensidad²². Así, el ejército se transforma en policía, configurando un gran aparato policial supraestatal que funciona en red. Como las misiones en el extranjero se denominan operaciones de policía, la función de policía se ha convertido en la coartada de la guerra²³.

22 Hardt, M. y Negri, A., *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Mondadori 2004, p. 35 y siguientes, y Agamben, G., *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Pre-textos 2004, p. 11. Calveiro, P. *Violencias de Estado*, citada, p. 307. Recientemente el primer ministro de Francia, Manuel Valls, escribía un artículo bajo el título “Venceremos al terrorismo islamista”, donde recopilaba todos los tópicos sobre la cuestión: “Sí, seremos atacados de nuevo, pero disponemos de toda la fuerza para derrotar al yihadismo (...) La amenaza es bien real, está presente, es agobiante y permanente. Es interior y exterior, ignora las fronteras”, *El País* 12.11.2016. La represión bélica global y su enemigo se construyen especularmente. Se inscribe en ese fenómeno la utilización de técnicas de la guerra colonial para gestionar el control de las clases peligrosas, convirtiendo los barrios bajos y otros espacios urbanos habitados por los “indeseables” en campos de batalla interior, una de las formas de la guerra social, de la que da cuenta Mathieu Rigouste en *La domination policière. Une violence industrielle*, La fabrique 2012.

23 *Baja política*, citada, p. 179.

La información de inteligencia que accede al proceso se corresponde con la lógica del derecho penal del enemigo. Dice Máximo Donini que el derecho procesal ha dejado de ser un instrumento del derecho penal para convertirse en su tirano, porque el juicio más que un espacio de averiguación de la verdad sobre un hecho pasado con respeto a los derechos individuales se ha convertido, gracias a esa dimensión bélica y a la retórica de guerra que se ha impuesto, en un mecanismo de lucha contra ciertos fenómenos criminales, como el terrorismo y la delincuencia organizada²⁴. Y así se habla de jueces y tribunales que luchan contra estas 'lacras modernas', un sustantivo cargado de connotaciones sobre la enfermedad moral y el vicio, y de proceso de combate, incluso los propios jueces asumen esas metáforas incompatibles con su función de tercero y con el proceso entendido como espacio de pacificación por medio del diálogo y de reconocimiento de la igual dignidad del acusado. La justicia penal del modelo constitucional no puede ser un instrumento de la política criminal, ha de actuar como un órgano de garantía de los derechos, de ahí que no pueda participar en lucha alguna ni integrarse en un bando en conflicto. Esa intrusión de la lógica del enemigo y de la guerra parece confirmar que el estado de derecho lleva en sus entrañas el esquema y la síntesis del estado policía, al que pretende contener y limitar, en una relación de tensión permanente; también que en el nuevo orden mundial conviven estado de derecho y estado de excepción gestionando estatutos jurídicos diferenciados para el ciudadano y para el enemigo²⁵.

No hay entre nosotros aproximaciones teóricas que pudieran explicar la presentación en sociedad de la policía de inteligencia, una subagencia de policía que concurre en las organizaciones de control formal junto a las dedicadas al mantenimiento del orden, la policía de orden (que tiene una doble versión, de policía pastoral, es decir de ayuda a los ciudadanos, y de garante del orden, y de policía represiva, que reencarga de la persecución de los ilícitos) y la policía judicial²⁶. Hay algo curioso en la irrupción procesal de unidades que siempre estuvieron detrás de la pantalla, encubiertas bajo el secreto, a las que se conocía bajo el rótulo de servicios de información, antes de que tales espacios burocráticos descubrieran que la inteligencia es un valor añadido a la información. Desde luego, la reivindicación de una entrega al servicio del bien debe de haber motivado, en parte, ese fenómeno de visibilización, que es signo de una reconfiguración de las funciones del estado y de la inversión entre seguridad interior y seguridad exterior, entre orden público y guerra, un nuevo trazado de fronteras. Y ello porque asistimos en alguna medida a una especie de retorno en la historia de las instituciones penales. En el origen de la construcción del estado moderno la función de policía estaba subordinada al poder de la justicia, era la justicia del preboste. Luis XIV hizo de la función policial una institución, mediante su separación de la justicia; a Francia se le debe la invención de este nuevo instrumento de poder. La policía vigila el interior de la ciudad, mientras la guardia acecha al intruso que pretende traspasar la muralla y entrar. Como dice Foucault, poder y saber se suscitan el uno al otro en ese momento histórico; la policía viene a emplear técnicas de examen y, así, trasciende el trabajo de la mera vigilancia que venía desarrollando. Se inventa un gobierno de las poblaciones que pasa por el saber, por el conocimiento, mediante una policía de inteligencia (*police de renseignement*, la lengua de los franceses otorga un sustantivo propio a nuestro dispositivo y reserva la inteligencia para

24 "El derecho penal frente al enemigo", en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer 2006, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez, p.681. Fenómeno que puede contextualizarse en la crisis del monopolio de la ley penal y del predominio del derecho penal jurisprudencial y del proceso, que ha descrito Giovanni Fiandaca en *El Derecho penal entre la Ley y el Juez*, citado, p. 63.

25 Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, Ediar 2002, p. 5, Calveiro, P., *Violencias de Estado*, citada, p. 137.

26 Hélele L'Heuillet, *Baja política, alta policía. Un enfoque histórico y filosófico de la policía*, Prometeo 2010, p. 29.

otros ámbitos). Es un nuevo saber, un saber de vigilancia total, exhaustiva y permanente sobre las personas para ejercer control durante su existencia, un conocimiento capaz de hacer visible el cuerpo social y sus miembros a condición de configurarse como invisible²⁷. Luis XIV explicaba a su hijo el oficio policial: “Saber a todas las horas las novedades de todas las provincias y de todas las naciones, el secreto de todas las cortes, el humor y el punto débil de todos los príncipes y de todos los ministros extranjeros; estar informado de un número infinito de cosas que se cree que ignoramos; penetrar entre nuestros súbditos lo que nos ocultan con el mayor esmero; descubrir las miras más lejanas de nuestros propios cortesanos, sus intereses más oscuros que llegan hasta nosotros por unos intereses contrarios”. Para gobernar es preciso conocer, información que sirve para prever el futuro, para anticiparse a las amenazas y los peligros, para decidir, un saber aplicado a la acción del poder y subordinado a sus requerimientos.

La policía de inteligencia se encarga de la previsión, concepto que se halla al servicio del fortalecimiento del estado y se sustenta en las propias razones de estado. La policía de previsión y de anticipación es el prototipo de policía política. Recolecta un saber que acumula, clasifica y archiva, configurando una verdadera erudición de estado. La policía judicial y la de inteligencia intentaron construirse a lo largo de los dos siglos pasados según el modelo de la ciencia, definiendo y protocolizando sus técnicas de intervención bajo esa premisa (desde la identificación del individuo a las escuchas, la organización del archivo y las técnicas de interrogatorio), que convivía sin problema con la emergencia, el imponderable que plantea el acontecimiento imprevisible, que somete la actividad policial a la lógica de la urgencia e impone para algunas tareas el modelo de la guerra²⁸.

Según Clausewitz “el término inteligencia designa al conjunto de los conocimientos relativos al enemigo y a su país y, por consiguiente, el fundamento sobre el cuál se erigen nuestras propias ideas y nuestros propios actos”. Una definición de manual. Hoy, el enemigo está dentro de las fronteras del estado nación, ya no es un agente que quiere entrar e infiltrarse para servir a una potencia extranjera. Su paradigma es el terrorista de corte alqaedista, protagonista del terrorismo global, que es etiquetado y seleccionado según categorías policiales, un criminal que pertenece habitualmente a las clases peligrosas, pues, se nos recuerda, habita entre los migrantes y los musulmanes.

La información de inteligencia que se introduce en el proceso penal es un producto que procede del mundo de los servicios secretos ligados a la preparación y ejecución de las nuevas guerras globales. Un conjunto de saberes que, según la economía del secreto, solo pueden conocer personas autorizadas y que ha de quedar reservado para el público. El espionaje militar surgió en el momento de las guerras de religión por la necesidad de indagar en las ideas y creencias de las personas, de ahí su interés por la biografía y los elementos de la subjetividad del informado²⁹. Un conocimiento que se construye en la clandestinidad y en el secreto, cuya legitimación se articula desde la invocación a los fines, los adecuados a la razón de estado. De la mano de una organización especializada y burocrática, el estado democrático cuenta con una administración secreta, paradoja de la sociedad abierta que los sustenta, que se dedica a la recogida de información de forma permanente, datos que recopila sin cesar, ya sean secretos o públicos, y sin límites objetivos, subjetivos ni de fuentes, con una voluntad enciclopédica

27 *Vigilar y castigar*, Siglo veintiuno 1984, p. 216, y *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa 1992, p. 99.

28 El tiempo de la urgencia es el tiempo de la guerra, dice L'Heuillet en la obra citada *Baja política, alta policía*, p. 32. Acerca de la dificultad para programar el trabajo policial, dominado por lo imprevisto y el acontecimiento ver Monjardet. P., *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*, La Découverte 1996, p. 40.

29 La obra citada de Dewerpe, *Espion. Une anthropologie historique du secret d'Etat contemporain*, nos sirve de fuente para esta síntesis sobre los servicios secretos.

para discurrir sobre las personas, sus actos y sus opiniones. Los servicios de inteligencia han ganado su autonomía política, solo hay que ver los temas que les entretienen³⁰; se sirven de métodos militares y administran un archivo de titularidad pública donde se clasifica la información con criterios ambiguos y funcionales al mantenimiento de la burocracia del secreto. Saber fragmentario que opera por acumulación ya que todo puede ser aprovechable, como se dijo. Que cuenta con técnicas y métodos propios de investigación, que aspira a subsumir todas las disciplinas asociadas a las ciencias sociales, con tecnologías adecuadas y únicas, muchas de ellas desarrolladas por la industria militar. Un saber que alberga la obsesión por el conocimiento biográfico, que desarrolla mediante la técnica del fichero individual, y que emplea formas de escritura particulares, además de un lenguaje codificado. Entre las tecnologías que domina no se debe olvidar la de la falsedad, porque no solo ha de detectarla sino inventarla, siguiendo una lógica manipuladora que orienta su actuación, para engañar al enemigo, una de las formas de la economía del saber y de la verdad en el campo del secreto donde juegan el traidor y el doble agente, la infiltración y la mentira, incluso para engañarse a uno mismo en un intercambio especular con otros servicios, algo que sucede cotidianamente en la interacción humana³¹. La reactivación del agente doble bajo la fórmula del encubierto, regulado en las leyes de procedimiento, responde a esa técnica de la intoxicación y del engaño.

La inteligencia, no puede olvidarse, ha fabricado al enemigo interno según la lógica de la guerra y ha desarrollado técnicas de interrogatorio que se desenvuelven entre el diálogo cerrado formalmente voluntario, con preguntas y respuestas, y la violencia, la amenaza, el chantaje y la tortura. El enemigo es el paradigma de sujeto torturable porque se le puede despojar fácilmente de sus rasgos de humanidad. Una vez deshumanizado se necesita una narrativa apropiada acerca del peligro que representan cierto tipo de delincuentes y de poblaciones, lo que los expulsa del estatuto de ciudadanía y les priva de cualquier posibilidad de empatía o compasión, y un marco jurídico-político de sujeción, como ocurre con el aislamiento y la incomunicación³². Son las condiciones de producción de la tortura. La expansión de los servicios secretos y las guerras acometidas contra conceptos abstractos (terrorismo internacional, crimen organizado, droga) explican la reinención y redefinición de la tortura, su normalización en la guerra global contra el terror, protocolizando toda una política y una tecnología de la violencia al servicio de la obtención de información. La tortura, como se sabe, no solo busca información operativa para provocar nuevas detenciones y para conocer sobre estructuras clandestinas, organizaciones, personas y actividades; la tortura genera y dispersa terror, que destruye física y psíquicamente al interrogado. La experiencia de las dictaduras y de la guerra contra el terrorismo global permiten afirmar la eficacia y la productividad de la tortura para el trabajo de inteligencia³³. No puede olvidarse que los servicios de inteligencia constituyen el motor del gran aparato policial que opera en red y que fabricaron terroristas financiando guerrillas durante y después de la Guerra fría³⁴.

Al final, la inteligencia genera un saber de baja calidad, un saber paradójicamente sospechoso, un conocimiento dudoso e incierto, de cuya falta de rigor dan cuenta los

30 Así parece que actuaron los servicios de Presidencia del Gobierno durante la transición a la democracia, como relata Díaz Fernández en "Organismos de Información e Inteligencia en España: la evolución del marco jurídico e institucional", *Terrorismo global*, citada, p. 149.

31 Según expone el semiólogo Paolo Fabbri en "Somos todos agentes dobles", *Táctica de los signos*, Gedisa 2001, p. 101 y siguientes.

32 Ignacio Mendiola, *Habitar lo inhabitable. La práctica político-punitiva de la tortura*, Bellaterra 2014, p. 147.

33 Ver el trabajo de la politóloga Pilar Calveiro, ella misma víctima de la maquinaria desaparecedora, en su estremecedor ensayo *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*, Colihué 2008, p. 76.

34 En Nicaragua, Afganistán, Irán, Chechenia y Kosovo. Ver Calveiro, P., *Violencias de Estado*, citada, p. 73 y 310.

errores de predicción que provocaron derrotas militares sonadas a lo largo de la historia. Es el producto de un método erróneo, sectario, parcial, sesgado y cargado de prejuicios. Cuando Galbraith leyó la ficha que sobre su persona habían elaborado los servicios secretos, y que constaba en los archivos, comentó que nunca había encontrado un cúmulo tal de informaciones erróneas. Otro indicador de la baja calidad que ofrece la información de inteligencia es el índice de detenidos por terrorismo de corte yihadista que resultan puestos en libertad al poco tiempo y sin cargos, fruto de la intervención temprana o preventiva que dichos servicios practican³⁵. Un conocimiento que los expertos comparan con el que ofrece el periodismo moderno, que nadie se atrevería a introducir directamente como medio de prueba en el proceso judicial³⁶. Es por ello que introducir información de inteligencia de modo directo supone un riesgo de incremento de los errores judiciales.

En el campo de la inteligencia las informaciones secretas han perdido la importancia de antes, aunque no el secreto como concepto y práctica. Vivimos en la sociedad de la información, los medios de comunicación y las redes sociales proveen constantemente de noticias sobre individuos y grupos humanos. La sociedad se ha puesto al servicio del estado y del mercado y las gentes se exhiben y manifiestan sus deseos más íntimos y delirantes en la plaza pública, el dominio de la privacidad ha sido penetrado por los dispositivos de vigilancia y control hasta los espacios más reservados de la sexualidad y la familia. De ahí que las informaciones abiertas —que llaman los servicios de inteligencia—, las que son de acceso público, constituyen hoy la fuente primordial, que se complementa con recursos que se generan del lado del secreto (el 90% de las informaciones que manejan las unidades de inteligencia proceden de fuentes abiertas)³⁷. El problema es el exceso, la saturación, como todo en el mundo de la red, de ahí la importancia de la verificación de su correspondencia con la realidad, del tratamiento y análisis de la información.

5. CUESTIONAR LA BONDAD DE LA INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA

Hemos aceptado la inteligencia sin reparar en su genealogía ni cuestionar la ocupación por la lógica policial de un ámbito privilegiado y exclusivo de la jurisdicción, el de producción y valoración de la prueba. Lo que ocurre, precisamente, en procesos complejos —caracterizados por el número de acusados y la multiplicidad de partes—, cuyo objeto son las organizaciones criminales, en la práctica los asuntos más sensibles porque una legalidad imprecisa propicia que el juez obtenga de la norma el máximo de punibilidad. Desconocemos la capacidad de expansión que pueda albergar el dispositivo de la inteligencia, pero las consecuencias son ya detectables. La información de inteligencia tiene una historia propia y emplea técnicas de intervención y de conocimiento singulares, que obedecen a valores incompatibles con los del proceso penal en su esquema constitucional: una actividad cognoscitiva, al menos tendencialmente, que trata de separar el saber del poder consciente del conflicto, y para ello intenta contener el poder punitivo del estado ante la necesidad de adquirir auténtico conocimiento sobre

35 El 58% en 2005 según los datos que ofrece el profesor Jordán Enamorado en “La evolución del yihadismo en España: un reto para los servicios de inteligencia”, en el libro colectivo citado *Terrorismo global, gestión de información y servicios de inteligencia*, p. 44. La obra recopila las intervenciones habidas en un seminario sobre la materia que tuvo lugar en la Universidad Carlos III, que cuenta con un Instituto de Investigación en inteligencia para la seguridad y la defensa, como la Universidad Rey Juan Carlos que ha dotado una cátedra de Servicios de Inteligencia y Sistemas democráticos.

36 Dewerpe, obra citada, p. 247, de donde se recoge la cita de Galbraith.

37 *Baja política, alta policía*, citada, p. 38.

los hechos en discordia, saber de calidad —verdad en sentido fuerte que exige el rigor intelectual y ético—, es decir obtenido con base en el método del contradictorio, respetando los derechos y libertades fundamentales, en especial los de la persona sometida a enjuiciamiento, a quien se trata como inocente y no como sospechoso. Una actividad, la jurisdiccional, que se desenvuelve en público, para permitir el deseable control, donde el juez decide —valora la prueba y construye el hecho para aplicar el derecho— como tercero ajeno, entre partes enfrentadas en igualdad de posiciones y de dignidad.

La inteligencia acapara todo tipo de materiales —entre otros, las declaraciones policiales de personas detenidas que no fueron ratificadas ante el juez y que el confesante negó como obtenidas bajo tortura, las denuncias anónimas, las informaciones de otros servicios de inteligencia, los rumores, las noticias de prensa—, se desenvuelve en secreto, su razón es la de estado y la excepción, y su lógica la de la sospecha, que trasciende al objeto, la acción, y crea subjetividad convirtiendo al encartado en sospechoso. La inteligencia trabaja no solo para la prevención del delito, del mal, sino, sobre todo, para la previsión de la amenaza y del peligro —una suerte de prevención de la prevención—, con una pretensión de anticipación a los hechos para mejor servir al poder político, en la tarea de aislar y vencer al enemigo (ahora el delincuente es así tratado, no hay inocencia posible bajo las doctrinas del derecho penal del enemigo y del combatiente terrorista extranjero). La inteligencia policial interpreta los datos desde la parcialidad cognitiva y es altamente selectiva en perjuicio de determinadas categorías de individuos; fragmenta la realidad y excluye la información que le resulta irrelevante para reforzar su proposición. No acostumbra a someter al público sus hallazgos ni sus métodos de recopilación, evaluación y archivo de la información; procede de manera arbitraria como todo poder que opera entre el secreto y la suspicacia, incluso se ve precisada de recurrir a la fabulación, porque tiene que anticiparse (después del 11/S los servicios de inteligencia del Pentágono convocaron a guionistas de Hollywood a una sesión de intercambio de ideas para prever los ataques terroristas). Como aparato estatal ha logrado una inmunidad casi total: solo responde débilmente ante el poder para el que trabaja. Órgano del ejecutivo y de la administración, la información de inteligencia, resultado de su trabajo intelectual, erudición de estado, no puede prestarse a la actividad de juzgar sin daño para la independencia de la jurisdicción, la tutela de los derechos fundamentales y de las garantías.

SOBRE ARGUMENTACIÓN PROBATORIA Y SU EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA (PENAL)

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

Según escribió Eberhard Schmidt, un rasgo central del estado de derecho es que «desconfía de sí mismo»¹, hasta el punto de que, en su arquitectura y en su funcionamiento ideales, podría verse sin dificultad, según creo, la plasmación de un articulado sistema de *desconfianzas*. Es por lo que me parece también acertado el juicio de Cass P. Sunstein, que ve en él, como modelo, «una república de razones»², porque toda decisión en la que se expresa alguna forma de ejercicio de poder, tendría que justificarse.

Ambos puntos de vista, de ser trasladados al ámbito judicial, en particular el penal, en el que se mueven estas reflexiones, me parecen de lo más pertinentes. Porque la exigencia de justificación de las decisiones, hoy de rango constitucional, expresa cierta forma de *recelo* frente al emisor, y por eso la demanda explicaciones, de aportación de razones de sustento de la bondad de lo decidido. Así, en efecto, el deber de motivar las resoluciones que aquí nos interesa traduce una actitud de prudente desconfianza, y desconfianza por principio, frente al juez. Como reacción frente al paradigma implícito en la concepción previgente de la administración de justicia, que situaba la legitimación carismática del juzgador en el punto de arranque del sistema y ponía a este a salvo de todo cuestionamiento.

Se desconfía del juez porque existen los mejores motivos de historia para hacerlo; también porque su estatuto, ni siquiera en el mejor de los casos, aseguraría por sí solo la corrección de lo que pueda decidir; y porque el riesgo de arbitrariedad es más que teórico.

La legitimidad de las decisiones no se presume; no está dada, de una vez por todas, por razón de la investidura, de ahí que tenga que acreditarse caso por caso. Y la carga de la justificación pesa, obviamente, sobre el juzgador, y se juega en la calidad de la *ratio decidendi*. El juez tiene por función dar o quitar la razón a quien acude a él en demanda de la resolución de un conflicto³; por eso deberá *cargarse* previamente de ella, para, evidenciando que *la tiene*, administrarla de un modo que resulte socialmente aceptable.

El cauce para hacerlo es el juicio, en el que se busca adquirir conocimiento sobre un hecho incierto, a partir de algunos datos. Se trata, pues, de juzgar, que en griego viene de *krinein*, que es cribar por medio de un cedazo, separar, dividir. Distinguir, discernir, valorar: en suma, decidir, después de haber apreciado las diferencias presentes en *los materiales* disponibles, aportados por los interesados en el litigio.

1 Eberhard Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. cast. de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, , 1957, p. 24.

2 Cass. P. Sunstein, *República.com. Internet, democracia y libertad*, trad. cast. de P. García Segura, Paidós, Barcelona, 2003, p. 49.

3 Es por lo que he escrito que su función está teñida de una «natural arrogancia» (Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 346). En parecido sentido, ironizaba el magistrado italiano, Antonino Cavara, glosando a Piero Calamandrei: «En verdad ya la opción de ser juez es un acto de soberbia» («Sócrates y Antígona en el "Elogio"», en Varios Autores, *Diritti di libertà, diritti sociali e sacralità della giurisprudizione in Piero Calamandrei*, Il Ponte Editore, Florencia, 2007, p. 61.

En este particular *cribado*, como ocurre en el que se lleva a cabo en la elemental actividad agrícola propia del referente original, la calidad del resultado depende de la del ejercicio: de la actitud del que actúa y de la idoneidad del medio y del procedimiento puestos en práctica.

Precisamente, la constancia de estas dependencias, con la consiguiente preocupación por los riesgos que para los afectados pudieran derivarse del juicio, llevaron históricamente a una opción tan drástica en la materia como la materializada en el régimen de las ordalías: ni más ni menos que sustituir el criterio del juez por el de Dios, con tal fin llamado *en causa*.

El sistema, como se sabe, no funcionó, más bien al contrario, y tuvo que ser abandonado, por las razones que se conocen. A estas, curiosamente, Karel Capek, el gran escritor checo, hace no tantos años, vino a añadir otra de interesante relieve conceptual, al fabular un «juicio universal» en el que no será Dios quien juzgue sino un tribunal de ancianos jueces rescatados con tal fin, naturalmente, de entre los muertos. Interpelado aquel por un *justiciable* sorprendido acerca del porqué de esta opción, responderá: «Porque lo sé todo»⁴. Una causa ciertamente inhabilitante, pues la razón de ser del juicio es la obtención de un conocimiento idóneo para definir situaciones de incertidumbre en las que se está, debido a que no se conoce. Por otro lado, es regla que el juzgador no puede llevar al juicio un saber sobre el caso, relevante para la decisión, unilateralmente obtenido, del que ya dispusiera con carácter previo; sino que es, precisamente, en el curso del proceso, y en un marco ideal de transparencia, donde debería adquirir todo aquel del que vaya a servirse. Pero Karel Capek demuestra ser consciente de solo uno de los obstáculos insalvables que el *paradigma-Dios* suscita en su traslación al campo de la jurisdicción. El otro inconveniente se limita a escenificarlo, pero sin conciencia de que exista y, por eso, sin extraer consecuencias. En el cuento, «Dios Omnisciente», que como tal, se ha visto, no puede juzgar, es, no obstante, llamado como testigo. Pero, al fin, testigo asimismo aberrante, al que el presidente del tribunal califica de «Sumo Verídico» y le exige por ello de prestar juramento, mientras advierte al acusado: «Lo sabe todo, mentir sería inútil»⁵. Con lo que este testigo hiperprivilegiado, aparte de vaciar de contenido el *nemo tenetur se detegere*, derecho fundamental por antonomasia del imputado, vendría a subrogarse implícitamente en el papel del tribunal, constreñido a hacerse eco, de forma mecánica, del contenido de tan singular, incuestionable deposición, destinada, ineluctablemente, a convertir el juicio en una farsa.

La moraleja es, al fin, clara: la responsabilidad del juicio no es delegable, tampoco eludible, y compromete intensamente al juez, que está obligado a valerse de fuentes de prueba falibles, y a asumir el riesgo de la decisión sin más recursos personales que el del imparcial ejercicio de la propia racionalidad cognoscitiva y el de una justificación intelectualmente honesta.

Tal es el resultado de todo el atormentado proceso histórico que ha llevado a consagrar, como principio rector del enjuiciamiento, la libre convicción. Esta, según escribe Ferrajoli, «por sí misma expresa solo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba»⁶. Condiciones no legales, sí, pero llamadas a operar en un marco legal-burocrático y gestionadas por juristas, que es lo que explica en gran parte las dificultades que el genuino

⁴ Karel Capek, «Il giudizio universale», en *Íd. Racconti da una tasca*, trad. id. de S. Chiti Chitilová y N. Pucci, Aktis Editrice, Piombino (Li), 1989, p. 157. .

⁵ *Ibid.*, p. 156.

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid, 10ª edición, 2009, p. 139.

sentido del criterio-guía ha hallado en la que es ya una secular y con frecuencia nada satisfactoria puesta en práctica.

Dos son, desde mi punto de vista, los órdenes de dificultades que justifican esta conclusión. El primero se expresa en la *inferencia* inaceptable consistente en convertir el no hay reglas legales de valoración de la prueba en un drástico y general *no hay reglas*. O, dicho en palabras de una expresiva sentencia de la sala de lo penal del Tribunal Supremo español (del año 1993): «el principio de libre valoración de la prueba [...] supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente»⁷. El segundo lo hace en la frecuente transformación subrepticia (y a veces cabe que incluso inconsciente) del criterio de regularidad jurídico-formal de los actos de prueba en patrón de certeza probatoria, en criterio de positiva apreciación implícita del contenido informativo de lo aportado por aquellos; lo que equivale a dejar entrar materialmente por la ventana el régimen de la prueba legal al que normativamente se habría cerrado la puerta⁸.

Pues bien, el marco de actuación del juez en el ámbito de la prueba es, ciertamente, jurídico, en cuanto sujeto a reglas legales que rigen su aportación y el desarrollo de las correspondientes actividades. Incluso, podría decirse, hoy más intensamente jurídico que nunca, en disciplinas del proceso como la propia de nuestros estados constitucionales, que someten el acceso de la información probatoria a la causa, la de cargo en particular, a un exigente filtro de constitucionalidad. De ahí algunos interesantes desarrollos producidos en materia de ilicitudes. En la que, lamentablemente, habría que constatar preocupantes retrocesos en relación con las líneas de principio establecidas al más alto nivel normativo⁹.

7 La virtud personal del juez-sacerdote o *pater familias* como única garantía, que haría innecesarias las hoy procesal-constitucionales.

8 Tal es el modo de discurrir de un tribunal provincial español, en una sentencia reciente, de ejemplar valor negativo, luego casada y transformada en absolutoria por el Tribunal Supremo. El razonamiento del primero fue sintéticamente del tenor siguiente. En el vigente sistema procesal penal no existe tasación de medios probatorios, por lo que la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo suficiente para acreditar la realidad de los hechos y la ejecución directa de los mismo por el acusado. Además, lo declarado era verosímil y no había razón para entender que la denuncia fuera debida al resentimiento u otro móvil espurio; y se mantuvo la misma versión de lo sucedido en todos los momentos de la causa. En fin, el afectado, en el juicio, señaló al acusado como autor del atraco sufrido, cuando sucede que la jurisprudencia del Tribunal Supremo da validez a esta clase de reconocimientos. Ergo el acusado era realmente el autor de la acción criminal. Pero sucede que esta se produjo en horas nocturnas, en el garaje de un bloque de viviendas (que la experiencia permite suponer dotado de una iluminación no especialmente intensa), y el atracador llevaba la cabeza cubierta por un casco integral de motorista que solo dejaba ver los ojos. Si bien el denunciante dijo a la policía ser capaz de identificarlo por el tamaño de aquellos y por la mirada, como fruto de su observación, mientras era intimidado con un cuchillo de grandes dimensiones y golpeado. Luego, en la misma comisaría, seleccionó, como propia de aquel, una fotografía de entre las de un álbum de convictos por hechos de la misma índole. Es de advertir que, en la sentencia, todo el discurso sobre la prueba se mueve en el señalado plano jurídico-formal, hasta el punto de que en ella no existe la más mínima referencia al casco, no obstante tratarse de un elemento de tal relevancia en el orden epistémico que, de haber operado la sala de instancia, como era debido, en este otro plano, la condena habría resultado imposible. Debo advertir que en la experiencia jurisdiccional que me consta, no son en absoluto frecuentes casos de esta índole, y que me sirvo de él por su expresividad. Ahora bien, no es raro que en las sentencias, al discurrir sobre la prueba, se produzcan deslizamientos del segundo al primero de los dos plano señalados, por ejemplo, al dar valor probatorio a diligencias de la instrucción introducidas, mediante lectura y sin intermediación actual, en el juicio oral, solo por la razón de que está legalmente permitido en ciertos casos.

9 Paradigmático al respecto es el caso de cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ahora también de todos los tribunales del país, relativa a la llamada «conexión de antijuridicidad»; *interpretativa* de lo dispuesto en el art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto, con admirable coherencia, establece: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Pues bien, aquella alta instancia resolvió, en su sentencia de n.º 81/1998, con un criterio, ya generalizado y que permanece, que la antijuridicidad resultante de la vulneración de un derecho fundamental producida en la adquisición de una prueba no se transmite necesariamente a toda la información que pudiera tener origen o relación con esa fuente. Para que ello suceda, hará falta que entre la prueba matriz y la prueba refleja medie —además de la conexión causal *natural*, que es la que actuaría en el plano empírico, concretándose en la efectiva transmisión, dentro de la causa, del conocimiento del dato penalmente relevante, ilegítimamente obtenido— una conexión *jurídica*, esta operante *solo* en

Pero dentro de ese marco, gestionado por el *jurista-juez*, como corresponde, deberá actuar el *juez-conocedor racional* en busca de un saber empírico de calidad, haciéndolo en una suerte de *desdoblamiento* de su personalidad; nada esquizoide, a mi juicio.

En efecto, porque aunque las pautas del operar epistémico no cuenten, como tales, con una directa expresión en preceptos legales, una parte significativa de los que, de estos, regulan el modo judicial de actuar, se hace claramente eco directo de ellas. Piénsese, sin ir mas lejos, en los que rigen, ya en los códigos decimonónicos, el curso de la instrucción, prescribiendo la recogida y preservación, en las mejores condiciones de autenticidad, de todos los vestigios de la acción posiblemente delictiva, con el indudable objeto de hacer que el curso del proceso se desarrolle con el mayor respeto a la realidad de lo que hubiera podido suceder, de modo que la decisión se produzca con el máximo de adherencia a esta¹⁰.

Y si esto sucede en el ámbito de la investigación, lo mismo puede predicarse de las reglas que disciplinan el juicio oral en nuestros ordenamientos. En particular, las que buscan dotar de efectividad a la limpia vigencia del principio de contradicción¹¹. Este responde a la evidencia, ya constatada por Pagano, de que «la verdad es como la luz que fulgura de la oposición de dos cuerpos que chocan el uno con el otro»¹². De donde se sigue que para que la perseguida a través del proceso brille del mismo modo, es necesario que las posiciones parciales que en él se enfrentan lo hagan con un potencial de confrontación equivalente, lo que traducido al plano jurídico quiere decir, en igualdad de derechos, que por eso deben ser igualmente tutelados. Esto debido a que el espacio escénico del proceso no es elástico y el juez ha de velar por la igualdad y el equilibrio en su distribución, ya que lo que pudiera ocupar de más cualquiera de los implicados en la tópica triangular dialéctica, sería de menos para los otros, con el consiguiente efecto negativo en el desarrollo de la interlocución, de esa «transposición de una estructura argumentativa» que es en lo que —al acertado decir de Ferrajoli— consiste «la división de las partes en papeles distintos y separados»¹³ ante un juez *tercero*.

Por tanto, es bien claro que las previsiones legales relativas a las dos fases procesales del enjuiciamiento a las que acaba de hacerse referencia, expresadas en normas de derecho, buscan dotar de operatividad real a una manera de proceder que es la más acreditada en la obtención de un conocimiento fiable en materia de hechos.

ese plano formal-normativo; que es lo que hará que aquella información de cargo lleve impresa la connotación de la antijuridicidad original. En consecuencia, la prescripción del art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —a partir de esta interpretación— pasa así a admitir excepciones, en el caso de la prueba refleja, cuando *no se transmite* a ella la antijuridicidad que hubiera concurrido en la obtención de la prueba matriz. Esto en virtud de un juicio, realmente *de oportunidad*, que sirve, pura y simplemente, para vaciar de contenido el precepto de referencia.

10 En este orden de cosas, me parece sumamente ilustrativa la prescripción del art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (de 1882), advirtiendo al instructor de que la confesión —expresiva de una actitud justamente bajo sospecha— del procesado no le dispensa «de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia de delito».

11 Así, las que encomiendan exclusivamente a las partes (cierto que con alguna limitada excepción) la proposición de los temas y medios de prueba; o las que deben regir el desarrollo de los interrogatorios, evitando, por ejemplo, las preguntas capciosas, como inadmisibles vehículo de información subrepticia dirigida a condicionar las respuestas del interrogado.

12 Mario Pagano, *Logica de'probabili applicata a'giudizj criminali*, Agnello Nobile, Milán, 1806, p. 31.

13 L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cot., p. 144. «El proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y contraestímulos, de ataques y de contraataques [...] en esto consiste la *dialéctica*», escribió muy expresivamente Piero Calamandrei. También: «el proceso, civil o penal, puede equipararse a un drama; y en efecto, como ocurre en un drama, se desarrolla a través de una sucesión de actos realizados por diversas personas, en forma dialogada, distinguiéndose entre los diversos episodios concatenados, que encuentran su desenlace, como en un epílogo, en la sentencia» (en *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, EJE, Buenos Aires, 1960, pp. 150 y 58, respectivamente).

Pero no solo, la misma articulación del proceso en dos fases responde a una necesidad de fondo que tampoco es jurídica en su genealogía, sino asimismo epistémica. En efecto, pues producido lo que habitualmente se denota como hecho delictivo, en realidad el posible resultado de una acción humana *prima facie* prevista como tal en el Código Penal, se trata de remontarse de aquel a esta, reconstruyendo el correspondiente *iter*. Y esto solo puede hacerse a partir de alguna hipótesis: hipótesis de trabajo o intento de explicación, utilizada como hilo conductor de la indagación sobre lo sucedido. De esta naturaleza es la que, necesariamente, ha de formularse el investigador judicial, y tal también la que, de ser plausible y contar con pruebas de apoyo, adoptará la forma de una acusación y será llevada a juicio. Ello, porque las hipótesis no se confirman a sí mismas y tampoco pueden ser testadas por quien las hubiera formulado, sino que deberán serlo por otro u otros sujetos, *no comprometidos* previamente con ellas, en un marco de debate y en un ámbito distinto del de su formulación. Así ocurre en el trabajo científico y también en el modelo constitucional de proceso, en el que, idealmente, nada tendría que llegar como probado desde la fase de la investigación a la del enjuiciamiento propiamente dicho, para que esta cumpla su papel.

Ambas dimensiones, la jurídica y la epistémica, deberían ocupar, cada una, su propio espacio en el marco del proceso, en el que, por lo general, de producirse las actuaciones con la exigible regularidad constitucional y legal, se dará una relación funcional de fisiológica compatibilidad, solo rota cuando alguna de aquellas lesione un derecho fundamental de alguno de los implicados en la relación. Una clase de supuestos, ciertamente patológicos, en los que el ordenamiento, en favor de un bien considerado superior, renuncia a la búsqueda de la verdad y a la eventual aplicación del *ius puniendi*, por las que no está dispuesto a pagar cualquier precio. Esto como fruto de un ejercicio de ponderación que corresponde al legislador, y antes al constituyente.

Mas, conviene insistir, la relación entre las dos aludidas vertientes del proceso penal, es, por lo general, y en la observancia de las prescripciones de derecho, de compatibilidad. Esto es algo que se hace patente en la consideración del principio de inocencia. En efecto, pues siendo idealmente derecho por antonomasia del imputado a ser tratado como persona con sus derechos intactos; es, a la vez, regla de juicio inspirada en el paradigma indiciario. Y este, al exigir la existencia de indicios intersubjetivamente valorables como presupuesto de toda intervención jurídico-penal, impide actuaciones (siempre invasivas del ámbito del sujeto) sin fundamento y lleva, como resultado, a la obtención de un conocimiento inductivo de calidad. Doble efecto abiertamente opuesto al propio del proceso inquisitivo, maltratador de las personas y, como se sabe bien (aunque no siempre se recuerde con eficacia), fértil en actuaciones sin un fundamento empírico comprobable y en resultados de imposible justificación racional. En errores y horrores, como tantas veces se ha dicho¹⁴.

El esquemáticamente diseñado es el contexto teórico-práctico del deber de motivación de las resoluciones judiciales. Peculiares actos de poder que, a diferencia de otros, deben contar con un fundamento cognoscitivo expreso e inteligible, como auténtica condición de legitimidad. Y esto, tanto en lo que hace a la fijación de los hechos objeto del juicio como en lo relativo a su valoración en derecho.

14 Una evidencia que tiene la mejor ilustración en esa obra emblemática en la materia que es *La columna infame*, de Alessandro Manzoni (hay traducciones al español, con nota de Leonardo Sciacia: de E. di Fiori, Bruguera, Barcelona, 1984; E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987; y E. Grau Aznar, Barataria, Barcelona, 2008). Discurriendo en clave crítica sobre el famoso proceso milanés de los *untori*, Manzoni hace ver cómo el antimodelo procesal de referencia llevaba a castigar no solo por delitos no cometidos, sino incluso imposibles de cometer.

La razón de ser de esta exigencia es la misma que la de las garantías procesales, las «fórmulas» de Benjamin Constant, expresivamente denotadas por él como «precauciones tutelares»¹⁵. A saber, la pretensión de neutralizar el riesgo de los (relativamente) fáciles deslizamientos por la pendiente de la arbitrariedad, a que están siempre expuestas aquellas actividades en las que el sujeto se implica de forma inevitable con todo su bagaje de experiencias, representaciones y valores. Los riesgos de la subjetividad que solo pueden contrastarse mediante la introducción, en este caso, en la actividad del enjuiciamiento, de momentos de intersubjetividad. Y esto, sin nada de paradójico, también en el momento, personal por antonomasia, de la decisión, en el que, precisamente, el deber de motivar impone al juez algo parecido a la obligación de tratar de crear distancia respecto de sí mismo, de *verse* lúcidamente como *desde afuera* en lo que hace, para controlar(se) en el curso de este proceso.

Es por lo que tal imperativo, hoy constitucional, tiene que ser considerado en una doble perspectiva, *ex ante* y *ex post*, en las que debe operar con eficacia. En efecto, tradicionalmente, la motivación ha sido entendida —ahora podría decirse que de modo ciertamente reductivo— como ejercicio de justificación; como tal, exclusivamente situado en un *después* de la decisión, ya adoptada. Es como la vio Ricoeur: «El motivo responde a la pregunta *¿por qué?*»¹⁶. Es decir, a la interpelación que cabe esperar en presencia de un fallo ya adoptado.

Se trata de un punto de vista cuya importancia no cabe infravalorar, por lo que tiene de extraordinario avance frente a una concepción de lo jurisdiccional en la que «las motivaciones eran consideradas *interna corporis* de la soberanía», según recuerda Ajello¹⁷. Es decir, un algo inexpresado e incontrolable, trasunto de la terrible *suprema potestas*, de la que estaría asimismo investido el juez del *ancien régime*, en su ámbito propio. Un antiguo régimen que en esto ha llegado prácticamente hasta nosotros¹⁸, porque, como se sabe, las magistraturas profesionales, en el momento de la abolición del sistema de la prueba legal, asumieron el principio de libre convicción en su versión «autocrática», según la precisa caracterización de Carrara¹⁹. De ahí la importancia de la entrada en la escena procesal de un deber del juzgador de dar cuenta, de justificar(se), mediante la exteriorización de la *ratio decidendi*. En un primer momento, solo ante las partes, mientras la motivación cumplía una función de índole esencialmente endoprocesal, y aparecía referida, de forma prácticamente exclusiva, a la *quaestio iuris*. Que es por lo

15 «Las fórmulas son una salvaguardia; el abreviarlas es disminuir o destruir esta misma salvaguardia: si la imponéis a un acusado, ¿no es dar a entender que es criminal antes del juicio? Y si su crimen está demostrado, ¿para qué tribunales?» (Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*, trad. cast. de M. A. López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820, vol. I, pp. 249-250 (edición facsímil de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1989, por donde cito).

16 Paul Ricoeur, *El discurso de la acción*, trad. cast. de P. Calvo, Cátedra, Madrid, 2ª edición, 1988, p. 50. En este sentido también Piero Calamandrei, que entiende la motivación como «racionalización», como una suerte de «examen de conciencia efectuado posteriormente por el mismo juzgador para persuadirse de haber juzgado bien» (*Proceso y democracia*, cit., pp. 115 y 125).

17 Raffaele Ajello, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene Editore, Nápoles, 1976. p. 340, n. 140.

18 «No hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del juzgador» (Jesús Sáez Jiménez y Epifanio López Fernández de Gamboa, *Compendio de derecho procesal civil*, Santillana, Madrid, 1968, IV/II, p. 1287. «Dicha valoración [de la prueba] debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores [...] el tribunal no puede, ni debe dar explicaciones», podía leerse todavía en una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de 1978.

19 *Programa del curso de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Temis, 1976, II, p. 233. Se trata de un modo de proceder en la decisión que, como ilustra Giorgia Alessi Palazzolo, ya había adquirido carta de naturaleza durante la vigencia del régimen de la prueba legal, en los tribunales superiores europeos, que, sin embargo, lo proscribían a sus inferiores (*Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene Editore, Nápoles, 1979, p. 30).

que Franck pudo todavía denunciar la existencia de una «"soberanía" virtualmente incontrolada e incontrolable» del juzgador en el tratamiento de la *quaestio facti*²⁰.

Es con el constitucionalismo nacido de la segunda posguerra como la disciplina del proceso, y dentro de ella el deber de motivar, adquirirá relieve constitucional, y en lo que a este se refiere, se accederá, al menos en el plano normativo y teórico, a lo que representa un nuevo paradigma. En él, tal imperativo aparece —diría que por primera vez— con una dimensión también extraprocesal, pues la sentencia, como acto de poder, *sale del proceso a la calle* y su emisor entra, con ello, en interlocución abierta con un *auditorio* de dimensiones virtualmente ilimitadas: la ciudadanía en general. Tal nueva modalidad de interacción, que en principio tenía un carácter más bien teórico o, si se quiere, potencial, aparece hoy dotada de una entonces seguramente impensable efectividad y amplitud, dada la naturaleza de los temas de alta impregnación política que acceden ya *normalmente* a la jurisdicción en la generalidad de nuestros países.

Pues bien, es la vertiente original y más obvia de la motivación como justificación *ex post* la que, comprensiblemente, ha adquirido más desarrollo, tanto en el plano conceptual como en el práctico. Y es en la que normalmente se piensa cuando el término comparece en el discurso habitual de los juristas en general y de los jueces. En esta perspectiva, ahora lo hace en los dos sentidos puestos de manifiesto por Wroblewsky: el que mira a asegurar la racionalidad *interna* de la decisión, es decir, la correcta derivación de esta de las que se presentan como sus premisas, y el que lo hace a garantizar la corrección en el modo y momento previo de fijar tales premisas, por eso se le dice justificación *externa*²¹.

A propósito de la motivación como justificación interna, baste decir que tiene su metáfora en la estructura del silogismo, y que se refiere a la sentencia en tanto que documento ya constituido, así pues, en una dimensión sincrónica, en la que idealmente los hechos declarados probados habrán de *funcionar* como antecedente real de los fundamentos de derecho y unos y otros dar cabal *razón* del fallo; de modo tal que, como ha escrito expresivamente Igartua, la resolución aparezca dotada de «un *armazón organizativo racional*», que la haga coherente²². Por lo demás, puesto que se trata de que, tanto el directamente afectado como, en general, el posible lector, sepan a qué responde cada uno de los pronunciamientos de aquel, el esfuerzo de justificación ha de ser completo o suficiente, para que uno y otros puedan saber a qué atenerse. O lo que es lo mismo, para que, como quiere Maier: «la decisión se baste a sí misma»²³.

En la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo hay un tópico que se repite con frecuencia frente a las denuncias de insuficiencia en la justificación de la sentencia cuestionada, en amparo o en casación. Es el que se concreta en el aserto de que no existe «un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial». Una afirmación cierta en el banal sentido de que el texto de la sentencia no habrá de contener un número de matrices legalmente tasado; pero incierta en una consideración sustancial. En efecto, pues el justiciable tiene el de-

20 Jerome Franck, *Derecho e incertidumbre*, trad. cast. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 70.

21 Jerzy Wroblewsky, «Justificación de las decisiones jurídicas», en *Íd.*, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de J. Igartua y J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 35 ss. Sobre este asunto, puede verse asimismo Michele Taruffo, «La giustificazione delle decisioni fondate su *standards*», en Mario Bessone-Riccardo Guastini, *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padua, 1995, pp. 275 ss.; y Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 103-106.

22 Juan Igartua Salaverria, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 96.

23 Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 871

recho fundamental a una respuesta jurisdiccional de la amplitud necesaria para que no haya *agujeros negros* en la decisión que, por lo general, tan intensamente le concierne.

Como se ha anticipado, la figuración silogística de la sentencia contempla a esta en su estática, pero sin decir nada de su proceso de formación de las premisas, de la fáctica en particular, que es en el que realmente *se juega* el sentido del fallo. Por otra parte también contiene la sugerencia implícita de que la premisa jurídica de este podría operar como por mera transposición mecánica de la prescripción legal.

Es por lo que me parece de especial interés la presentación analítica del *iter* decisonal que hace Ferrajoli. A su entender, el razonamiento judicial está integrado por tres inferencias, una inductiva, otra deductiva y la tercera, formada por un silogismo práctico. La inferencia inductiva, o inducción probatoria, tiene como premisas los datos de esta clase obtenidos en virtud de la prueba, y como conclusión la de que Fulano ha ejecutado una determinada acción, por ejemplo ha matado. Esta afirmación de hecho fundada en premisas también fácticas, será ahora, a su vez, premisa de la inferencia deductiva, en relación con otra, ya jurídica, el precepto legal de aplicación, para, por subsunción, alcanzar una conclusión que aquí es ya de derecho: Fulano ha cometido un homicidio. Por fin, el fallo tiene la forma de un silogismo práctico, cuyas premisas son normativas: Fulano ha cometido un homicidio, y al homicidio corresponde tal pena. La conclusión es una disposición, la kelseniana norma particular: Se castiga a Fulano, imponiéndole tal pena²⁴.

Este modo de describir el proceso de elaboración de la sentencia tiene, entre otras ventajas, la de dar concreta visibilidad a la diversidad de ámbitos donde, dentro de él, debe operar, en la aludida consideración *ex ante*, la obligación de justificar la cadena de decisiones. Aquí se trata de llevar al juzgador a la asunción, convencida e intelectualmente honesta, del deber de motivar, que le haga conducirse en la tarea decisonal, de manera exclusiva, por los cauces de *lo motivable*, de modo que no decida nada que no pueda sustentar, con racionalidad, de forma argumentada²⁵. Y esto, es obvio, tanto en lo relativo a la *quaestio facti* como en lo referente a la *quaestio iuris*. Aunque seguramente sea la primera, en la que el campo de la decisión está *naturalmente* más abierto, donde son más fáciles los deslizamientos en el resbaladizo terreno de las *certezas* puramente subjetivas, no verbalizables ni, por tanto, comunicables ni susceptibles de una consideración interpersonal.

En efecto, porque en este marco sigue pesando extraordinariamente la que he llamado «mística de la inmediatez»²⁶. Es decir, la inteligencia de que el juzgador, en el contacto directo con las fuentes personales de prueba, está habilitado para *leer* no solo en el lenguaje verbal, sino en el gestual de imputados y testigos, una *información* perteneciente al mundo de *lo inefable*, o sea, de lo que no puede explicarse con palabras, y que a él se le manifestaría (hay que entender que) por razón de carisma, pues es difícil pensar en cualquier otra. Y con una autenticidad tal como para hacer posible su uso al objeto de dotar de *fundamento* a una condena penal. Condena, en este punto, obviamente inmotivada, que tendría como vehículo una sentencia, también inmotivada.

La sola alternativa racional a este recusable *modus operandi*, está en partir de la consideración de que lo motivable y lo decidible son términos coextensivos, de modo que

24 L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 64.

25 Francesco M. Iacoviello, «I criteri di valutazione della prova», en M. Bessone-R. Guastini, *La regola del caso*, cit., p. 396.

26 Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, cit., pp. 272 ss. También me he ocupado de este asunto en «Sobre el valor de la inmediatez (una aproximación crítica)», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 46 (2003); ahora en *Id.*, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 153 ss.

nada de lo que no pudiera predicarse la primera consideración podría pasar a formar parte del ámbito de lo segundo.

La única forma viable de dar realidad a lo que, entiendo, tiene el valor de un axioma en la disciplina constitucional del proceso, es renunciar eficazmente a un modo de operar de tópica expresión en el sintagma *apreciación conjunta de la prueba*, en la que esta únicamente *existiría*, y de manera implícita, en la mente del juzgador, que, en una aproximación holística, en particular, a *lo visto y oído*, vertería en la sentencia una especie de inaprensible destilado de conciencia. El fruto, por tanto, no de un previo tratamiento explícito, pormenorizado y racional de la información sobre el caso aportada por las partes, sino de una suerte de *estado psíquico* producido en aquel²⁷, en el contacto con estas y con las fuentes de prueba. De *un algo*, resultado de un proceso, entre sentimental²⁸ y psicológico, que es como si le hubiera *ocurrido*. Y solo a él, de una vez por todas: por eso la manida referencia a la «soberanía» del juzgador de instancia, cuyo criterio en la materia no podría ser ya objeto de examen por otro tribunal.

Lo más correcto, a mi juicio, es abrir un campo dentro de la fundamentación de la sentencia, específico para la cuestión de hecho, en el que se elabore una suerte de *cuadro probatorio*²⁹, destinado, primero, a albergar la presentación analítica, dotada de la máxima objetividad, de *todo* el material de esta índole, mediante la identificación de cada fuente de prueba (lícitamente utilizable) y la concreción de lo aportado por ella. Se trata de dejar constancia en el cuerpo de la resolución de lo acontecido en la fase procesal de que se trata, en síntesis intelectualmente honesta y lo bastante expresiva.

En un segundo momento, este material individualizado en la totalidad de sus componentes esenciales, tendrá que ser objeto de elaboración en sentido propio, a fin de determinar el rendimiento, todavía individual, de cada medio de prueba (de cargo y de descargo³⁰), para concretar los distintos elementos de juicio con los que quepa contar, dejando razón del porqué de hacerlo así y también de los descartes³¹. Esto para, ya en fin, pasar a un último momento de síntesis, en el que habrá que llevar a cabo el cruce de la información probatoria relevante para la decisión.

El contenido del «cuadro probatorio» deberá ser examinado a la luz de las hipótesis en presencia, cuyo potencial explicativo ha de verificarse³². Si están dotadas de la exi-

27 De «internos procesos psíquicos de convicción [...] parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable», ha hablado Andrés de la Oliva (en AA.VV., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 514).

28 A «la decisión que [el juzgador] “siente” justa», se refirió el magistrado Carlos Entrena Klett (en *La equidad y el arte de juzgar*, Aranzadi, Pamplona, 1979, p. 85).

29 He tratado de ilustrar este modo de operar en el § 5, «Presentación de un caso en tema de valoración de la prueba», en Perfecto Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, prólogo de Daniel R. Pastor, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 147. Asimismo en «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», en *Revista del Poder Judicial*, 57 (2000); y ahora también en Perfecto Andrés Ibáñez, *Los ‘hechos’ en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005, pp. 153 ss.

30 En este punto, creo necesario denunciar un modo de proceder nada inusual que consiste, en las sentencias condenatorias, en prescindir del examen de la prueba de descargo. Un modo de proceder que se ve favorecido por la tendencia a confinar la valoración del material probatorio en el momento de tratar de la autoría. Es la que considero una peligrosa manera de operar, que puede llevar, en ocasiones de forma no del todo consciente, a privilegiar la hipótesis acusatoria.

31 En este campo deberá prestarse atención a las máximas de experiencia, que será atención crítica cuando por su naturaleza lo merezcan, y, de ser necesario, para excluirlas, pues, como bien se sabe, estas pueden ser de una calidad muy diversa. En la materia, cfr. Michele Taruffo, «consideraciones sobre las máximas de experiencia», en *Íd.*, *Páginas sobre justicia civil*, trad. cast. de M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 439 ss.

32 Según I. M. Copi y C. Cohen, las exigencias que ha de satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son —en síntesis— las siguientes: *relevancia* (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella, o de ella en relación con ciertas leyes causales); *susceptibilidad de control* (ha de resultar posible formular

gible coherencia interna, que será el presupuesto de partida, se tratará de *comprobar* si sus distintos componentes guardan una relación de compatibilidad con los datos probatorios; o si, por el contrario, no es así. En fin, si alguna de ellas acoge armónicamente los elementos de juicio, se valorará su plausibilidad y si ofrece una explicación convincente, por racionalmente aceptable, de lo sucedido en el caso. Para que una hipótesis pueda ser acogida como válida es preciso que resulte confirmada por una pluralidad de pruebas, que dé sentido a los datos disponibles (podría quedar algún «cabo suelto» no esencial en el conjunto) y no aparezca desmentida por una prueba contraria.

En alguna ocasión, propuestas como la que aquí se avanza han sido descalificadas como supuestamente expresivas de la exigencia de una suerte de motivación *diabólica*, impracticable, de la decisión en materia de hechos. Pero lo cierto es que se trata de un ejercicio perfectamente realizable y, además, obligado. De un lado porque, según se ha dicho, aquella debe moverse solo en el terreno de lo susceptible de justificarse expresamente; y, de otro, porque la motivación ha de cubrir con eficacia todos los segmentos del fallo. Es a lo que se debe —no importa insistir— la necesidad de que la conciencia del deber de motivar presida el desarrollo del discurso sobre la prueba en su totalidad. Lo contrario, es decir, confinarlo de manera exclusiva en el momento de dotar de fundamento a la decisión ya adoptada, sería exponente de una concepción demediada del mismo, por desatención a esa otra dimensión *ex ante*, tan fundamental, como se ha dicho, en el plano del método.

Hay una última consideración de orden esencialmente práctico, a la que no quiero dejar de referirme. Es que entiendo que, al carácter personalísimo del enjuiciamiento, que, obviamente, no está reñido con la existencia de tribunales colegiados³³, corresponde la naturaleza *artesanal* de la actividad consistente en dotar de expresión gráfica a la decisión mediante la redacción de la sentencia. De aquí se sigue el corolario de que esta actividad no es en modo alguno delegable, por la elemental razón de que el proceso decisional no se agota en la adopción de un criterio, sino que tiene su última y relevantísima etapa en el momento de dar forma literaria a la *ratio decidendi*, que es cuando se ve *si la pluma corre o no corre sobre el papel*, si la convicción es susceptible de ser verbalizada sin omisiones ni forzamientos. Una comprobación última que no será posible allí donde se deje en manos de un tercero la plasmación de lo resuelto.

Puede que haya quien vea en esta aserto algo así como una suerte de ejercicio de sofisticación. Pero no hay tal. Cualquier profesional de la jurisdicción, honestamente empeñado en llevar a la práctica con racionalidad y rigor la propia tarea, según el paradigma aquí defendido, habrá tenido múltiples ocasiones de experimentar cómo la convicción, generalmente de conjunto, *impresionista*, formada, al final del juicio, en la sala de audiencias, tenía que ser replanteada, y puede que en aspectos fundamentales, en el momento de *escribirla*. Al *recorrerla* retrospectivamente paso a paso en sus distintos segmentos.

observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); *compatibilidad con las hipótesis bien establecidas con anterioridad* (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser autoconsistente); *aptitud para explicar* (debe optarse por la que más y mejor explica); *simplicidad* (tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles) (*Introduzione alla logica*, trad. de R. Lupacchini, de la edición americana de 1994, ed. italiana de G. Lolli, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 541 ss. Hay trad. cast. de la primera americana de 1953, de N. Míguez, revisada por G. Klimowsky, de I. Copi, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pp. 379 ss.).

³³ Sobre la formación de la convicción en los tribunales colegiados, cfr. Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 653-655.

«Solo me aclararé [...] escribiendo» se lee en una obra de José Luis Sampedro³⁴, conocido novelista e intelectual de gran estatura moral, fallecido hace algunos años. Pues bien, si este aserto puede considerarse válido en su terreno, entiendo que lo es todavía más en aquel al que se refieren estas reflexiones.

34 José Luis Sampedro, *Monte Sinaí*, Random House-Mondadori, Barcelona, 1999, p. 12. En parecidos términos, Oliver Sacks: «Tengo la impresión de ir descubriendo mis pensamientos mediante el acto de escribir, *durante* la escritura propiamente dicha» (*En movimiento. Una vida*, trad. cast. de D. Alou, Anagrama, Barcelona, 2016, p. 212).

INTERNACIONAL

EL DEBATE EUROPEO SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA MAGISTRATURA: LA PROPUESTA DE LA RED EUROPEA DE CONSEJOS DE JUSTICIA*

Luca VERZELLONI

INTRODUCCIÓN

La aspiración de cualquier operador de la justicia consiste en entrar en un tribunal y saber qué esperar del mismo sin tener que desarrollar un período de iniciación ni tener la necesidad de confiarse a un profesional del lugar. Esta máxima de Shapiro¹ aclara de modo eficaz lo que significa operar dentro de un tribunal². En general, quien haya entrado alguna vez en una oficina judicial sabe bien que para comprender las lógicas de funcionamiento de un tribunal de justicia no basta en absoluto con conocer el conjunto de normas y procedimientos que regulan formalmente la actividad del mismo, sino que es preciso tener un dominio sobre todos los modos de actuación, ritualismos y expresiones que caracterizan cualquier contexto de práctica.

Las oficinas judiciales son organizaciones completamente particulares³, extremadamente difíciles de gobernar, dado que, por una parte, es necesario dirigir una estructura compleja asegurando al propio tiempo la independencia de los jueces, y, por otra, gestionar la interacción con el entorno externo, entendido como las instituciones centrales, los otros tribunales, los órganos territoriales, los profesionales⁴, y, no menos importante,

* Este trabajo ha contado con el apoyo financiero de la Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal (FCT), proyecto “O paradoxo da inovação judicial nos países da Europa do sul” (IF/00938/2014/CP1262/CT0001). Existe una versión en portugués de este texto: Verzelloni L. (2016), *A Gestão dos Sistemas de Justiça, Governo dos Tribunais numa Análise Comparada*, en de Lurdes Rodrigues et al (eds.), *40 Anos de Políticas de Justiça em Portugal*, Almedina, Coimbra, pp. 709-736. Traducción del italiano de José Miguel García Moreno.

1 Shapiro D. L. (1989), *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, “University of Pennsylvania Law Review”, 137, p. 1974.

2 Shapiro se refiere, en particular, a los abogados.

3 Aunque sea posible incluirlas en la gran categoría de las “organizaciones profesionales”, o sea de aquellas estructuras en las que el componente profesional es preeminente sobre el administrativo. Blau P. M., Scott W. R. (1962), *Formal Organizations: A Comparative Approach*, Chandler, San Francisco. Etzioni A. (1964), *Modern Organizations*, Englewood Cliffs, Prentice Hall. Freidson E. (2001), *Professionalism, the Third Logic*, University of Chicago Press, Chicago.

4 En primer lugar los abogados, considerados ya sea como “usuarios” o como “protagonistas” de la justicia. Verzelloni L. (2015), *Gli avvocati nella giustizia civile*, Carocci, Roma.

los ciudadanos, en la línea de un proceso de búsqueda continua de legitimidad en el que participan todas las articulaciones del “sistema de justicia”⁵.

Analizar el funcionamiento y la gestión de los aparatos judiciales significa, por lo tanto, interrogarse sobre múltiples cuestiones que se refieren a la independencia “interna” de los magistrados individuales o a la independencia “externa” de la magistratura, entendida en su conjunto, esto es, como relación con los otros poderes del Estado⁶. Estos dos niveles de observación deben considerarse de manera simultánea, para evitar proporcionar una visión parcial y poco realista. Por lo demás, resulta necesario tomar en consideración las transformaciones en curso de los sistemas judiciales⁷, para no proporcionar una representación estática, desconectada de los cambios socio-políticos que están sucediendo en los escenarios europeo y extra-europeo⁸.

A la luz de todo esto, este trabajo pretende presentar y discutir un cuadro comparativo del funcionamiento y gestión de los sistemas judiciales europeos. El texto aspira a realizar una “fotografía en movimiento” de los aparatos de justicia de algunos países.

En función de este objetivo el trabajo se articulará como sigue: en el próximo apartado se volverán a recorrer los orígenes del debate europeo sobre estos temas, destacando las actividades de las redes judiciales y, en particular, de la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ). El apartado 2 utilizará los indicadores definidos por la RECJ para valorar los sistemas judiciales europeos en relación con el grado de independencia de la magistratura y del juez individual. El apartado 3 se centrará en cinco países con características diversas: Italia, Francia, Hungría, Suecia y los Países Bajos. El apartado 4 debatirá en términos comparativos las cinco experiencias, individualizando rasgos comunes y diferencias. Por último, las conclusiones se ocuparán de esbozar posibles escenarios de desarrollo de los sistemas judiciales europeos. Es necesario precisar desde ahora que el trabajo se refiere únicamente al ámbito judicial. El sector de la fiscalía responde a lógicas peculiares⁹ que no permiten un tratamiento de modo simultáneo.

5 Piana D. (2016), *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Il Mulino, Bologna.

6 Shetreet S., Deschenes J. (eds.) (1985), *Judicial independence: the contemporary debate*, Nijhoff, Dordrecht. Guarneri C. (2001), *Judicial Independence in Latin Countries of Western Europe*, en D. O'Brien, P.H. Russel (eds.), *Judicial Independence: Critical Perspectives from around the World*, University Press of Virginia, London, pp. 111-30. Guarneri C., Piana D. (2012), *Judicial Independence and the Rule of Law: Exploring the European Experience*, en S. Shetreet, C. Forsyth (eds.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden, Boston, pp. 113-124. Seibert-Fohr A. (ed.) (2012), *Judicial independence in transition*, Springer, Heidelberg.

7 Friesen E. C. et al. (1971), *Managing the Courts*, Bobbs Merrill, New York. Santos B. D. S. (1982), *O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 10, pp. 9-40. Santos B. D. S. et al. (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Afrontamento, Porto. Gessner V., Nelken D. (eds.) (2007), *European ways of law: toward a European sociology of law*, Oñati International Series in Law and Society, Oñati. Van Dijk F., Dumbrava H. (2013), *Judiciary in times of scarcity*, “International Journal for Court Administration”, 5, 1, pp. 15-24.

8 Crozier M. et al. (1975), *The Crisis of Democracy*, New York University Press, New York. Santos B. D. S. (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York. Santos B. D. S. (2003), *Poderá o direito ser emancipatório?*, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 65, pp. 3-76. Ferreira A. C. (2014), *Política e sociedade: teoria social em tempo de austeridade*, Vida Económica, Porto.

9 Nissman D., Hagen E. (1982), *The prosecution function*, Lexington Books, Lexington. Di Federico G. (2005), *The Independence and Accountability of the Public Prosecutor: Search of a Difficult Equilibrium*, “Mediterranean Journal of Human Rights”, 9, 2, pp. 93-118. Di Federico G. (ed.) (2005), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*, Lo Scarabeo, Bologna.

1. UN DEBATE EUROPEO

A partir del inicio de los años 90 el debate sobre el funcionamiento y la gestión de los aparatos judiciales —cuyos orígenes pueden ser fijados en los Estados Unidos en el período de la Gran Depresión¹⁰— también implica gradualmente a Europa.

La extensión de este diálogo se ha visto favorecida por la difusión, también en el ámbito judicial, de los principios del *New Public Management*¹¹, esto es, de la progresiva afirmación en muchos países europeos de la necesidad de mejorar el “servicio público de la justicia”¹² desde una perspectiva de calidad, transparencia, eficiencia, eficacia, atención al usuario y rendición de cuentas (*accountability*)¹³.

Este recorrido ha sido apoyado por las instituciones europeas —por un lado el Consejo de Europa y, por otro, la Unión Europea—, que han desarrollado una acción de impulso respecto de los Estados miembros, ya sea mediante iniciativas “de arriba a abajo” (*top-down*)¹⁴, ya sea mediante un planteamiento “de abajo a arriba” (*bottom-up*), promoviendo el nacimiento de una serie de redes judiciales, entre las que destacan:

- La Comisión de Venecia;
- La Red de Presidentes de Tribunales Supremos Europeos;
- La Red Europea de Formación Judicial (REFJ/EJTN);
- El Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE);
- El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCFE);
- La Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ);
- La Red Judicial Europea (RJE/EJN);
- La Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ/ENCJ).

En el panorama de estas iniciativas debe destacarse la contribución al debate proporcionada por la Red Europea de Consejos de Justicia (en adelante, RECJ). De hecho, en los últimos años los grupos de trabajo de la RECJ —compuestos por magistrados en representación de los diversos Consejos¹⁵— se han ocupado de una pluralidad de temas, que van desde el papel de los órganos de autogobierno al uso de las Tecnologías de la Información (*eJustice*) o de la gestión de los procedimientos (*case management*) a las cuestiones relacionadas con la selección, nombramiento y promoción de los magistrados. No obstante, la aportación más significativa en lo que se refiere a su relevancia para nuestra reflexión ha sido la realizada en materia de independencia y rendición de cuentas (*accountability*). En otoño de 2013, como consecuencia de la Declaración de

10 Willoughby W. F. (1929), *Principles of judicial administration*, Brookings, Washington.

11 Hood C. (1991), *A public management for all seasons?*, Public Administration, 69, 1, pp. 3-19. Ferlie E. et al. (1996), *The New Public Management in Action*, Oxford University Press, Oxford. Minogue M. et al. (eds.) (1998), *Beyond the new public management: changing ideas and practices in governance*, Edward Elgar, Cheltenham.

12 Ministère Justice (1989), *Le “service public de la justice”, un concept nouveau*, Paris.

13 Maier P. (1999), *New public management in der justiz*, Haupt, Berno. Fabri M., Langbroek P. (eds.) (2000), *The challenge of change for judicial systems: developing a public administration perspective*, IOS Press, Amsterdam. Spingelman J. J. (2001), *The new public management and the courts*, “Australian Law Journal”, 75, pp. 748-760. Fabri M., Langbroek P., Pauliat H. (eds.) (2003), *The administration of justice in Europe: toward the development of quality standards*, Lo Scarabeo, Bologna. Voermans W. (2007), *Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries*, “Utrecht Law Review”, 3, 1, pp. 148-159. Piana D. (2010), *Judicial accountabilities in new Europe: from rule of law to quality of justice*, Ashgate, Farnham.

14 En este sentido es necesario recordar el mecanismo de cooperación y verificación (CVM) y las dos decisiones de la Comisión sobre Rumanía (2006/928/EC) y Bulgaria (2006/929/EC).

15 Actualmente son miembros de la RECJ los Consejos de Justicia de los siguientes países: Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Escocia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Inglaterra y Gales, Irlanda, Irlanda del Norte, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal y Rumanía. Italia y Grecia son los únicos países representados por dos instituciones. La RECJ también incluye algunos observadores, como el Ministerio de Justicia alemán o la *National Courts Administration* sueca.

Sofía¹⁶, la Red acometió un ambicioso proyecto dirigido a identificar un cuadro de indicadores para interpretar el funcionamiento de los sistemas judiciales. Esta actividad ha llevado a la definición de un esquema de valoración, compuesto por algunos indicadores subjetivos y objetivos; estos últimos relativos a la magistratura en su conjunto o al juez individual (Tab. 1). En total, han sido identificados 20 indicadores, 11 referidos a la independencia y 9 a la rendición de cuentas (*accountability*).

TIPOLOGÍA INDICADORES	INDEPENDENCIA		RENDICIÓN DE CUENTAS	
<i>Subjetivos</i>	Percepciones generales		No disponible	
<i>Objetivos</i>	Magistratura en su conjunto	Juez individual	Magistratura en su conjunto	Juez individual

Tab. 1: Áreas cubiertas por los indicadores

Esta propuesta interpretativa fue puesta a prueba en cuatro países con tradiciones jurídicas diversas (Irlanda, Italia, Países Bajos y Rumanía)¹⁷ y, tras algunas modificaciones, aplicada a todos los miembros y algunos observadores de la RECJ. El último informe de la red proporciona un análisis de las características de los sistemas judiciales, definidas sobre la base de un cuestionario dirigido a los Consejos de Justicia¹⁸. El documento también refleja los resultados de una encuesta sobre la percepción de la independencia por los magistrados¹⁹, que ha implicado a 5.878 jueces de carrera de 22 Estados europeos²⁰, e incluso plantea la posibilidad de extender los mismos indicadores al ámbito de la Fiscalía (*prosecution*).

El modelo —entendido como combinación de indicadores— permite apoyar adecuadamente nuestros razonamientos en relación con los objetivos de este trabajo. No obstante, se deben destacar algunos puntos críticos, que, en parte, derivan del hecho de que se trate de una fórmula en curso de desarrollo, como evidencia la investigación realizada recientemente por el Consejo de Justicia de los Países Bajos²¹. En particular, hay dos problemas principales: por un lado, los resultados del cuestionario son presentados en términos de rendimiento (*performance*) de los sistemas²², incluso con referencia a la observancia de los estándares identificados por la propia RECJ; por otro lado, resulta poco clara la distinción realizada entre algunos indicadores relativos a la independencia en lugar de a la rendición de cuentas. En cualquier caso, el instrumento presenta grandes potencialidades, ya que supone el resultado de un diálogo, prolongado en el tiempo,

16 ENCJ (2013-a), *Declaration on judicial Independence and accountability*, aprobada en el curso de la Asamblea General de Sofía, 5-7 de junio de 2013.

17 ENCJ (2014-a), *Independence and accountability of the judiciary. Report 2013-14*, aprobado en el curso de la Asamblea General de Roma, 13 de junio de 2014.

18 ENCJ (2015), *Independence and accountability of the judiciary and of the prosecution. Report 2014-15*, aprobado en el curso de la Asamblea General de La Haya, 5 de junio de 2015.

19 Las preguntas de la encuesta están relacionadas con algunos de los indicadores relativos a la independencia (nº 1, 3, 5, 6, 7, 8) o a la rendición de cuentas (nº 1 y 4). ENCJ, 2015, cit., p. 41.

20 También se llevó a cabo un estudio piloto que implicó a jueces legos (*lay judges*) de Noruega, Suecia y Dinamarca.

21 Netherlands Council for the Judiciary (2016), *Independence of judges: judicial perceptions and formal safeguards*, working paper, 1.

22 En los informes de la RECJ se habla expresamente de “indicadores de rendimiento”.

entre los Consejos de Justicia europeos, esto es, tanto una fuente de información como una clave para interpretar la realidad.

En el próximo apartado se emplearán los primeros siete indicadores del modelo de la RECJ, es decir, aquéllos de carácter objetivo relativos a la independencia de la magistratura en su conjunto (Tab. 2) y del juez individual (Tab. 3), como punto de partida para una reflexión comparativa sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales europeos.

Nº.	INDICADOR	ESPECIFICACIONES
1	Bases legales de la independencia	Garantías formales de la independencia de la magistratura. Garantías formales de que los jueces están únicamente sujetos a la ley. Métodos formales para la determinación de los salarios de los jueces. Métodos formales para la actualización de las retribuciones de los jueces. Garantías formales de la implicación de los jueces en el desarrollo de las reformas normativas y judiciales.
2	Autonomía organizativa	Papel formal del Consejo de Justicia. Conformidad con los estándares definidos por la RECJ. Responsabilidad del Consejo. Subindicadores cuando no existe un Consejo de Justicia u órgano equivalente: influencia de los jueces en las decisiones.
3	Financiación	Disposición sobre el presupuesto. Sistema de financiación. Resolución de los conflictos en materia presupuestaria. Suficiencia de las partidas actuales.
4	Gestión de los tribunales	Responsabilidad en la gestión de los tribunales de justicia.

Tab. 2: Indicadores objetivos relativos a la independencia de la magistratura en su conjunto.

Nº.	INDICADOR	ESPECIFICACIONES
5	Decisiones en materia de recursos humanos	Selección, nombramiento y cese de jueces y presidentes de tribunales. Selección, nombramiento y cese de magistrados y Presidente del Tribunal Supremo. Conformidad con los estándares de RECJ en materia de nombramiento de jueces, valoración profesional, promoción, procedimientos disciplinarios y formación de los jueces.
6	Inamovilidad	Garantía formal de inamovilidad de los jueces. Normas relativas al traslado de los jueces sin su consentimiento.

7	Independencia interna	Influencia de los jueces superiores. Utilización y papel de las instrucciones. Influencia de los responsables de la gestión de los tribunales.
---	------------------------------	--

Tab. 3: Indicadores objetivos relativos a la independencia del juez individual.

2. UNA PRIMERA COMPARACIÓN

El esquema de valoración fue adoptado por 25 países europeos, 18 miembros y 7 observadores de la RECJ que participaron en el estudio²³. El cuadro que sigue (Fig. 4) refleja la media general de las puntuaciones²⁴ (expresadas en valores porcentuales) relativas a los siete indicadores considerados (nº 1 a 7). Esta visión de conjunto resulta extremadamente útil para articular una comparación entre los sistemas judiciales europeos.

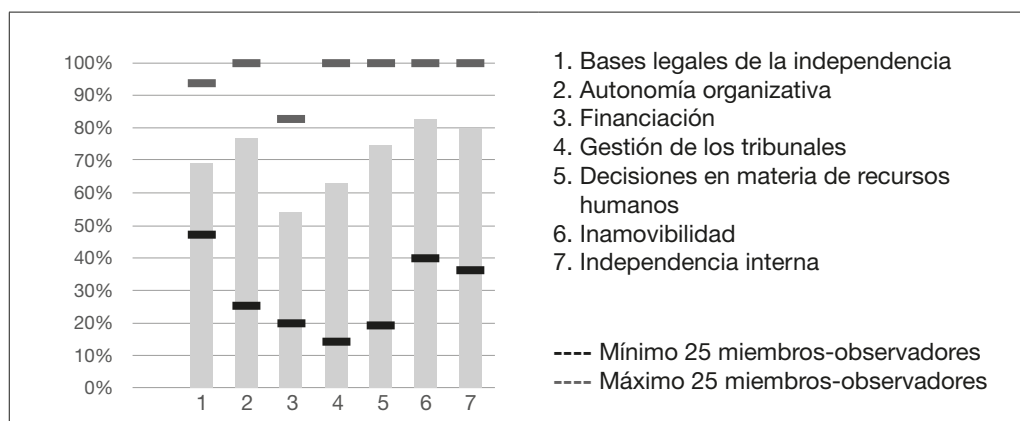


Fig. 4: Media de los países miembros y observadores de la RECJ.

De hecho, analizando los resultados de los cuestionarios es posible individualizar una primera categoría de países: aquéllos que se caracterizan por un alto nivel de independencia de la magistratura y por un grado también alto de independencia del juez individual, es decir, que alcanzan resultados superiores a la media, ya sea en los indicadores 1-2, o en los indicadores 5-6-7. En este grupo de países hay un caso que se distingue de todos los demás: el de Italia (Fig. 5):

²³ Países miembros: Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Escocia, Inglaterra y Gales, e Irlanda del Norte. Países observadores: Albania, Alemania, Hungría, Montenegro, Noruega, Serbia y Suecia.

²⁴ Calculadas basándose en reglas específicas, ENCJ, cit. pp.. 130-132.

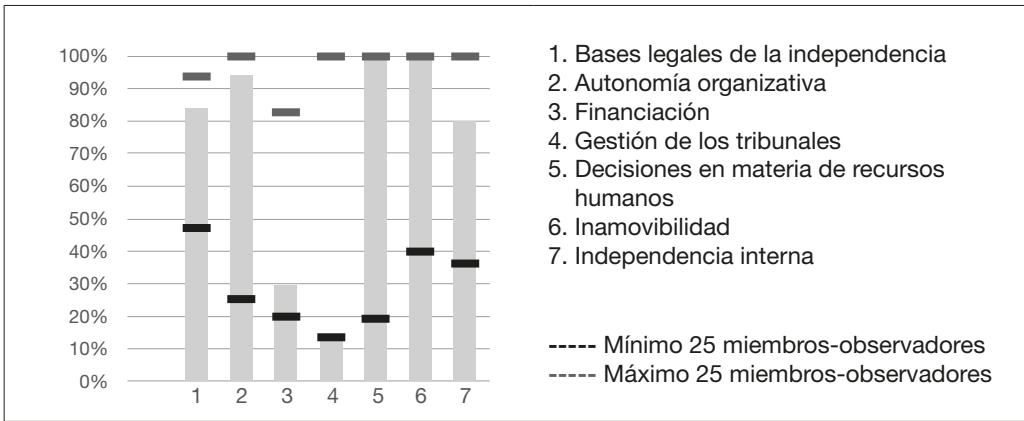


Fig. 5: Italia.

Existe, además, una segunda tipología de sistemas judiciales: aquéllos con baja independencia de la magistratura y alta independencia del juez individual. Portugal forma parte de este grupo de países (Fig. 6)²⁵, pero el ejemplo más sintomático es el de Francia (Fig. 7), que registra una de las menores puntuaciones entre los Estados miembros y observadores de la RECJ en lo que se refiere a las bases legales de la independencia.

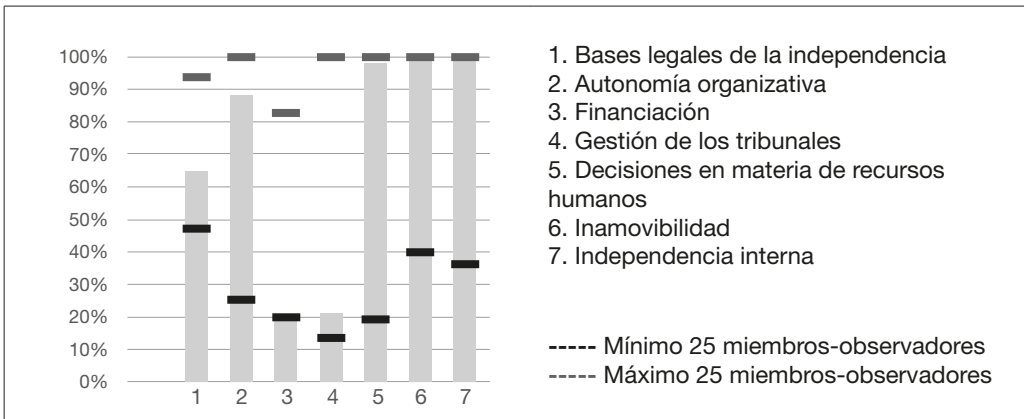


Fig. 6: Portugal.

25 Aunque el indicador nº 2 arroje un resultado superior a la media de los países incluidos en el estudio.

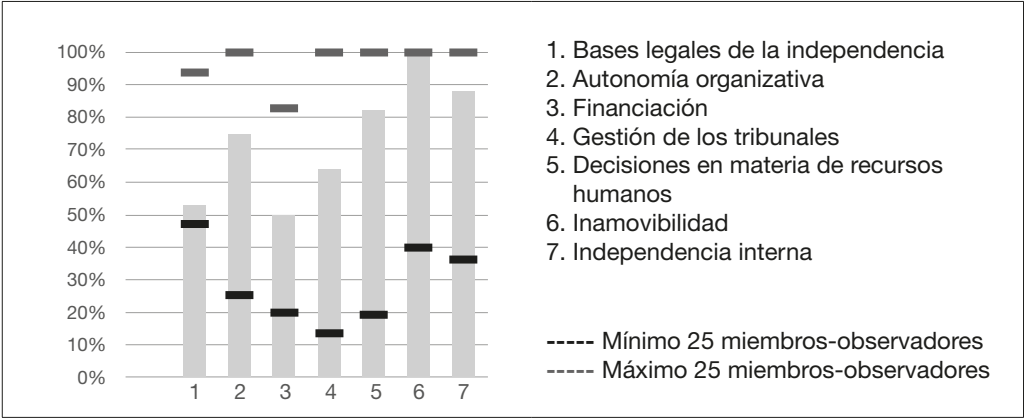


Fig. 7: Francia.

En términos ideales resulta posible situar en el extremo opuesto a aquellos países con alta independencia de la magistratura y baja independencia del juez individual. Entre estos, Hungría (Fig. 8) resulta inferior en veinte puntos porcentuales a la media de los demás Estados²⁶, particularmente en relación con el grado de independencia interna.

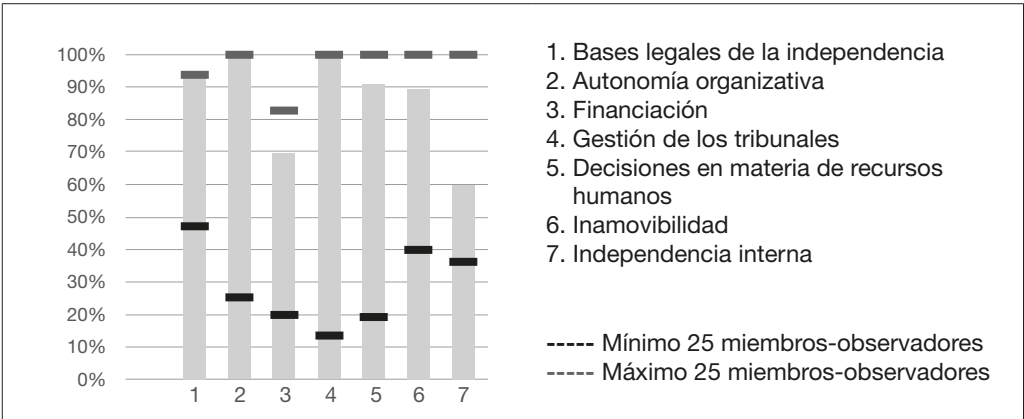


Fig. 8: Hungría.

Finalmente, hay sistemas en los que conviven baja independencia de la magistratura e igualmente baja independencia del juez individual. A este respecto el caso más significativo es, sin duda alguna, el de Suecia (Fig. 9).

²⁶ Aunque los indicadores 5 y 6 arrojen resultados superiores a la media.

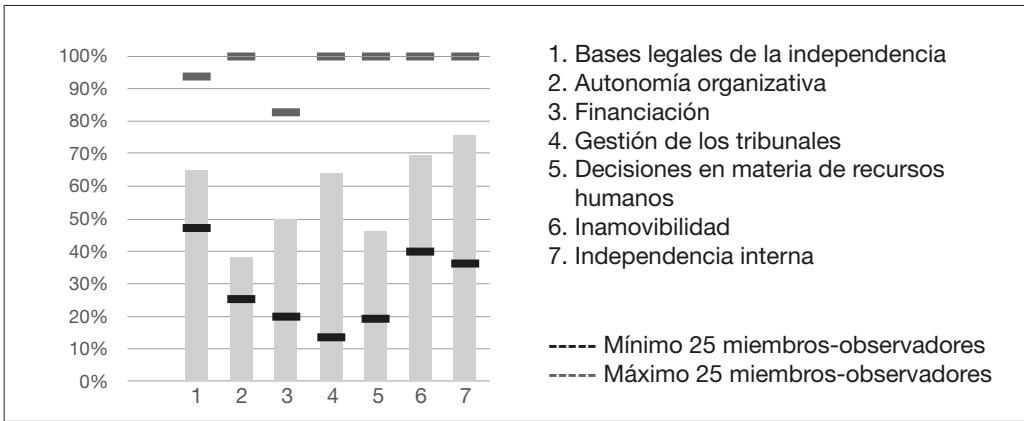


Fig. 9: Suecia.

A la luz de este examen resulta posible individualizar cuatro sistemas judiciales con características diversas en lo que respecta a la combinación entre la independencia de la magistratura y la independencia del juez individual (Tab. 10). Estos países son representativos de las diversas regiones geográficas de Europa²⁷:

- meridional: Italia;
- occidental: Francia;
- oriental: Hungría;
- septentrional: Suecia.

		INDEPENDENCIA DEL JUEZ INDIVIDUAL	
		BAJA	ALTA
INDEPENDENCIA DE LA MAGISTRATURA	BAJA	SUECIA	FRANCIA
	ALTA	HUNGRÍA	ITALIA

Fig. 10: Tabla comparativa de los casos.

Con la finalidad de elaborar un cuadro comparativo exhaustivo resulta necesario considerar un quinto caso que, a la vista de la gran variación de los indicadores n° 3 y 4 —como demuestran, sobre todo, las puntuaciones de Hungría e Italia—, se caracteriza por altos niveles de independencia en la financiación y en la gestión de los tribunales de justicia. A este respecto, el ejemplo más significativo es el de los Países Bajos (Fig. 11).

²⁷ De acuerdo con la clasificación de la División Estadística de las Naciones Unidas (UNSD) [<http://millenniumindicators.un.org/unsd/methods/m49/m49regin.htm>].

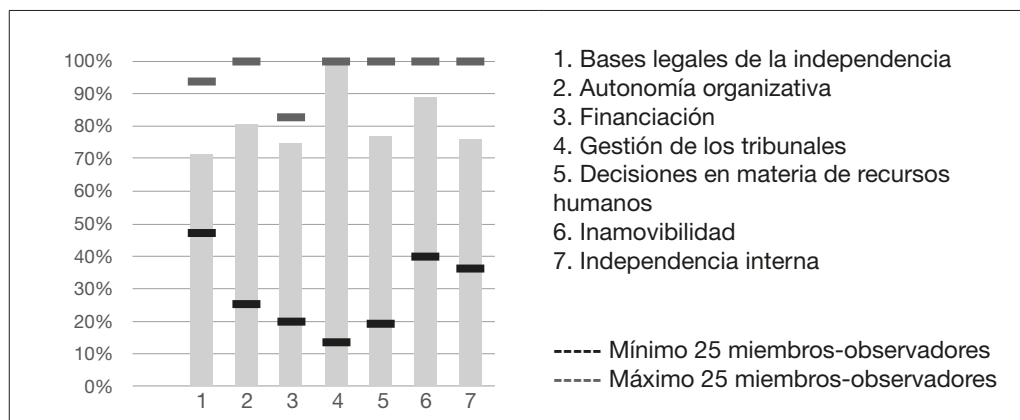


Fig. 11: Países Bajos.

En el apartado siguiente se profundizará en el análisis relativo a los cinco países seleccionados: Italia, Francia, Hungría, Suecia y Países Bajos. Como ya se ha anticipado, el texto pretende resumir las transformaciones que se están desarrollando en los sistemas judiciales, destacando, en particular, el papel de las instituciones que, en el curso de los últimos años, han promovido el cambio.

3. SISTEMAS JUDICIALES EN MOVIMIENTO

3.1. Italia

Italia es el país europeo de *civil law* que ha obtenido mayores reconocimientos internacionales, tanto por el marco normativo de protección de la independencia de la magistratura y de los jueces individuales, como por la aplicación efectiva de estas normas²⁸. Durante muchos años el “modelo italiano” ha sido fuente de inspiración para otros países europeos y extra-europeos.

La Constitución italiana se basa en una sutil distinción que se configura como el arquitecónico de todo el sistema judicial²⁹: de un lado la “administración de la jurisdicción”, confiada al Consejo Superior de la Magistratura (*Consiglio Superiore della Magistratura*, CSM)³⁰, y, de otro, la “administración para la jurisdicción”, competencia del Ministerio de Justicia³¹. Por tanto, el CSM es el encargado de gestionar directamente —o a través de los consejos judiciales (*consigli giudiziari*)³²— los nombramientos, la asignación de destinos, los traslados, las promociones, y los procedimientos disciplinarios relativos

28 Di Federico G. (2002), *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, LVI, 1, pp. 99-128.

29 Pizzorusso A. (1981), *Organi giudiziari*, Enc. dir., XXXI, Milano. Silvestri G. (1997), *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino. Salazar C. (2007), *Il Consiglio Superiore della Magistratura e gli altri poteri dello stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, “Forum di Quaderni Costituzionali”, pp. 1-51.

30 Arts. 104-105 de la Constitución italiana.

31 Art. 110 de la Constitución italiana.

32 Órganos descentralizados del Consejo Superior de la Magistratura que operan en cada distrito judicial, conforme al Decreto Legislativo de 27 de enero de 2006, n° 25, y a la Resolución del 20 de octubre de 1999. A grandes rasgos, los consejos judiciales italianos serían equivalentes a las salas de gobierno, que operan en el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia, en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo de España (N. del T.).

a los magistrados de carrera y honorarios. En cambio, el Ministerio es responsable de la gestión de todos los recursos humanos, instrumentales y tecnológicos que sirven de apoyo a la actividad judicial.

Como evidencia la vasta literatura sobre la materia³³, esta estructura de gobernanza “dual”, común a pesar de sus diferencias relativas a muchos sistemas judiciales europeos y extra-europeos, requiere elevados niveles de colaboración interinstitucional, esto es, una concertación continua de las políticas para evitar solapamientos, ineficiencias y dispendios. En el caso italiano el CSM y el Ministerio no han sido capaces de asegurar esa colaboración, salvo respecto de algunas concretas iniciativas, en cualquier caso no reiteradas en el tiempo. Además, el CSM ha ampliado su espectro de actividades, incluso mediante la creación de algunas estructuras internas, como la oficina estadística o la denominada “estructura técnica para la organización”³⁴, como gesto de una progresiva afirmación de su papel como “vértice organizativo de la magistratura”³⁵.

Desde un punto de vista estructural, el sistema italiano podría ser definido como de vínculos tendencialmente débiles (*loosely coupled system*)³⁶. De hecho, las oficinas judiciales en el territorio están escasamente integradas en el centro, dada la ausencia de interdependencias jerárquicas y tecnológicas y la propensión notable a la autodeterminación³⁷.

La administración judicial italiana se caracteriza, por tanto, por un marcado “localismo”. Esta configuración estructural —definida comúnmente como en “mancha de leopardo”— hace que el sistema sea difícilmente gobernable desde el centro, dada la debilidad de los vínculos con las unidades periféricas y la marcada especificidad que distingue a cada oficina judicial.

Además, históricamente el alto nivel de independencia del juez italiano en el ejercicio de la jurisdicción³⁸ se ha traducido, con frecuencia, en una elevada autonomía organizativa del magistrado individual en relación con la oficina judicial en la que opera³⁹. En este sentido, en muchos tribunales se registran problemas evidentes de integración interna, considerando también el hecho de que los directivos de las oficinas no disponen de amplios “márgenes de maniobra”, vistos los vínculos normativos y la ausencia de un presupuesto de los tribunales que pudiera ser gestionado de forma autónoma⁴⁰.

En los últimos años, también como consecuencia de la crisis económica y de las presiones ejercidas por los organismos internacionales en relación con la escasa eficiencia de la administración judicial, se está produciendo una transformación que tiene dos protagonistas principales: de un lado, algunas oficinas judiciales, y, de otro, el centro del sistema y, en particular, el Ministerio de Justicia. En primer lugar, numerosos tribu-

33 Zan S. (2004), *Fascicoli e tribunali*, Il Mulino, Bologna. Volpi M. (2009), *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, en E. Albamonte, P. Filippi (eds.), *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, Utet, Torino, pp. 3-44. Piana D., Vauchez A. (2012), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Il Mulino, Bologna.

34 Miccoli G. et al. (2013), *Al servizio dell'(auto) governo dell'organizzazione giudiziaria. Nascita ed evoluzione della Struttura Tecnica per l'Organizzazione*, en M. Sciacca et al. (eds.), *Giustizia in bilico*, Aracne, Roma, pp. 117-151.

35 Di Federico G. (2012), *Judicial independence in Italy*, en Seibert-Fohr A., *cit.*, pp. 357-401.

36 Weick K. E. (1967), *Educational organizations as loosely coupled systems*, “Administrative Science Quarterly”, 21, 1, pp. 1-19. Orton D. J., Weick K. E. (1990), *Loosely Coupled Systems: a re-conceptualisation*, “Academy of management Review”, 15, 2, pp. 203-223.

37 Zan S. (2006), *Il sistema organizzativo della giustizia civile in Italia: caratteristiche e prospettive*, “Quaderni di giustizia e organizzazione”, 1, pp. 17-48. Zan S. (2011), *Le organizzazioni complesse. Logiche d'azione dei sistemi a legame debole*, Carocci, Roma.

38 Guarnieri C. (1981), *L'indipendenza della magistratura*, Cedam, Padova.

39 Zan S. (2003) *cit.* Verzelloni L. (2009), *Dietro alla cattedra del giudice*, Pendragon, Bologna.

40 Ventura F., Viapiana F. (2010), *Efficienza e giustizia: una rassegna della letteratura*, “Quaderni di giustizia e organizzazione”, 6, pp. 11-31.

nales de justicia han iniciado procesos de innovación y mejora, ya sea en el marco del proyecto “Difusión de las mejores prácticas”, financiado por el Fondo Social Europeo⁴¹, o mediante el diseño de una red de colaboraciones con las instituciones del territorio (colegios de abogados, entes locales, cámaras de comercio, universidades, etc.)⁴². En segundo lugar, se han aprobado una serie de políticas nacionales para intensificar algunos vínculos entre el centro y la periferia del sistema, entre los que destacan: la introducción de un sistema integrado para la obtención de los datos estadísticos, la revisión de los costes de funcionamiento de las oficinas y la reorganización de las articulaciones ministeriales en el territorio⁴³.

3.2. Francia

A pesar de la aparente semejanza⁴⁴, el caso francés difiere notablemente del italiano, a partir de la misma configuración de los vértices de la administración judicial. De hecho, Francia ha adoptado un modelo basado en el papel del ejecutivo⁴⁵. Desde esta perspectiva, el Ministerio representa el fulcro del sistema, dado que es el responsable de la prestación del “servicio público de la justicia”. El Ministerio supervisa el funcionamiento de las oficinas, gestiona el presupuesto, implementa las políticas judiciales, interviene en el nombramiento y promoción de los magistrados, tiene competencias en el ámbito disciplinario y administra la academia de formación judicial: la *École Nationale de la Magistrature* (ENM)⁴⁶.

En cambio, el Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*, CSM) asiste al Presidente de la República en el aseguramiento de la independencia de la autoridad judicial⁴⁷ y emite dictámenes y resoluciones, de acuerdo con el Ministerio⁴⁸, en relación con el nombramiento, la promoción y la disciplina de los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales⁴⁹. Las reformas constitucionales, en particular la Ley Constitucional 952, de 27 de julio de 1993, y la Ley Constitucional 724, de 23 de julio de 2008, que ha modificado el artículo 65 de la Carta de 1958, no han despejado la ambigüedad del papel que caracteriza al Consejo de justicia francés. De hecho, el CSM se configura como un órgano mayormente consultivo, que representa a los jueces franceses, pero que resulta incapaz de garantizar plenamente la independencia de la magistratura⁵⁰.

Sin embargo, al mismo tiempo el sistema francés se caracteriza por un alto grado de independencia de los jueces individuales que, como proclama el artículo 64 de la Constitución, son inamovibles, es decir, no pueden ser trasladados sin su consentimiento⁵¹. Los jueces franceses disfrutaban de amplias garantías de independencia interna. No obstante, en los últimos años los presidentes de los tribunales han visto cómo se

41 Piana D. (2016), cit.

42 Castelli C. et al. (eds.) (2014), *Giustizia, territori e governo dell'innovazione*, Carocci, Roma.

43 Piana D., Verzelloni L. (2016), *Dal centro disperso al centro ritrovato?, Riflessioni a partire dalla riforma della giustizia in Italia*, “Quaderni di Scienza Politica”, XXIII, 2, pp. 241-267.

44 Benvenuti S. (2011), *Il Consiglio Superiore della Magistratura francese. Una comparazione con l'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano.

45 Garapon A., Epineuse H. (2012), *Judicial independence in France*, in Seibert-Fohr A., cit., pp. 273-305.

46 Bell J. (2006), *Judiciaries within Europe: a comparative review*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 44-107.

47 Art. 64 de la Constitución francesa.

48 El mecanismo del “double-clef”. Benvenuti S. (2011), cit.

49 Los denominados “magistrat du siège”.

50 Bell J. (2006), cit., p. 50. Benvenuti S. (2011), cit.

51 La disposición no se aplica, en cambio, a los “magistrat du parquet” o fiscales. El estatuto jurídico de los magistrados franceses viene definido por la Ordenanza 58/1270, de 22 de diciembre de 1958.

incrementaban sus propios poderes, sobre todo en materia de valoración y supervisión del desempeño⁵². Además, los directivos de las oficinas son responsables del reparto de los asuntos⁵³, y contribuyen a la preparación del presupuesto⁵⁴, que, empero, es administrado por las estructuras ministeriales. En general, el Ministerio ha sido y continúa siendo el promotor del cambio que se está llevando a efecto en el sistema francés, como demuestran las últimas reformas relativas a la simplificación procesal⁵⁵ y a la demarcación judicial⁵⁶, inspiradas por los objetivos de reducción de los costes e incremento de la eficiencia de los aparatos de justicia franceses.

3.3. Hungría

La administración judicial de Hungría ha vivido una larga etapa de transición⁵⁷, iniciada con la caída del telón de acero y la disolución de la República popular⁵⁸. La Constitución húngara⁵⁹ y las reformas introducidas en 1997⁶⁰ configuraban un sistema basado en torno al Consejo Nacional de Justicia (*National Council of Justice*, NCJ). Este órgano de autogobierno, compuesto prevalentemente por miembros de procedencia judicial⁶¹, era competente en materia de organización de las oficinas judiciales, así como para cualquier otra cuestión relacionada con el nombramiento, la promoción y la disciplina de los magistrados. El sistema se caracterizaba por un alto grado de independencia de la magistratura⁶², pero el NCJ era considerado por las propias autoridades húngaras y por numerosos observadores internacionales⁶³ una institución politizada, poco transparente e ineficiente.

La nueva Constitución⁶⁴ y las sucesivas reformas de 2011⁶⁵ —que entraron en vigor en enero de 2012— han rediseñado integralmente el sistema judicial húngaro. El NCJ ha sido suprimido y se han creado dos nuevos entes: la Oficina Nacional del Poder Judicial (*National Office for the Judiciary*, NOJ) y el Consejo Nacional Judicial (*National Judicial Council*, NJC). La NOJ es una oficina de apoyo a su Presidente —un magistrado⁶⁶ elegido por el Parlamento por una mayoría de 2/3, con un mandato de nueve años—, al que

52 Al amparo de la Ley Orgánica 2003-153, de 26 de febrero de 2003. ENCJ (2013-b), *Development of minimum judicial standards III. Collection of replies to Questionnaire 2012-2013*, report.

53 Fabri M., Langbroek P. (2007), *Is There a Right Judge for Each Case? A comparative Study of Case Assignment in Six European Countries*, "European Journal of Legal Studies", 1, 2, pp. 1-28. Marshall D. et al (2007), *Case assignment in French Courts*, en M. Fabri, P. Langbroek P. (eds.), *The Right Judge for Each Case. A study of case assignment and impartiality in six European judiciaries*, Intersentia, Antwerp, pp. 189-213. Garapon A., Epineuse H. (2012), cit., p. 288.

54 CEPEJ (2013), *Scheme for evaluating judicial systems 2013. Country: France*, report, p. 25.

55 Ley 2009-526, de 12 de mayo de 2009.

56 Decreto 2009-770, de 23 de junio de 2009. Borvo Cohen-Seat N., Détraigne Y. (2012), *La réforme de la carte judiciaire: une occasion manquée*, Senat, 662, report.

57 Piana D. (2010), *Judicial Accountabilities in New Europe*, Ashgate, London. Fleck Z. (2012), *Judicial independence in Hungary*, en Seibert-Fohr A., cit., pp. 793-833. Dallara C. (2014), *Democracy and Judicial Reforms in South-East Europe. Between the EU and the Legacies of the Past*, Springer International, Heidelberg.

58 Bunce V., Csanádi M. (1993), *Uncertainty in the Transition. Post-Communism in Hungary*, "East European Politics and Society", 7, 2, pp. 240-275.

59 Ley XX 1949, modificada por la Ley XXXI 1989.

60 Ley LXVI, Ley LXVII y Ley LXVIII 1997.

61 Pederzoli P., Piana D. (2010), *The governance of the judicial systems in Europe*, en R. Coman, Dallara C. (eds.), *Handbook on Judicial Politics*, Institutul European, Iasi, pp. 89-121.

62 Bobek M. (2007), *Iudex Ex Machina: Institutional and Mental Transitions of Central and Eastern European Judiciaries*, en R. Coman, J. M., De Waele (eds.), *Judicial Reforms in Central and Eastern European Countries*, Vanden Broele, Brugge, pp. 107-134.

63 Curia, *History and Judicial Reform* [<http://www.lb.hu>]. OECD (2000), *Regulatory reform in Hungary*, report [<https://www.oecd.org>].

64 Ley Fundamental de Hungría, promulgada el 25 de abril de 2011.

65 Ley CLXI y Ley CLXII 2011.

66 Con al menos cinco años de experiencia en la magistratura.

se atribuyen una pluralidad de tareas⁶⁷, entre las que destacan: proponer al Presidente de la República los nombramientos y ceses de los jueces, gestionar el presupuesto, valorar el desempeño de las oficinas, nombrar a los titulares de los puestos directivos, redefinir el reparto de los asuntos y acordar los traslados de los magistrados. En cambio, el NJC es un órgano independiente, compuesto únicamente por miembros de procedencia judicial, que desarrolla funciones de supervisión y control, en primer lugar sobre la actividad del Presidente de la NOJ.

Estas modificaciones han sido criticadas desde diversos sectores⁶⁸. En particular, la Comisión de Venecia ha aprobado algunos informes sobre la nueva Constitución⁶⁹ y las reformas vinculadas a ésta⁷⁰ señalando el riesgo de derivas antidemocráticas, dada la ausencia de normas de garantía de la independencia y la concentración de poderes en las manos del Presidente de la NOJ.

El sistema judicial húngaro también se distingue por un bajo nivel de independencia de los jueces individuales. Esta característica, ya evidenciada con anterioridad, se ha acentuado posteriormente por las últimas reformas de 2011. Los magistrados están sujetos a un largo período de prueba y solo adquieren el derecho a la inamovilidad tras 3 ó 5 años de carrera⁷¹. Los directivos de las oficinas tienen amplios poderes, sobre todo en lo que respecta al reparto de los asuntos⁷² y la valoración del desempeño de los integrantes de las oficinas.

En su conjunto, las grandes transformaciones que han afectado en los últimos años a la administración judicial húngara han contemplado un único protagonista: el ejecutivo⁷³. Los gobiernos liderados por el primer ministro Orbán han promovido y realizado las reformas constitucionales que, junto con todas las demás intervenciones sobre el estatuto de los jueces, han comportando, entre otras medidas, un significativo recorte de las retribuciones⁷⁴ y la rebaja de la edad de jubilación de 70 a 62 años, con la jubilación inmediata de 274 magistrados⁷⁵, cerca del 10% de los jueces húngaros, incluyendo el 20% de los magistrados del tribunal supremo⁷⁶.

3.4. Suecia

A diferencia de los casos de Italia, Francia y Hungría, el sistema sueco se caracteriza por una gran estabilidad. Desde los años 70 en adelante Suecia ha introducido un número limitado de reformas⁷⁷, especialmente en términos comparativos.

67 Además de cincuenta competencias exclusivas.

68 A.A.V.V. (2011), *The case of the Hungarian Government with the Venice Commission*, report. IBAHRI (2012), *Courting Controversy: the Impact of the Recent Reforms on the Independence of the Judiciary and the Rule of Law in Hungary*, report.

69 *Opinion 621-2011*, aprobada en el curso de la sesión plenaria de 17-18 de junio de 2011.

70 *Opinion 663-2012*, aprobada en el curso de la sesión plenaria de 16-17 de marzo de 2012.

71 CEPEJ (2012), *Evaluation Report on European Judicial Systems*, report, p. 274.

72 Fleck Z. (2012), cit., p. 812.

73 En contraste con el período inmediatamente posterior a la transición. Orkeny A., Scheppele K. L. (1999), *Rules of law: the complexity of legality in Hungary*, en M. Krygier, A. Czarnota (eds.), *The rule of law after communism: problems and prospects in east-central Europe*, Ashgate, Dartmouth, pp. 55-76. Piana D., Dallara C. (2015), *Networking the rule of law. How change agents reshape the judicial governance in the EU*, Ashgate, Farnham, pp. 73-74.

74 CEPEJ (2012), cit., p. 264-265.

75 European Commission (2013), *European Commission closes infringement procedure on forced retirement of Hungarian judges*, press release, Brussels, 20.11.2013.

76 CEPEJ (2012), cit., p. 144. Scheppele K. L. (2014), *Making infringement procedures more effective: a comment on Commission v. Hungary*, "Verfassungsblog" [verfassungsblog.de].

77 Nergelius J., Zimmermann D. (2012), *Judicial independence in Sweden*, en Seibert-Fohr A., cit., pp. 185-229. Bell J. (2006), cit.

En general, el ordenamiento político sueco no se funda en el principio de la rígida separación de poderes, tal como es conocido en otros sistemas de tradición diversa⁷⁸. De hecho, Suecia no tiene un órgano de autogobierno de la magistratura, sino una autoridad administrativa que se ocupa de proporcionar servicios a las oficinas judiciales: la Administración Nacional de Tribunales Sueca (*Swedish National Courts Administration*, SNCA). Esta particular estructura —que, según algunos autores, forma parte del modelo europeo septentrional de Consejos de Justicia⁷⁹— aunque es formalmente independiente del ejecutivo, está ligada por un doble vínculo al Ministerio de Justicia, que define su actividad. La SNCA es una organización “paraguas”, que hace de intermediaria entre el Ministerio y las oficinas en el territorio y se ocupa de todos los aspectos conexos con la administración de justicia: gestión del personal, reparto del presupuesto, supervisión, adecuación de las infraestructuras, utilización y desarrollo de las tecnologías de la información, etc. En los últimos años el órgano ha aumentado sus funciones, sobre todo en materia de formación y actualización profesional, como demuestra la reciente creación de la Academia de Formación Judicial de los Tribunales de Suecia (*Courts of Sweden Judicial Training Academy*)⁸⁰.

Incluso con sus peculiaridades, la magistratura sueca resulta escasamente independiente de los otros poderes, hasta el punto de que los propios magistrados auspician la adopción de un modelo similar al danés, tal como fue reformado en 1999⁸¹. Además, los jueces individuales suecos son menos independientes que sus colegas de algunos países europeos, bien por las competencias de la SNCA en materia de gestión de los recursos humanos, o por las atribuciones de los directivos de las oficinas. De hecho, los presidentes de los tribunales son responsables de la gestión del presupuesto del tribunal, el cual comprende también las retribuciones de los jueces⁸², y pueden redefinir el reparto de los asuntos en virtud de las exigencias organizativas, como el riesgo de acumulación de retraso⁸³. Los directivos también desempeñan un papel fundamental en la valoración de los jueces: en Suecia no existen procedimientos formales y estandarizados —como sucede, en cambio, en Francia, por ejemplo— y los directivos de las oficinas tienen en cuenta una serie de criterios, entre ellos: la capacidad de colaborar, la disponibilidad para asumir responsabilidades, la calidad del servicio y la capacidad de adaptarse a los cambios⁸⁴.

3.5. Países Bajos

A diferencia de Suecia, el sistema judicial de los Países Bajos ha cambiado profundamente en los últimos quince años, como consecuencia de una serie de reformas puestas en marcha a partir del inicio de 2000⁸⁵. Los orígenes de estas transformaciones

78 Bell J. (2006), cit.

79 Voermans W.J.M. (2003), *Councils for the Judiciary in Europe: Trends and Models*, en F. R. Segado F.R. (ed.), *The Spanish constitution in the European Constitutional context*, Dykinson, Madrid, pp. 2133-2144. Volpi M. (2009), cit. Nergelius J., Zimmermann D. (2012), cit., p. 191.

80 CCJE (2012), *Questionnaire for the preparation of the CCJE Opinion No. 16. Reply from Sweden on the relationship between judges and lawyers and the concrete means to improve the efficiency and quality of judicial proceedings*, report.

81 Tomando como ejemplo el denominado *Domstolsstyrelsen*. Bell J. (2006), cit., p. 243.

82 ENCJ (2007), *Final report. ENCJ working group on courts Funding and Accountability 2006-2007*, report, pp. 13-18.

83 ENCJ (2014-b), *Minimum Judicial Standards IV. Allocation of cases 2013-2014*, report, pp. 20-21, 50, 101.

84 ENCJ (2013-b), cit., pp. 44-45.

85 Langbroek P. (2010), *Organization development of the Dutch Judiciary, between accountability and judicial independence*, “International Journal for Court Administration”, 2, pp. 21-30. Lange R. (2012), *Judicial independence in the Netherlands*, en Seibert-Fohr A., cit., pp. 231-272.

se encuentran en dos intervenciones normativas: por un lado, la Ley de Organización del Poder Judicial (*Judiciary Organization Act*) y, por otro, la Ley del Consejo Judicial (*Council for the Judiciary Act*), ambas en vigor a partir del 1 de enero de 2002⁸⁶.

En primer lugar fue instituido un Consejo de Justicia: el *Raad voor de rechtspraak* (Rvdr), una estructura flexible compuesta por entre tres y cinco miembros, a la que se atribuyen diversas funciones entre las que destacan, en particular, proporcionar informes al Parlamento y al Gobierno, promover la ética judicial, favorecer la calidad de la justicia y la aplicación uniforme de la ley. El Rvdr también interviene en el procedimiento de nombramiento de los magistrados, que tiene lugar formalmente mediante un real decreto basado en la valoración de una comisión de selección independiente y de la estructura interna de dirección de la oficina judicial en la que se registra la vacante en plantilla (*court board*)⁸⁷.

En segundo lugar, se ha introducido un sistema de gestión de la calidad (*RechtspraakQ*), que incide sobre el presupuesto de cada tribunal creando un mecanismo premial a favor de las oficinas capaces de alcanzar los objetivos prefijados en términos de eficacia y eficiencia del servicio. Este instrumento se basa en una serie de indicadores para medir la carga de trabajo de los tribunales, que toman en consideración el tiempo estimado para resolver las diversas tipologías de asuntos (*Lamicie*)⁸⁸. Cada tribunal de justicia elabora un proyecto de presupuesto (*production plan*), que es discutido con el Consejo de Justicia, el cual, a su vez, negocia con el Ministerio la dotación de los recursos necesarios, en relación con las estrategias de política judicial definidas por el ejecutivo. Este sistema atribuye responsabilidad a los diversos niveles de decisión, en una óptica orientada a la consecución de resultados y, al propio tiempo, garantiza la independencia de la magistratura.

En tercer lugar, se han puesto en marcha una serie de intervenciones adicionales, entre ellas: la reordenación global del mapa judicial, la revisión de ordenación organizativa interna de las oficinas, la creación de una escuela de formación (*National Training Institute for Judges*), la simplificación de los procedimientos y la digitalización de los expedientes procesales.

Este “periodo” de reformas se ha prolongado durante varias legislaturas: pese a la alternancia política, la circunstancia de que se compartiera una agenda común ha permitido la puesta en práctica de todas las medidas inicialmente previstas. La magistratura holandesa ha sido parte activa en este proceso: a diferencia del caso húngaro ha incrementado su propio nivel de independencia, pero también, contextualmente, su propia *accountability* o disponibilidad y capacidad de “rendir cuentas”, en relación con las normas jurídicas o los principios de eficacia y eficiencia⁸⁹.

Los jueces holandeses disfrutaban de amplias garantías de independencia, hasta al punto de que la Constitución habla expresamente de “nombramiento vitalicio”⁹⁰, pero están llamados a responder de su actuación, incluso en términos de calidad del servicio.

86 Staatsblad 581-582, 6 de diciembre de 2001.

87 ENCJ (2011), *Development of minimum judicial standards. Questionnaire report 2010-2011*, report. Lange R. (2012), cit.

88 Ng G. Y. (2007), *Quality of judicial organisation and checks and balances*, Intersentia, Antwerp. Mak E. (2008), *The European Judicial Organisation in a New Paradigm: The Influence of Principles of ‘New Public Management’ on the Organisation of the European Courts*, “European Law Journal”, 14, 6, pp. 718-734. Contini F., Carnevali D. (2010), *The quality of justice: from conflicts to politics*, en R. Coman, Dallara C. (eds.), cit., pp. 157-194. ONODC (2011), *Resource Guide on strengthening judicial integrity and capacity*, report. Mohr R., Contini F. (2014), *Conflicts and Commonalities* en Judicial Evaluation, “Oñati Socio-legal Series”, 4, 5, pp. 843-862.

89 Piana D. (2016), cit.

90 Art. 117 de la Constitución de los Países Bajos.

A tales efectos, los directivos de las oficinas tienen competencia exclusiva en materia de valoración del desempeño de los magistrados, esto es, de verificar la consecución de los objetivos acordados anualmente, y son responsables de iniciar eventuales acciones disciplinarias⁹¹.

4. CUANDO LAS DIFERENCIAS SON LA REGLA

El apartado precedente se ha dedicado a presentar las características distintivas y las transformaciones recientes de los sistemas judiciales de cinco países, representativos de las diversas regiones geográficas o de los diversos “modelos de justicia” existentes en Europa.

La primera conclusión de esta panorámica es la gran variedad de soluciones adoptadas para, de una parte, asegurar el funcionamiento y la gestión de los aparatos judiciales y, de otra, garantizar la independencia de la magistratura y de los jueces individuales. De hecho, las diferencias no son una excepción, sino, más bien, una “regla”. Por esta razón resulta difícil identificar rasgos comunes entre los diversos sistemas. Además, las opciones tomadas en los diversos países deben ser contextualizadas en las realidades en las que han sido adoptadas, o en el marco de los mecanismos de “frenos y contrapesos” (*check and balance*) que caracterizan a cada ordenamiento político.

Lejos de querer extender las clasificaciones, resulta oportuno destacar que la independencia de la magistratura y de los jueces individuales sólo es tutelada plenamente en algunos países europeos. A este respecto es emblemático el caso de Hungría, donde, en el curso de unos pocos años, han sido abolidas muchas garantías constitucionales de las que disfrutaban los jueces húngaros. El valor de la independencia de la magistratura parece estar de nuevo en discusión, por el impulso de múltiples factores, entre ellos, en particular, la crisis de los mercados financieros, la difusión de las políticas de reducción del gasto público y el resurgimiento de los populismos. A la luz de todo ello resulta necesario tomar en consideración los nuevos escenarios y los cambios que se están llevando a cabo, esto es, leer el movimiento de los sistemas judiciales. El siguiente cuadro (Tab. 12) recoge las principales transformaciones que han afectado a los cinco países analizados en este trabajo, individualizando las instituciones que, principalmente, han favorecido el cambio.

	TRASFORMACIONES	PROMOTORES DEL CAMBIO
ITALIA	Proyectos de innovación y mejora a nivel local. Intensificación de algunos vínculos entre el centro y las periferias del sistema	Oficinas judiciales Ministerio de Justicia
FRANCIA	Políticas para la reducción de los costes y el aumento de la eficiencia	Ministerio de Justicia

91 ENCJ (2013-b), cit. CEPEJ (2014), *European judicial systems. Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice*, report, pp. 354-355.

HUNGRÍA	Reforma global del marco constitucional Intervenciones sobre el estatuto y las retribuciones de los jueces	Ejecutivo
SUECIA	Limitadas Expansión del papel de la SNCA (formación)	Ejecutivo-SNCA
PAÍSES BAJOS	Institución de un Consejo de Justicia Introducción de un sistema de gestión de la calidad Otras reformas sistemáticas	Gran coparticipación Implicación directa de la magistratura holandesa

Tab. 12: Cuadro de síntesis

Frente a algunos países, como Suecia, que han permanecido tendencialmente estables, hay otros como, en particular, los Países Bajos y Hungría que han experimentado cambios profundos como consecuencia de una reforma global, incluso del marco constitucional. Estas transformaciones se han llevado a cabo a velocidades diversas y, sobre todo, han sido promovidas por diversos “actores” protagonistas: si el motor de la reforma en Hungría ha sido el ejecutivo, en los Países Bajos el itinerario del cambio ha sido compartido en gran medida, incluso mediante la implicación directa de la magistratura holandesa. En general, como demuestra de forma ejemplar el caso italiano, los ministerios de justicia de algunos países están intentando retomar el control de la agenda institucional. El resultado de estas dinámicas resulta aún extremadamente incierto, pero es interesante apuntar como los CSM de Italia y Francia, que durante años han representado un modelo de referencia para otros países europeos y extra-europeos, no han conseguido resolver las ambigüedades de sus papeles y están, de hecho, perdiendo su posición central. La crisis de estas instituciones sirve de contrapeso a la expansión de nuevos órganos de autogobierno, como el holandés, que abandonan la naturaleza asamblearia y adoptan una estructura extremadamente flexible orientada a favorecer la calidad de la justicia y la aplicación uniforme de la ley. Todo ello se enmarca en un proceso difuso de progresiva asunción de responsabilidad por los aparatos de justicia a nivel central o periférico. En particular, las oficinas judiciales en el territorio son llamadas a “rendir cuentas” de su propio desempeño en relación con la consecución de los objetivos de eficacia y eficiencia, incluso en materia de gestión de los recursos humanos, instrumentales y económicos. Por esta razón, en muchos países se han incrementado las competencias de los directivos de las oficinas, cada vez más responsables del buen funcionamiento de los tribunales de justicia.

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Este trabajo ha realizado una comparación del funcionamiento y la gestión de los aparatos judiciales de varios países europeos. En función de los objetivos del texto, resulta oportuno esbozar algunas consideraciones conclusivas para estimular al lector a reflexionar sobre las posibles transformaciones de los sistemas judiciales europeos.

En primer lugar, la experiencia de diversos Estados europeos evidencia la necesidad de equilibrar la independencia con la rendición de cuentas (*accountability*) de la magistratura. De hecho, la independencia no puede constituir un valor fin en sí mismo. Como

demuestra el caso húngaro, una magistratura poco responsable se aleja de la sociedad y acaba por poner en riesgo su propia independencia. En un sentido opuesto, el caso holandés permite apreciar los resultados de un proceso de cambio compartido, basado también en la disponibilidad de los magistrados para “rendir cuentas” de su propia actuación.

En segundo lugar, para comprender las lógicas de actuación de la administración judicial es necesario pasar del estudio del *government*, entendido como la estructura normativa e institucional que preside la relación entre los poderes del Estado, a la dimensión de la *governance*, esto es, el conjunto de complejas interacciones de naturaleza diversa que desbordan los límites institucionales para definir el modo en que se “imparte justicia” al ciudadano. Hablar de “sistema de justicia” significa ampliar el foco más allá de los aparatos judiciales para situarlos en el contexto social, político y económico en el que operan, es decir, tomar en consideración el funcionamiento concreto de los tribunales, pero también la incidencia de las variables no estructurales, de las relaciones entre el centro y la periferia, del papel ejercido por los diversos actores de las políticas (*policy*), y de las múltiples interconexiones entre los tribunales y la sociedad civil.

En definitiva, como algo vinculado al punto precedente, se advierte la necesidad de abandonar una visión centrada en la “máquina estatal” y sus articulaciones, para volver a situar al ciudadano en el centro del “sistema de justicia”. La búsqueda de soluciones para mejorar la eficiencia de la administración judicial debería verse precedida por una amplia reflexión sobre las necesidades y las exigencias reales de los ciudadanos, sobre todo en lo referido a la tutela de los derechos. Cualquier intervención de reforma debería interrogarse sobre el origen de los conflictos que, en última instancia, deben ser resueltos en las salas de vistas de los tribunales, y también sobre las raíces de la legitimidad misma del sistema. Todo ello pasa por la implicación directa de los ciudadanos, las asociaciones, los profesionales, los investigadores, los expertos del sector y otros operadores de la justicia.

¿INDEPENDENCIA JUDICIAL POR FUERA DE LA LEY? COMENTARIOS A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE PREVARICACIÓN JUDICIAL EN COLOMBIA*

Juan Carlos ÁLVAREZ ÁLVAREZ
Santiago RAMÍREZ ARAMILLO

INTRODUCCIÓN

La inquietud por averiguar la relación que puede existir entre el delito de prevaricato e independencia judicial surge a partir de la lectura de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana –CSJ– y de una aclaración de voto contenida en una decisión posterior de la misma corporación, ambas relacionadas con el mencionado delito. En la sentencia del 23 de octubre de 2014¹, la CSJ resolvió el recurso de apelación presentado por la defensa del procesado en contra de la decisión que en primera instancia había declarado penalmente responsable por el delito de prevaricato por acción a un juez penal.

Debido a que uno de los argumentos planteados en el recurso de apelación hacía referencia a la intangibilidad e inviolabilidad de las decisiones judiciales, la Corte consideró que para resolver el caso concreto era pertinente examinar los fundamentos de la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales de los órganos de cierre, como presupuesto para fijar los criterios para la imputación de responsabilidad penal por el delito de prevaricato por acción, no solo de los magistrados de los órganos de cierre –esto es magistrados de los altos tribunales de la justicia colombiana– sino también de los demás servidores públicos con funciones jurisdiccionales.

Las conclusiones a las que llega la Corte en la sentencia mencionada conllevan una reinterpretación del delito de prevaricato por acción, según la cual, a efectos de determinar responsabilidad penal por prevaricato por acción de servidores públicos que ejerzan funciones jurisdiccionales, es menester que se compruebe que la actuación del juez o fiscal hubiese sido motivada por razones de corrupción. Es decir, la CSJ incorpora al delito de prevaricato por acción un elemento subjetivo adicional al dolo, cuya comprobación sería indispensable para la configuración de la tipicidad, sobre la base de que de esta manera se asegura la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales y por tanto, la independencia judicial.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación: “Las garantías penales como límite y guía en la solución de problemas penales complejos” (DER2013-47511-R), que se desarrolla entre la Universidad EAFIT (Colombia) y la Universidad de León (España), bajo la dirección del profesor Miguel Díaz y García-Conlledo. Este artículo fue presentado en el IX Congreso Internacional de Criminología y Derecho Penal & IV Congreso Internacional de Derecho, organizado por la Fundación Estudios interdisciplinarios Instituto Colombiano de Criminología y Derecho Penal y la Universidad Libre de Cali.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14499-2014 (radicado 39538) del 23 de octubre de 2014, MP. Eugenio Fernández Carlier.

1. LA TESIS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En la citada sentencia de octubre de 2014, la CSJ citó algunas normas del derecho comparado, del derecho interno y también la jurisprudencia de la Corte Constitucional a fin de explicar los fundamentos y mecanismos jurídicos que fundamentan y permiten asegurar la independencia judicial.

Del derecho comparado se refirió a la protección de la que gozan las decisiones de los órganos de cierre del sistema jurídico en países como España, Italia, México y Venezuela y para ello citó las normas en las que se prohíbe el juzgamiento de los magistrados por los votos y opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Mencionó también el artículo 15 numeral 2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativo a inmunidades y privilegios, en el que se establece que a los jueces de esta corte no se les podrá exigir “*en ningún tiempo responsabilidad por votos y opiniones emitidos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones.*”

Del derecho colombiano destacó que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política, los poderes ejecutivo y legislativo son independientes y autónomos. Así mismo, invocó el artículo 230 ibídem, que establece que “*los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley*” y el artículo 5 de la Ley 270 de 1996 –Ley estatutaria de la Administración de Justicia– que consagra el principio de la independencia y autonomía de la Rama Judicial, para subrayar con todo lo anterior, que el ordenamiento jurídico constitucional proscribió todo tipo de interferencia –interna y externa– en la actividad y las providencias judiciales.²

Explicó también la CSJ, que la intangibilidad de las decisiones judiciales no corresponde a una prerrogativa personal “sino institucional en favor de la administración de justicia y del equilibrio y separación de poderes” que se erige además como “una garantía derivada de la aplicación de los principios de seguridad jurídica, confianza en las decisiones judiciales, cosa juzgada y autonomía e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.”

Según la CSJ, la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, se caracteriza porque: “i) cubre exclusivamente las decisiones judiciales emitidas en ejercicio de la función. Solamente se vincula con juicios, opiniones o criterios que se asuman en ejercicio de administrar justicia respecto de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos, no ampara responsabilidades diferentes, ii) no constituye inmunidad para la impunidad por actos delincuenciales cometidos en las condiciones explicadas, iii) no excluye los controles por mecanismos jurídicos y judiciales establecidos (acciones de revisión o de tutela) y iv) el amparo estará dado **siempre que no obedezcan a un acto comprobado e indiscutible de corrupción**, de ahí que la irresponsabilidad no es total.”³ (Negrillas fuera del original)

A partir de las premisas anteriores, la Corte concluye que la decisión de cualquier servidor público con funciones jurisdiccionales, solo podría generar responsabilidad penal por prevaricato por acción en aquellos casos en los que la misma se oriente a favorecer actos de corrupción. En relación con este punto expresó: “...en lo que concierne a las autoridades que tienen atribuciones jurisdiccionales y que no tienen la condición de órganos de cierre, las reglas señaladas en los acápites anteriores se deben cumplir

² En la misma sentencia la CSJ, resaltó: “La Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 declaró conforme a la Carta Política el artículo 5 de la Ley 270 ídem al garantizar «*la plena independencia y autonomía del juez respecto de las otras ramas del poder público y de sus superiores jerárquicos*».

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14499-2014 (radicado 39538) del 23 de octubre de 2014, MP. Eugenio Fernández Carlier.

a cabalidad, solo que por el deber de acatamiento del precedente jurisprudencial se adiciona para ellos la carga de expresar los argumentos por los cuales se apartan del criterio señalado por las altas Cortes, pero en uno y otro caso *la decisión solamente podrá generar responsabilidad penal si está fundada en razones de corrupción.*” y más adelante insistió en que “las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones **despojadas de ánimo corrupto**, no pueden ser objeto de reproche penal.”⁴

A partir de esta nueva postura de la jurisprudencia de la CSJ surge la pregunta acerca de lo que debe entenderse por corrupción, puesto que si por tal se entiende cualquier motivo distinto al de cumplir la ley, ello no implicaría en realidad ninguna novedad en la interpretación del delito de prevaricato por acción, cometido en el ámbito de la actuación judicial y por tanto, la referencia de la CSJ a que *la decisión solamente podrá generar responsabilidad penal si está fundada en razones de corrupción*, resultaría en la práctica inocua, dado que en un sentido tan amplio, cualquier motivación ajena a la ley podría calificarse de corrupta.

Sin embargo, si se concibe en un sentido estricto, valga decir, con la connotación usual en el lenguaje corriente, los actos de corrupción serían aquellos en los cuales un individuo que tiene en sus manos la posibilidad de decidir sobre un asunto determinado –en el caso del juez la potestad para decidir la causa sometida a su conocimiento– saca ventaja de su posición de privilegio para obtener de la misma un beneficio indebido, entonces el asunto se torna relevante, pues entendido el concepto de corrupción de esa forma, ello implicaría una restricción en la interpretación del delito de prevaricato por acción de la artículo 423 del código penal, cuya justificación resulta problemática por las razones que más adelante se explicarán.

La idea de corrupción en la manera que se acaba de esbozar, es la que se acoge en la aclaración de voto contenida en una sentencia posterior. En efecto, la decisión pronunciada por la CSJ el 25 de noviembre de 2015⁵, fue objeto de aclaración de voto por parte del mismo magistrado que había sido ponente en la sentencia de 2014. En dicha aclaración se afirma que la CSJ replanteó “el análisis del delito de *prevaricato por acción* a partir de una interpretación que se nutre de los valores y principios del texto superior y en virtud del bloque de constitucionalidad”⁶, lo cual implica que en adelante, a efectos de la imputación al tipo subjetivo se torna necesario constatar, ya no solo que el funcionario conocía el carácter manifiestamente contrario a la ley de su decisión y la voluntad de resolver en ese sentido, sino que además deberá probarse que actuación fue determinada por la finalidad de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.⁷

Se dijo en la misma aclaración de voto que esa nueva interpretación del prevaricato encuentra respaldo en el artículo 178A de la Constitución Política –hoy derogado–⁸, en

4 Ibíd (cursivas fuera de texto).

5 Corte Suprema de Justicia, sentencia SP16247 (radicado 46688) del 25 de noviembre de 2015, MP José Luis Barceló Camacho. En esta sentencia se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia y se condenó por el delito de prevaricato por acción a un Fiscal Seccional, por haber realizado una serie de actuaciones manifiestamente contrarias a la ley, en el trámite de un preacuerdo.

6 Véase aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier a la sentencia SP1624 (radicado 46688) del 25 de noviembre de 2015. En otra sentencia, la SP16234 (radicado 45835) del 25 de noviembre de 2015 y también en relación un asunto en el que la CSJ conoció de varios delitos, entre ellos el de prevaricato por acción, se encuentra una aclaración de voto del mismo magistrado en idéntico sentido.

7 Ibíd.

8 Este artículo fue posteriormente declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Véase sentencia C-373 de 2016 MP. Alejandro Linares Cantillo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. El artículo establecía, entre otros aspectos, lo siguiente: “Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación serán responsables por cualquier infracción a la ley disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas. En todo caso, no podrá exigirseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en sus providencias judiciales

el que se establece que no se puede exigir responsabilidad a los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema, Consejo de Estado, Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ni al Fiscal General de la Nación, por los opiniones o votos que emitan en ejercicio de sus funciones, salvo cuando los mismos hayan estado dirigidos a favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.

También afirma el magistrado que aclara el voto que los actos de corrupción a los que se refiere la CSJ, son aquellos dirigidos a la realización de conductas delictivas tales como soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado, malversación o peculado de bienes en el sector privado, blanqueo del producto del delito, encubrimiento, obstrucción de la justicia.

Así las cosas, es claro que la tipicidad del delito de prevaricato por acción de servidores judiciales se restringe en forma considerable, puesto que no cualquier finalidad, por reprochable que parezca, podría considerarse corrupta. Por ejemplo, el funcionario que dolosamente dicta una resolución manifiestamente contraria a la ley para perjudicar a una persona y lo hace solo por motivos de venganza personal, no incurriría según esta interpretación en el delito de prevaricato, pues en principio ese ánimo de venganza no encajaría dentro del “ánimo de corrupción” al que se refiere la sentencia.

Como se verá luego, la introducción de una restricción en la interpretación del tipo penal en los términos indicados, conlleva a una desprotección del bien jurídico que se pretende tutelar con el delito de prevaricato por acción. Pero además, paradójicamente, supone también un menoscabo de la autonomía judicial, entendida como sujeción del juez a la ley.

Para demostrar que la tradicional interpretación del delito de prevaricato por acción no pone en riesgo en modo alguno la independencia judicial, procederemos a delimitar el bien jurídico y los demás elementos del tipo penal de prevaricato por acción y a explicar luego las distintas nociones de independencia judicial y los mecanismos para hacerla efectiva, para finalmente presentar nuestras conclusiones.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS DEL TIPO EN EL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN

2.1. Bien jurídico

El delito de prevaricato por acción, tipificado en el artículo 413, título XV–Delitos contra la administración pública–, del código penal colombiano, establece: “el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.” Los delitos ubicados en el título XV se orientan a proteger el *correcto funcionamiento de la administración pública*, bien jurídico general que se concreta de forma diferente en cada delito. Al afirmar que se protege el correcto funcionamiento de la administración pública, estamos de acuerdo con Olaizola Nogales en que con ello se “está indicando que se protege el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos” y que al analizar cada de-

o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos.” Véase <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/actoslegislativos/ACTO%20LEGISLATIVO%2002%20DEL%2001%20JULIO%20DE%202015.pdf>. (fecha consulta 19 de agosto de 2016).

lito, “se deberá especificar en qué consiste ese servicio prestado por la Administración a los ciudadanos y como se perturba en cada caso concreto.”⁹

El correcto funcionamiento de la administración requiere, entre otras cosas, que la actuación de los servidores públicos se ajuste a la ley, la cual, en el estado democrático de derecho, debe ser emanación de la voluntad popular y por ende del interés general. El tipo penal de prevaricato se orienta precisamente a proteger la *legalidad* en las actuaciones de los servidores públicos, como forma de garantizar el buen funcionamiento de la administración. En efecto, obsérvese que el verbo rector consiste *proferir* una “resolución, concepto o dictamen, manifiestamente *contrario a la ley*”, de lo cual, sin dificultad, se infiere que el acento de la prohibición penal está puesto en la *contrariedad entre la decisión adoptada por el funcionario y la ley*. En otras palabras, la lesividad del comportamiento se fundamenta en que lo decidido por el servidor público no guarda correspondencia con lo que le exige la ley, y por el contrario, la resolución, el dictamen o concepto se aparta ostensiblemente de la misma.

Que la protección penal solo recaiga sobre actuaciones *manifiestamente* contrarias a la ley se explica por el carácter de *ultima ratio* que el derecho penal juega dentro de los mecanismos de protección de bienes jurídicos, que aconseja su intervención solo cuando otros mecanismo de control no resulten suficientes y solo para aquellas conductas que lesionen en forma más grave e intolerable aquellos bienes.

También, y quizás esto es lo principal, porque la ley admite un margen razonable de interpretación dentro del cual el juez puede moverse. Por tanto, la exigencia de que la actuación sea ostensiblemente ilegal se explica precisamente por la necesidad de evitar la criminalización de interpretaciones, que aun siendo diferentes, están dentro de lo que razonablemente es admisible y esta –ahora si– una forma de proteger la independencia judicial.

Revisadas las opiniones de algunos autores colombianos sobre el bien jurídico en el delito de prevaricato por acción encontramos, aunque con algunos matices, que entre éstos existe un relativo consenso en que el bien jurídico protegido en el prevaricato por acción es la legalidad. Así por ejemplo, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau¹⁰; en el mismo sentido Peña Ossa explica que el prevaricato afecta el normal funcionamiento y prestigio de la administración que en este delito se concreta “en el interés general en que la actividad de sus servidores, cuando profieran resoluciones, dictámenes o conceptos, esté sujeta al imperio de la ley.”¹¹

Por su lado Reyes Alvarado, considera que con la incriminación del prevaricato “se pretende sancionar la conducta de los servidores públicos que, a través de sus decisiones, lesionen el interés que la comunidad social tiene en que todos los actos de la administración pública que les afecten, sean expedidos conforme a la normatividad legal. La circunstancia de que con la creación de esta figura delictiva se busque sancionar esa específica forma de ataque al bien jurídico, hace que solamente sean punibles a título de prevaricato aquellos actos que, siendo expedidos por servidores públicos, tengan carácter decisorio.”¹²

9 Olaizola Nogales, Inés, *El delito de Cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp.84-85.

10 Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 3 ed., 2008, p.71.

11 Peña Ossa, Erleans de Jesús, *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2 ed., 2005, p. 233.

12 Reyes Alvarado, Yesid, “Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 3. Bogotá, Legis, 2003, pp. 73-98.

Cabe anotar que algunos autores mencionan como bienes protegidos otros principios o valores tales como la rectitud y la probidad.¹³ Y también la dignidad, el prestigio, el buen proveer, la imparcialidad y la confianza en las decisiones administrativas y judiciales.¹⁴

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de la CSJ, encontramos que en general, esta corporación ha señalado en diversas ocasiones que lo protegido es la legalidad¹⁵, que exige el sometimiento de los servidores públicos a la ley en sus relaciones con los particulares¹⁶, en virtud de la cual los asuntos de conocimiento de sus agentes deben resolverse según la normatividad que los rige. También ha dicho la Corte que el prevaricato lesiona o pone en peligro la administración pública en su específica versión de exigir el respeto de la autoridad a la ley y el derecho¹⁷, la corrección, legalidad y eficiencia en sus relaciones con los administrados.

Como puede apreciarse, es claro, sin perjuicio de los matices, que la doctrina y la jurisprudencia colombianas coinciden en que el bien objeto de protección en el prevaricato es la legalidad en la actuación de aquellos que en nombre del Estado ejercen funciones públicas.¹⁸ La legalidad el bien jurídico protegido en el delito de prevaricato se materializa en la exigencia de que las decisiones y actuaciones de los servidores públicos obedezcan única y exclusivamente a las razones que les dicta la ley.

2.1. Elementos del tipo objetivo

Se trata de un delito especial propio en el cual el sujeto activo debe tener la calidad de servidor público. El artículo 20 del código penal establece quienes son servidores públicos para efectos de la ley penal en los siguientes términos: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.”

Conviene precisar que los jueces y fiscales ostentan la calidad de servidores públicos en tanto que están en la categoría de “empleados” del Estado a que se refiere la norma transcrita. Así mismo, resulta pertinente destacar que en Colombia no existe un delito de prevaricato judicial autónomo y diferenciado del prevaricato cometido en otros ámbitos

13 Molina Arrubla, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Leyer, 4ª ed. , 2003, p.411

14 Sepúlveda, Camilo, “El Prevaricato”, en Castro Cuenca, Carlos (Coord.), *Manual Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II*, Bogotá, Temis, 2011, pp. 352-367.

15 No obstante que en algunos casos ha mencionado otros valores como probidad y rectitud, véase sentencia radicado 41045 del 30 de abril de 2001, Mp. Gustavo Enrique Malo Fernández; o también la eficiencia, rectitud, con atributo a la imparcialidad, véase sentencia radicado 36362 del 3 de agosto de 2011, Mp. Julio Enrique Socha Salamanca.

16 Corte Suprema de Justicia sentencias radicado 35.153 del 31 de agosto de 2013, Mp. Sigifredo Espinosa Pérez.

17 Corte Suprema de Justicia sentencias radicado 32977 del 7 de abril de 2011, Mp. Fernando Alberto Castro Caballero.

18 Al respecto Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo ob. cit. p. 65 afirman: “Debe convenirse, pues, que funcionalmente cuando se habla de Administración Pública se está haciendo referencia al concepto más general de “función pública”. Por tanto, por función pública, según la Corte Constitucional, debe entenderse el mecanismo a través del cual se manifiestan las potestades públicas en el ejercicio de la autoridad inherente al Estado, atribuidas por la ley a los servidores públicos o a los particulares, dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo de la organización política. En fin, pues, con el concepto función pública se pretende abarcar, en sentido amplio, todo lo que “atañe al Estado”

de la actividad de la administración pública, a diferencia a lo que ocurre países como España que su código penal tipifica en forma autónoma una modalidad de prevaricato judicial.¹⁹

El verbo rector es *proferir*, que consiste en emitir, dictar, decidir, resolver o pronunciarse sobre un asunto sometido a su conocimiento.²⁰ Estamos de acuerdo con Reyes Alvarado en el sentido de que una adecuada interpretación del delito implica entender que solo son punibles a título de prevaricato los actos manifiestamente ilegales que se *profieran* siempre que estos tengan carácter decisorio y por tanto se excluyen los asuntos de trámite, informes, consultas, entre otros.

Los elementos normativos *resolución, dictamen o concepto*, son las formas mediante las cuales el servidor público materializa su decisión o emite opinión técnica o jurídica en relación con un asunto del cual conoce en razón de sus funciones.²¹ Los jueces por ejemplo, lo hacen mediante autos y sentencias y los fiscales por medio de resoluciones, los auxiliares de la justicia emiten sus opiniones técnicas a través de dictámenes y otros servidores públicos, por ejemplo, los agentes del Ministerio Público, dentro de las actuaciones judiciales emiten conceptos.

En cuanto al otro elemento valorativo perteneciente al tipo objetivo, esto es, la exigencia legal de que la decisión sea *manifiestamente contraria a la ley*, se ha entendido en forma pacífica en la jurisprudencia y la doctrina colombianas, que debe tratarse de una contrariedad, evidente, protuberante, palmaria y por tanto, advertible a partir de la simple comparación entre lo resuelto por el funcionario y lo expresado en la ley, sin necesidad de intrincadas elucubraciones. Esto implica que las decisiones que estén dentro de un margen razonable de interpretación no tipificarán, en ningún caso, el prevaricato²².

2.2. El tipo subjetivo: el dolo

Acreditados los elementos objetivos del tipo, debe analizarse el aspecto subjetivo, esto es, el dolo, cuyo contenido en el delito de prevaricato por acción consiste en que el servidor público tenga *conocimiento* de que está profiriendo una resolución o emitiendo un concepto o dictamen y que lo plasmado en éstos es manifiestamente contrario a la ley y tiene la *voluntad* de actuar precisamente de esa forma. Cumplidos esos presupuestos, la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país, de tiempo atrás, han mantenido que con ello basta para que se entienda configurado el dolo típico en este delito.

19 Véanse artículos 446 a 449 del código penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) Por el contrario, en aquellas normatividades donde se establece una diferencia entre los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia, la sanción de aquel servidor público que adopta una decisión contraria a la ley, se consigue a través de la creación de dos tipos penales diversos (...) Como esa distinción legal entre los mencionados bienes jurídicos suele tener como fundamento la mayor importancia de la administración de justicia sobre la administración pública, dadas las implicaciones que para la comunidad social se derivan de las decisiones emanadas del aparato judicial, el delito de prevaricato recibe una sanción superior cuando es cometido por el funcionario judicial frente a la que resulta aplicable cuando el sujeto activo es un servidor público en desarrollo de actividades meramente administrativas.

20 Para un análisis más detallado del delito de prevaricato en la doctrina, con remisiones a la jurisprudencia de la CSJ, Molina Arrubla, Carlos Mario, Delitos contra la administración pública, cit.; Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo Delitos contra la administración pública, cit; Peña Ossa, Erleans, Delitos contra la administración pública, cit.

21 Véase Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 46688 del 25 de noviembre de 2015S, cit. Más ampliamente, sobre el significado de resolución, dictamen y concepto puede verse en Molina Arrubla, *Delitos contra la administración*, cit. pp.41-423 y Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Delitos contra la Administración, cit. pp. 470-477.

22 Corte Suprema de Justicia, sentencia radicado 39538 del 23 de octubre de 2014, sobre el mismo tema puede verse también, las sentencias de la misma corporación radicados 25627 del 13 de julio de 2006 y 40940 del 19 de junio de 2013.

Cabe resaltar que el prevaricato solo admite esta modalidad de imputación subjetiva debido a que no está expresamente tipificada la modalidad culposa²³, y ello lo expresa claramente la CSJ al afirmar “la emisión de una providencia *«manifiestamente contraria a la ley»* solamente es compatible con un conocimiento y voluntad intencionada en el caso concreto de decidir de manera contraria al ordenamiento jurídico.”²⁴

Pues bien, ese contenido que se la ha dado tradicionalmente al dolo típico de prevaricato, en realidad no sufre modificación alguna a partir de la nueva interpretación que surge de la comentada sentencia de la CSJ. Lo que sucede es que se ha agregado un elemento subjetivo adicional que debe también concurrir para que se pueda imputar, desde el punto de vista subjetivo, responsabilidad penal al servidor público judicial. Ese elemento subjetivo especial es el ánimo o móvil corrupto establecido por la CSJ como condición para que se tipifique el prevaricato por acción.

2.3. Recapitulación y conclusión

Delimitado el bien jurídico y los elementos del delito en la forma indicada, conviene preguntar cuales son los requisitos que debe reunir la conducta del sujeto activo para que sea idónea y suficiente para lesionar la legalidad como bien jurídico protegido por el prevaricato. Consideramos que son dos: uno de carácter objetivo (externo), según el cual es menester que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley; y otro de carácter subjetivo (interno) consistente en el dolo, es decir, el conocimiento de que la actuación es manifiestamente ilegal y la *voluntad* de proferirla.

Cumplidas los requisitos anteriores, estas son a nuestro modo de ver, suficientes para que se pueda afirmar que la conducta tiene idoneidad para lesionar el bien jurídico, sin que sea necesario ningún otro requisito adicional de carácter subjetivo. Ello por cuanto el correcto funcionamiento de la administración se verá afectado en tanto que la resolución, dictamen o concepto proferido dolosamente por el servidor público, sea manifiestamente ilegal y por tanto capaz de afectar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, a cuyo servicio debe estar la administración pública. Ello es suficiente para lesionar el bien jurídico y por tanto los móviles adicionales (odio, venganza, corrupción etc.) que pudieran haber determinado al sujeto a emitir la decisión manifiestamente ilegal no inciden para nada en la valoración relativa a la legalidad o ilegalidad de la decisión. En otras palabras, lo ilegal de la decisión no depende de los motivos que el sujeto haya tenido para apartarse de la ley.

En decisiones anteriores a la que ahora se comenta, la CSJ había señalado expresamente que la configuración del delito de prevaricato no dependía de un elemento subjetivo adicional distinto al dolo. En palabras de la Corte: “...aún tratándose de una prevaricación con un fin jurídicamente irrelevante o incluso noble, el delito no desaparece. Contrario a lo que sucedía en el Código de 1936, no se requiere actualmente de ingredientes adicionales en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, por ejemplo simpatía o animadversión hacia una de las partes. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así”.²⁵

23 Ello en virtud del sistema de *numerus clausus* que rige en Colombia, la culpa o la preterintención solo pueden ser atribuidos en los casos en los delitos en los que estas modalidades de imputación subjetiva estén expresamente previstas en la ley, según dispuesto en el artículo 21 del código penal.

24 Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP14499-2014, *cit.*

25 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 34.112 del 31 de mayo de 2011, Mp. Julio Enrique Socha Salamanca. Ver además, entre otras, sentencia, radicado 21543 Mp. Mauro Solarte Portilla, del 15 de septiembre de 2004. Punto de vista contenido también en la sentencia radicado 37205 del Mp Alfredo Gómez Quintero.

3. INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LEGALIDAD

Establecido que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricato es la legalidad y considerando que la independencia judicial supone, entre otras cosas, que el juez solo esté sometido a la ley, cabe preguntar: ¿Se compromete la independencia judicial con la incriminación por prevaricato a los jueces que profieran resoluciones manifiestamente ilegales? La respuesta a esta pregunta presupone ocuparnos previamente de delimitar el concepto de independencia judicial del cual partimos y de ello pasamos a ocuparnos.

3.1. La noción de independencia judicial

Son muchos los significados y alcances que se le han dado a la noción de independencia judicial. Linares²⁶, por ejemplo, pone de presente que la doctrina discute el marco de referencia de la independencia judicial, sin que se haya llegado a un acuerdo sobre la cuestión. Al respecto, afirma que algunos distinguen entre imparcialidad e independencia, entre independencia y autonomía. Otros diferencian independencia externa e interna, formal y material, sustantiva y estructural, insularidad y neutralidad; dice también, desde otra óptica, que se suele clasificar la independencia como función o como garantía y finalmente, que hay quienes enfatizan dimensiones o aspectos negativos y positivos de la independencia.²⁷

El mismo autor precisa que a veces se utilizan nombres distintos para designar el mismo concepto y cita como ejemplos: “(...) independencia como garantía, insularidad, independencia estructural, independencia formal o autonomía funcional para referirse al conjunto de garantías institucionales que impiden, en mayor o menor grado, las injerencias indebidas en la actuación judicial.”²⁸ Señala que también ocurre lo contrario, esto es, con un mismo nombre se alude a cosas distintas, por ejemplo, cuando se menciona la imparcialidad para aludir a una vertiente o forma de independencia, en tanto que otros la consideran como una noción separada de esta.²⁹

A continuación nos detendremos a explicar algunas de estas nociones, a partir de las ideas expuestas por Ferrajoli³⁰, Andrés Ibáñez³¹, Fiss³² y Aguiló Regla³³, quienes se refieren a ellas con distintos nombres y les atribuyen en muchos casos significados y ámbitos de aplicación diferentes, que son en últimas las distintas caras de una misma moneda.

26 Linares, Sebastián, “La independencia judicial: conceptualización y medición”, en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Burgos S, Germán (Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1 Edición, ILSA, Bogotá, 2003, p.107-166. <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-02-04.pdf> (consultado el 5 octubre de 2016)

27 Ibid p. 108

28 Ibid. p.108

29 Ibid. p.108

30 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.

31 Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional.*, Madrid, Editorial Trotta, 2015

32 Fiss, Owen M, “El grado adecuado de independencia”, en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Burgos S, Germán (Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1 Edición, ILSA, Bogotá, 2003, pp.45-64

33 Aguiló Regla, Josep, “De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica” en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Burgos S, Germán (Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1 Edición, ILSA, Bogotá, 2003, pp-65-78

3.1.1. Independencia entendida como imparcialidad, equidistancia, desvinculación o neutralidad

Desde la perspectiva que en este apartado se comentará, la independencia judicial opera como una garantía procesal³⁴ que se expresa en la ausencia de interés personal del juez en la causa o de inclinación en favor de alguna de las partes. Ello pretende garantizar que al momento del juicio el juez se encuentre en plena libertad para decidir.

La *imparcialidad*, puede ser entendida, según Ferrajoli, como “indiferencia o desinterés personal del juez respecto a los intereses en conflicto”³⁵. Con el propósito de asegurar la imparcialidad, es entonces indispensable que las partes puedan, bajo ciertos presupuestos, recusar al juez.³⁶ La *recusabilidad* del juez se fundamenta en la necesidad de garantizar que si las partes del proceso albergan dudas o temores de que este no será imparcial, puedan disponer de una herramienta que les permita solicitar que el juez sea apartado de la causa. Desde ésta perspectiva, la imparcialidad puede ser vista como una garantía consagrada a favor de las partes.³⁷

En sentido similar, Andrés Ibáñez afirma que el juez no debe ser “parte en los intereses contrapuestos de la causa, de modo que pueda operar frente a estos y sus titulares desde la imprescindible posición de equidistancia, que es presupuesto de la obtención de un conocimiento de calidad y del equilibrio de la decisión”³⁸.

El desinterés, la indiferencia o la equidistancia explicada por los autores mencionados, puede asimilarse también a la idea de neutralidad en tanto que el juez no está ubicado en el terreno de una u otra parte, sino en una zona neutral, desde la cual, con las herramientas y los procedimientos que le ofrece la ley, resuelve el asunto sometido a su conocimiento.

La independencia es un presupuesto o condición de posibilidad de la imparcialidad, ya que esta última tiene su espacio propio de actuación en el enjuiciamiento.³⁹ Y por tratarse de una condición de posibilidad, es precisamente por ello que resulta insuficiente, debido a que es posible que el juez no esté “políticamente condicionado en el ejercicio de su función”⁴⁰, no obstante ello, puede suceder que en el caso concreto, su posición frente a las partes no sea equidistante y por tanto, no estará en condiciones de actuar con independencia en el sentido amplio y fuerte que hemos indicado al comienzo.

Lo que hasta ahora se ha denominado *imparcialidad* es lo mismo que Fiss denomina *desvinculación de las partes*, que significa que el juez no debe estar relacionado de ninguna manera con las partes del litigio, ni bajo su control o influencia.⁴¹ Esta noción es también similar a la formulada por Aguiló Regla, quien define la imparcialidad como una vertiente de la independencia: “(...) la imparcialidad responde al mismo tipo de exigencias pero circunscritas al interior del proceso. Si la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso.”⁴²

34 En este sentido Andrés Ibáñez, Perfecto, *cit.* p.216

35 Ferrajoli, Luigi, *cit.* p.581

36 *Ibid.* p. 581.

37 *Ibid.* pp.581-582

38 Andrés Ibáñez, Perfecto, *cit.* p.139.

39 *Ibid.* p. 216

40 *Ibid.* p. 216

41 Fiss, Owen M, *cit.* p.46

42 Aguiló, Josep, *cit.* p.75

Cabe anotar que la independencia se concibe también como un *deber* del juez⁴³. En este sentido Aguiló Regla⁴⁴ dice que el deber de independencia consiste “en cumplir el derecho (...) independiente e imparcial es, pues, el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra.”⁴⁵

De acuerdo con lo anterior, consideramos que un concepto de independencia amplio implica que en el mismo se tengan en cuenta distintas perspectivas y una de ellas es la imparcialidad. Estamos de acuerdo con que la *imparcialidad* es una vertiente de la independencia que tiene su ámbito de aplicación en el juicio como forma de garantizar que las partes estén en posición de igualdad frente a quien ha de definir los intereses contrapuestos en la causa.

3.1.2. Independencia interna o autonomía individual del juez

Ya hemos enunciado que la independencia desde una perspectiva interna puede ser concebida como *autonomía individual*, la cual tiene que ver con las relaciones entre colegas o con el poder de un juez sobre otro⁴⁶ y por tanto, que el juez no esté sujeto a las directrices de sus colegas, ni aún, pero también sobre todo, de aquellos jueces que ostentan superior jerarquía dentro de la organización judicial.

Fiss advierte que ciertas formas burocráticas de control dentro del mismo poder judicial pueden amenazar la independencia judicial. Al respecto, citando un ejemplo de los Estados Unidos, señala: “...otras formas burocráticas de control, como la instituida en Estados Unidos con de la Ley de Reforma de Consejos Judiciales de 1980, puede amenazar la independencia de un juez o, más específicamente, la exigencia de autonomía frente a un control burocrático. Dicha ley permite a un grupo de jueces, actuando a través de una organización y no mediante los procedimientos normales de apelación, revisar el trabajo de un juez en particular y aplicarle medidas disciplinarias.”⁴⁷

Cabe señalar que la autonomía del juez al interior del poder judicial no se ve afectada por el hecho de que sus decisiones estén sometidas al control de otros jueces, entre otras cosas, porque esa es la forma de hacer efectiva la garantía de la doble instancia, sino porque además las decisiones de los jueces de superior jerarquía que conocen de la apelaciones, deben también obedecer única y exclusivamente a las razones que les dicta el derecho. Sin embargo, algo distinto que sí puede afectar la autonomía, es el poder disciplinario que pudieran tener unos jueces sobre otros, caso en el cual estamos de acuerdo con Fiss, en tanto que en estos casos, las cortes o consejos encargados de disciplinar a los jueces no actúan como jueces sino como administradores.⁴⁸

La noción de autonomía individual expuesta acá, también puede asimilarse a la idea de independencia *interna* o independencia del *juez*, cuyo cometido es la “tutela a la jurisdicción como acto de decir el derecho (...), frente a sí misma, esto es, frente a inmisiones en la actividad decisional que pudieran provenir del interior de su propio campo; y, con ello hace a cada juez o tribunal titular inmediato de la plenitud del poder de decir el derecho en esa instancia.”⁴⁹

43 Ibid. pp. 69-70

44 Ibid. p.70

45 Ibid 79

46 Fiss, Owen M, *cít.*, p.46

47 Ibid. p.46

48 Ibid. p.47

49 Andrés Ibáñez, Perfecto, p. 142

Para Andrés Ibáñez, tanto la independencia interna como la externa pueden ser consideradas en una perspectiva *institucional* o en una perspectiva *funcional*.⁵⁰ La perspectiva institucional está dirigida a “tutelar a la magistratura frente a sí misma, esto es, al juez frente a cualquier modalidad de presión o condicionamiento debidos a la intervención de otros jueces situados en posición de poder político administrativo o de alguna instancia propia de la organización”⁵¹; mientras que en una perspectiva funcional lo que se pretende es “evitar posibles interferencias de unos jueces en la actividad jurisdiccional de otros, en los procesos en curso.”⁵²

La independencia funcional del juez también ha de estar salvaguardada de interferencias provenientes del interior de la judicatura, a fin de asegurar la autonomía del juicio, por cuanto “los fundamentos externos o políticos de la independencia son en definitiva los mismos –verdad y libertad– que legitiman la jurisdicción. Y exigen que la independencia de la función judicial esté asegurada tanto para la magistratura como orden, frente a los poderes *externos* a ella y, en particular, al poder ejecutivo, como al magistrado en calidad de individuo, frente a los poderes o jerarquías *internas* de la propia organización, siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio.”⁵³

La independencia del juez frente a sus pares y en general frente a las eventuales injerencias provenientes del mismo poder judicial constituye el otro elemento que debe integrar la noción de independencia judicial la cual hace parte de lo que podríamos denominar una tríada, a saber, imparcialidad, autonomía e insularidad. Es de esta última de la cual pasamos a ocuparnos.

3.1.3. *Independencia externa, poder judicial como contra-poder, insularidad política del juez*

La independencia desde una perspectiva externa, como ya se ha dicho, supone la separación del poder judicial respecto de los demás poderes públicos, el juez no ha de obedecer a intereses políticos contingentes emanados de los demás poderes públicos o de los grupos de presión social y su vinculación debe ser, única y exclusivamente a la ley. La actuación del juez no debe estar supeditada a razones de conveniencia política, en ese sentido, como veremos más adelante, se habla de la insularidad política del juez.

La idea de que el juez no es parte política equivale a decir que no es, en sentido estricto, “un órgano del estado-aparato, sino que ejerce sus funciones (...) directamente en nombre del pueblo”⁵⁴ De este modo, el poder judicial se configura como un auténtico *contra-poder* desde dos puntos de vista complementarios “como control de la legalidad, es decir, de validez de los actos legislativos tanto como el de los administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del estado.”⁵⁵

50 *Ibíd.* p.142

51 *Ibíd.* p.145

52 *Ibíd.* p.150 Al respecto este autor cita un ejemplo, similar al mencionado por Fiss, en relación con los Estados Unidos. Recuerda Andrés Ibáñez. p. 150: “La experiencia española anterior a la vigente Ley orgánica del Poder Judicial conoció la existencia de un instrumento perverso en ese sentido, hoy abolido: el de la intervención disciplinaria intrajurisdiccional –ya aludida– en la que el *superior*, procesal y *jerárquico*, podía incluir en el fallo de su sentencia una sanción de plano al *inferior*, por la falta de que hubiera tenido conocimiento en la tramitación del recurso, a tenor de lo que resultase de los autos”

53 Ferrajoli, Luigi *cit*, p.584. Agrega que lo mismo hay que decir respecto a la acusación pública, vinculada a su vez, en nuestro modelo garantista, a la legalidad y por tanto a la obligatoriedad de la acción penal y, por ello, no subordinada a poderes o intereses extraños a la administración de justicia”

54 *Ibíd.* p.580

55 *Ibíd.* 580

Es por ello que el juez no está supeditado a intereses políticos o de conveniencia, más o menos contingentes, dice también Ferrajoli, puesto que su misión es averiguar la verdad a través de juicio contradictorio. En esa dirección concluye: “No solo por razones estructurales, sino también por razones funcionales, mientras que la actividad administrativa es discrecional o bien subordinada a directrices superiores, la jurisdiccional carece de dirección política en tanto que vinculada a la ley, no solo formal sino también sustancialmente”. Lo cual le permite concluir: “La *sujeción sólo a la ley*, como premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresa la colocación institucional del juez.”⁵⁶

La jurisdicción concebida como actividad “esencialmente cognoscitiva, no política, no representativa, tampoco de participación”⁵⁷, requiere que el juez esté sujeto solo a la ley, su misión es la de ser garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y ello explica que esté “connotada por una incuestionable dimensión de contrapoder.”⁵⁸

Entendemos nosotros que la independencia externa en la forma ya explicada se asimila a la que se denomina *insularidad política* y que hace referencia a la independencia de la judicatura frente a las instituciones políticas y del público en general.⁵⁹ De acuerdo con lo cual el juez tiene la obligación de decidir lo que según la ley es justo y por lo tanto su decisión no ha de fundamentarse “en la mejor política pública ni el curso de la acción más deseada por el público.”⁶⁰

3.1.4. La tríada imparcialidad, autonomía, insularidad

En síntesis, con lo dicho hasta acá, se completa lo que podríamos denominar la tríada imparcialidad, autonomía e insularidad, a partir de la cual se puede formular un concepto amplio de independencia judicial, al cual subyace una idea común: la independencia implica, por definición, la exclusiva sujeción del juez a la ley. El juez es independiente porque está sometido solo a la ley.

Para terminar de ilustrar mejor este aspecto, resulta útil traer a colación el símil citado por Andrés Ibáñez para caracterizar la independencia judicial, en el sentido de que está compuesta por una serie de cajas chinas “en la que hay una más grande que es la de la independencia externa, luego otra más pequeña, la independencia interna, y una aún más pequeña que es la de la imparcialidad. Todas tienden a la persecución y a la realización del valor que representa el núcleo esencial contenido en las cajas, que es precisamente la libertad del juez en el momento del juicio.”⁶¹

3.2. La respuesta a la pregunta

Ha quedado suficientemente ilustrado que la independencia judicial implica, por definición, la sujeción del juez a la ley y solo a la ley. Que el predicado de juez independiente

56 Ibid. p.579

57 Andrés Ibáñez, Perfecto, cit. p. 140

58 Ibid. p. 140

59 Fiss, Owen M, cit., p. 47. Precisa este autor que esta forma de independencia se “superpone a la desvinculación respecto de las partes siempre que uno de los litigantes ante la Corte sea de otra rama del Estado (por ejemplo el ejecutivo), pero es requerida aun cuando un caso sea entre particulares. Por tanto, debería ser vista como un requisito separado”

60 Ibid. p.47. Advierte Fiss que “la autoridad moral de la judicatura depende no sólo del proceso de diálogo a través del cual los jueces ejercen su poder, cual es escuchar los argumentos y dar justificaciones, sino también de que ellos sean libres de cualquier influencia política. Lo mejor de la insularidad del control político es que los jueces más idóneos están para hacer lo que es justo y no lo que es político.”

61 Andrés Ibáñez, Perfecto, cit., p. 215.

solo cabe de aquel que se sujeta a la ley y que situados en cualquiera de los ángulos de la tríada *imparcialidad, autonomía e insularidad*, puede también admitirse que de lo que se trata es de asegurar, según palabras de Andrés Ibáñez, la independencia *para* la imparcialidad, puesto que en última instancia, lo que busca es asegurar el cumplimiento de la ley, que a la vez es el medio para garantizar la igualdad de los ciudadanos frente a la misma.

De este modo, la defensa de la independencia judicial no parece que pueda plantearse correctamente a partir de la reinterpretación del delito de prevaricato para considerar configurada la tipicidad únicamente en los casos en los que la decisión manifiestamente contraria a la ley hubiese sido motivada por un ánimo de corrupción.

Sin importar los motivos subyacentes, el juez que dolosamente se aparta de la ley no actúa en forma independiente, y con su actuación lesiona al mismo tiempo el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato. En efecto, una actuación *manifiestamente* contraria a la ley, que es lo que se reprocha en el prevaricato por acción, es el fundamento de una conducta lesiva de la legalidad que es justamente el bien jurídico objeto de tutela penal.

Al contrario, la adecuada protección de este bien jurídico, demanda que se exija al juez que en ningún caso incorpore en sus decisiones motivos que no le dicte el derecho, y por tanto, cuando la decisión dolosamente se aparte de forma manifiesta de la ley, ello será, como se dijo al comienzo de este escrito, suficiente para considerar lesionado el bien jurídico y por tanto no importa si los motivos del juez son corruptos o de venganza o de cualquier otra índole, pues en cualquiera de estos casos habría dejado de ser imparcial.

Además debe tenerse en cuenta que si el servidor público comete prevaricato, motivado por ejemplo, por el propósito de obtener dinero con su ilícita actuación, el desvalor de ese comportamiento corrupto no puede quedar recogido por el delito de prevaricato, pues para ello está previsto el delito de cohecho propio del artículo 405 del código penal, en el que se protege un bien jurídico más específico, que es en este caso la imparcialidad, el cual resulta también lesionado en tanto que el servidor público movido por el interés de obtener provecho económico decide apartarse de la ley.

Planteadas las cosas en los términos anteriores, la exigencia de que el prevaricato solo se configure en los casos en que el juez ha actuado por motivaciones corruptas, resulta extraña a la idea de independencia judicial que acá se defiende.

Por último, tampoco parece estar justificada la diferencia de trato a la que da lugar la nueva forma de concebir el prevaricato para el caso de servidores judiciales, respecto de los servidores de otras ramas del poder público, debido a que el deber de independencia, entendida como sujeción sólo a la ley, si se quiere, es incluso más exigente en relación con el juez, y por tanto, la diferencia de trato, al menos desde la idea de independencia que aquí se acoge, no sirve para justificar un trato diferenciado.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II.*, Bogotá, Temis, 2011.

Aguiló Regla, Josep, “De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”” en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Germán Burgos S. (Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1 Edición, ILSA, Bogotá, 2003.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional.*, Editorial Trotta, Madrid, 2015.

- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997.
- Fiss, Owen M., “El grado adecuado de independencia”, en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Burgos S, German (Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1 Edición, ILSA, Bogotá, 2003.
- Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos *Delitos contra la administración pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, 3 ed.
- Linares, Sebastián, “La independencia judicial: conceptualización y medición”, en: *Independencia Judicial en América Latina. ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Burgos S, Germán(Ed.), Colección textos de aquí y ahora. 1ª Edición, ILSA, Bogotá, 2003.
- Molina Arrubla, Carlos Mario, *Delitos contra la administración pública*, Leyer, Bogotá, 2003.
- Olaizola Nogales, Ines, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Peña Ossa, Erleans, *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- Reyes Alvarado, Yesid, “Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, N° 3. Bogotá, Legis, 2003.

APUNTES*

- **¡Si el juez Warren levantara la cabeza... en la Audiencia Nacional!**

Como no ignora cualquier jurista sensible a la cuestión de las garantías, en materia de derechos del imputado, en la justamente famosa sentencia *Miranda v. Arizona* (1966), del Tribunal Supremo de los EEUU, escrita por el juez Warren, se lee que los «interrogatorios en lugar policial cerrado tienen por objeto socavar la voluntad del detenido», por lo que «si no se adoptan las medidas necesarias [...] implican determinada intimidación que conduce a [...] obligarle a declarar contra su decisión de no hacerlo». También, que «si el detenido indica, por cualquier signo y en cualquier momento antes del interrogatorio o durante el mismo, que desea permanecer en silencio, el interrogatorio debe terminar». Que «la práctica del interrogatorio incomunicado es incompatible» con el principio de «que el ciudadano no puede ser obligado a declararse culpable de nada». Y que la declaración obtenida del detenido no es utilizable «si no [se] acredita haber seguido, durante el interrogatorio, un procedimiento que garantice eficazmente el derecho a no declarar contra sí mismo». Es decir, la objetiva agresividad del medio y la fragilidad que este induce en el sujeto indagado y privado de libertad, pone a cargo de la policía el deber de acreditar la conformidad a derecho de su actuación. Y a cargo del juez el deber —inabdicable— de no darla por sentado.

Este fue, en su origen, un planteamiento ciertamente revolucionario, inscrito en la estela de la revolución jurídico-cultural movida por la Ilustración y el mejor liberalismo. Ello debido a que sus promotores sabían bien lo que es un proceso orientado a la obtención de la *verdad material*, a expensas del imputado como principal fuente de conocimiento a exprimir mediante la tortura. De ahí que quisiera protegerse su libertad, por presunto inocente, eximiéndole del deber de declarar; preservándolo, si decidiera hacerlo, hasta de la presión moral representada por el juramento de decir verdad; reconociéndole así la facultad de mentir.

¿Será preciso proclamar, a estas alturas, que el *nemo tenetur se detegere* es un derecho fundamental?

Parecerá mentira, pero la respuesta es que hay casos en que sí. Porque en una sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional (de 27 de diciembre de 2016) —debida a los magistrados López López (ponente) y González González, y a la magistrada Espejel Jorquera—, en la se reconoce valor probatorio al atestado, se confiere patente de legitimidad «a cierta presión policial, que sin estar cerca ni por asomo a la tortura, va ínsita al mero hecho objetivo de estar privado de libertad varios días en un centro de detención, sometido a constantes interrogatorios, donde obviamente se recoge el prestado finalmente ante abogado».

Vamos, que, para ese tribunal, la *sumisión* a «constantes interrogatorios», —interrogatorios *en cascada*, obviamente informales— durante varios días, en régimen de detención y aislamiento, es algo que forma parte de su peculiar sentido de la vigente disciplina del proceso. ¡Cual si fuera una implicación del art. 24 CE! Pues, como bien se sabe,

* Sección a cargo de P. Andrés Ibáñez, J. Fernández Entralgo y R. Sáez Valcárcel.

mediante ese peculiar sistema *no se fuerza la voluntad del detenido, solo se estimula su locuacidad*, de la que, sin duda, acabará haciendo, *libremente*, uso.

Lo raro es que al ponente se le haya ocurrido mentar la tortura, en contexto (para él) tan jurídicamente impecable: ¿Será acaso un freudiano «acto fallido»? Con toda probabilidad.

Impactante la subversión del estatuto del imputado que encierra la cita; que eleva a la categoría de *derecho jde la policía!* la aberrante práctica de poner al detenido *en mace-ración* para conseguir que *se explique*. Cuando lo constitucional y legal: a) se reduce a la formulación de una simple pregunta, al ya informado de sus derechos: ¿Desea Ud. declarar? Y, b) de ser negativa la respuesta, cierra toda posibilidad de actuación sobre él y reclama la inmediata puesta a disposición del juez. ¡Ni un solo interrogatorio más!

No es infrecuente dar por sentado que el proceso inquisitivo es cosa del pasado, y pasado remoto. Pero afirmaciones como la que motiva este comentario ponen en claro, negro sobre blanco y en papel de oficio, que aquel sigue ciertamente vivo. ¡Y, lo que es peor, no solo en las comisarías!

Lo difícil que resulta para algunos profesionales de la justicia *digerir* el elemental axioma de que nuestro sistema procesal-constitucional quiere un proceso *limpio*. ¡Y es por lo que se funda en la renuncia a utilizar al imputado como fuente de prueba!

• **La orgía del gasto público (suma y sigue)**

Por lo que parece, la Comunidad de Madrid —a la sazón, felizmente reinante Esperanza Aguirre— invirtió en publicidad de los, entonces, nuevos hospitales, la ingente suma de 23 millones de euros. Bueno, esta sería la rúbrica inscrita en alguna página de los presupuestos, porque la impresión es que, como tantos millones de esa clase, connotados por su innata tendencia a la volatilidad, no se sabe bien dónde fueron a parar.

A primera vista, la previsión de un gasto tal en publicidad parece ciertamente desmedida: un dispendio. Pero, a poco que se reflexione, se advertirá que en el asunto hay una cierta *racionalidad* subyacente, y la conclusión puede ser distinta. En efecto, pues hace falta mucha publicidad y muy persuasiva para convencer a un votante de que convertir una parte de su dinero en beneficios de las gestoras privadas del pingüe negocio sanitario, es la mejor forma de cuidar de su salud...

• **Lo que hay que hacer con ‘esas cosas’**

En el personal código *expresivo* del actual presidente del Gobierno, los mil y un casos de corrupción que agarrotan a su partido, atándolo al banquillo, son «esas cosas». De las que, por cierto, no sabe. Por eso, a una pregunta formulada en sede parlamentaria, ha respondido pidiendo mirar al futuro, pues de mirar «demasiado al pasado, nos puede pasar como a la mujer de Lot, que terminó convertida en estatua de sal». ¡Todo un problema!

Son unas palabras que merecían ser llevadas con urgencia a la Comisión General de Codificación, pues encierran una propuesta que debidamente desarrollada en ese ámbito, tendría, sin duda, interesantes efectos deflacionarios de la sobrecarga que aflige a los órganos de la jurisdicción penal. Hela aquí: en materia de delitos (de corrupción, obviamente, y de la de quién corresponde) lo procedente es un buen «borrón y cuenta nueva». Y, de ser posible, mejor solo «borrón». Más cuando, suele decir el mismo Rajoy, aquellos habrían sido cometidos «hace mucho tiempo». Ese «mucho tiempo»: debido a la objetiva dificultad de las investigaciones que versan sobre insidiosos movimientos de dinero; a la falta de colaboración de quienes, en sedes oficiales, están en posesión de los datos incriminatorios; y que, al fin, puede llevar con facilidad —¡qué suerte!— a una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

- **‘Política’ de nombramientos**

Recientemente se ha dictado la primera sentencia del caso Gürtel-Fitur (condenas por prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos); antes lo fue la del llamado «caso Cooperación» (condena a ocho años de prisión al perenne conseller de Hacienda de la Comunidad Valenciana, Rafael Blasco); y alguna más relativa a otros casos sonados de corrupción que tuvieron por escenario ese mismo territorio, que llevó camino de convertirse en parque temático en la materia.

En todos estos supuestos, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana ha estado presidida por Pilar de la Oliva, una magistrada de buen hacer profesional y reconocida independencia. Nombrada en 2010, al concluir ese primer mandato optó por la renovación. Y en contra de lo usual, cuando quien cubre un cargo de tal clase lo hubiera desempeñado de forma satisfactoria en su primer periodo, cual era el caso, Pilar de la Oliva tuvo verdaderas dificultades para ser reelegida. Al fin lo fue con los votos del sector minoritario del Consejo y solo cuatro del mayoritario; frente al candidato (oficial-oficioso) Vicente Magro Servet, que en algún momento de su *currículum* ejerció de senador del Partido Popular... Un mérito incuestionable.

Si a estos datos se suma el bien conocido de la escandalosa precariedad de medios con que los instructores y la sala presidida por Pilar de la Oliva han debido hacer frente al tratamiento de esos y otros casos del género de especial complejidad, generalmente relacionados con el mismo partido, se entenderá que al titular política de nombramientos, resulte inevitable hacer un énfasis tipográfico en el primer vocablo del trío...

- **¿Cuándo debería dimitir el político imputado?**

El asunto «tiene tela», política y jurídica, incluso jurídico-política. Empezando por esta, habrá que evocar el esfuerzo de búsqueda de un término neutro para denotar la situación del ciudadano —obviamente no *el de a pie*— en posibles problemas de Código Penal. Denodado esfuerzo que llevó a ese «parto de los montes» que es el eufemismo «investigado». Cuando, al menos desde segundo de derecho, se sabe (o se sabía), que el castizo término «imputado» califica, guste o no guste, a *la persona a la que el gestor de la acción penal atribuye un delito hipotético, instaurando un proceso*.

De antes, de mucho antes, viene la insidiosa batalla por estirar esa presunción, la de inocencia, que tan poca fe suscita en medios políticos cuando se trata del *imputado* estándar, pero que tendría que desbordarse sobre el sujeto público concernido por un proceso, ornándolo hasta el juicio final. Sobre todo si ungido de nuevo por las urnas, que, como bien se sabe, llegado el caso, tienen la impactante propiedad de *absolver* (Fabra *dixit*). En un país en el que la desvergüenza de presentar imputados a las elecciones llegó a ser casi deporte. («La corrupción se presenta a las elecciones», pudo leerse en un medio de comunicación, en vísperas de una cita con las urnas).

Pues bien, el político «investigado», que, con todo, podría ir a la cárcel, es aquí no solo jurídicamente (obvio), sino también *políticamente inocente*, y, por eso, contra todo indicio de delito, lo propio es que siga ejerciendo su función pública.

Es un asunto verdaderamente curioso de toda curiosidad. En efecto, pues, como es notorio, el juez pierde la imparcialidad objetiva, por haber tenido algún tipo de contacto, ni buscado ni interesado, con la *res iudicanda* en un momento anterior al juicio, en el que ya no podrá intervenir. Y esto solo por el valor, justamente reconocido, a la apariencia de imparcialidad. En cambio, *la apariencia de honradez*, profundamente dañada, del político sobre el que se acumulen indicios de abuso de dinero público o de captación ilegítima (incluso con posible beneficio propio) de fondos para el partido, puede o hasta debe —¡faltaría!— seguir *apalancado* en su escaño o en su sillón. Todo y solo porque es apenas «investigado».

¡Pena que Austin no pueda resucitar, siquiera por un ratito, para comprobar lo bien que se ha llegado aquí a eso que a él tanto le inquietó: «hacer cosas con palabras». ¡Y qué cosas!

- **Toda una metáfora**

Últimamente ha vuelto a ser noticia el macabro caso de la venta, por el Ayuntamiento de Madrid de Ana Botella, de algunos miles de viviendas sociales a los bien llamados «fondos buitres». El asunto es de una gravedad y también de una sordidez extraordinarias, y puede ser un emblema, una fotografía, casi, del sentido de lo público que profesan la ex alcaldesa y su grupo de pertenencia. Bajo la enseña de la privatización, y para tratar de paliar la necesidad de liquidez del ente, motivada por la desaprensión en el gasto —no solo por parte del antecesor de aquella, Ruiz Gallardón, todo un paradigma en la materia—, *leninistas* ella y ellos, se aplicaron a corroer la cadena de los derechos por «el eslabón más débil». En este caso, representado por unos miles de familias, *la gestión* de cuyo derecho constitucional a una vivienda digna (con todos los demás fundamentales implicados en este), fue entregada, no simplemente al mercado, sino a lo peor del mismo, es decir, a esos gestores desalmados y rapaces del capital financiero, tan bien bautizados en la opinión.

Que además, y como se ha publicado, el proceso de masivo desahucio *en diferido* y por «fondo buitre» interpuesto, hubiera estado, según la Cámara de Cuentas, unido de irregularidades; incluso que el hijo mayor de la ex alcaldesa pudiera ser —como se ha publicado— consejero de una entidad vinculada a uno de esos fondos, aparte de algo, seguramente, *natural y lo más propio* en esta clase de procesos, es ya solo anecdótico. ¿Por qué iban a importar las formas jurídicas, donde importan tan poco las personas y los principios?

- **En memoria de José Antonio Alonso Suárez**

El pasado 2 de febrero fallecía Toño Alonso, compañero y amigo, colaborador de la revista. Era magistrado en una sección penal de la Audiencia de Madrid. Fue vocal del Consejo, ministro del Interior y, luego, de Defensa, y portavoz del grupo parlamentario del Psoe.

Alguien le definió, en la hora de su muerte, como hombre de estado. Nada más alejado de la realidad: él no habría asumido el título. Un juez, un jurista del estado atiende a las razones del derecho. Incluso, cuando accedió a la política de partido José Antonio no se dejó llevar por las razones de estado. Concebía al estado como una forma instituida al servicio de la sociedad y de los ciudadanos, y la política como un espacio de mediación. Es más, su compromiso no era con el estado sino con la legalidad. El respeto a la ley y al derecho, la protección y desarrollo de los derechos fundamentales, eran para él un hábito político y cultural que había aprendido e interiorizado como juez.

José Antonio se inscribió en Jueces para la democracia y formó parte de una generación intermedia, que sucedió al grupo de fundadores y dio paso a quienes hoy dirigen la asociación. Todos ellos trataron de configurar la cultura de la jurisdicción, cuyos rasgos son el juez como órgano de garantía, la vinculación a la ley y al derecho en clave constitucional, la independencia externa e interna, la imparcialidad del tercero, la motivación como fuente de legitimación, intermediación en la práctica de la prueba y expulsión de la venalidad del palacio de justicia (aquella inveterada corrupción nominada, castamente, con la metáfora de la astilla). El giro cultural no llegó a su conclusión, pero gracias a ellos hay un antes y un después en las prácticas judiciales y en la propia vivencia del pluralismo en la magistratura.

Toño fue un buen portavoz de JpD durante cuatro años: se expresaba con rigor y elegancia, era próximo y divulgaba bien. Creía que la justicia debía abrirse a la sociedad,

para ello había que redactar las resoluciones en lenguaje comprensible, sin renuncia alguna a la técnica jurídica pero atendiendo a los ciudadanos. En aquella época, JpD incrementó el entendimiento con organizaciones defensoras de derechos humanos logrando un inusitado protagonismo. Defendió la puesta en funcionamiento del jurado popular, que contaba con una opinión contraria en la profesión. Entendía la potestad jurisdiccional como un servicio público que prestaba tutela efectiva, idea que podía funcionar como elemento contracultural. Pensaba que el Consejo debía ser elegido por el parlamento, aunque era consciente del peligro de ocupación partidista de las instituciones. Ideas polémicas, que nos siguen preocupando. En el debate, siempre supo escuchar y manifestar respeto a las posiciones de los demás.

El legado que deja Alonso es un producto de la cultura de la legalidad, donde jueces y tribunales requieren de la suficiente independencia para someter al poder al derecho, a todos los poderes, públicos y privados, del estado y del mercado, y sancionar las ilegalidades que cometen para afirmar la vigencia de la ley. Un legado necesario en tiempos de zozobra donde la función reguladora del derecho se ha debilitado tanto y de manera tan rápida. Toño se sentía descorazonado ante la magnitud de la fuerza deconstituyente que estaba disolviendo los derechos y sus garantías en nuestro sistema jurídico-político, en una evolución que pone en cuestión la propia esencia de la democracia.

• **Alain: la acerada reflexión crítica de un ‘maître à penser’ sobre el poder**

Alain es el pseudónimo de Émile Chartier (1868-1951), extraordinario intelectual de difícil clasificación, alumno —toda una credencial de calidad para un muchacho provinciano— de *l'École Normale Supérieure*, institución capital de la República francesa, mítico centro de formación de lo más granado de la intelectualidad del país, en la que ingresaría en 1889. De allí salió, licenciado, para concurrir a una agregación en filosofía, que obtuvo de un jurado del que formaba parte Émile Durkheim.

Desde los veinticuatro años, edad en la que comenzó a profesar su disciplina en el *lycée* de la bretona localidad de Pointivy, impartíendola a los tres únicos alumnos de la materia, hasta el 1 de julio de 1933, fecha en la que pronunció su última lección, esta en el *Lycée Henri IV*, de París, fue lo que diríamos aquí un profesor de instituto. Pero extraordinario profesor que, además de dejar una huella imborrable en múltiples generaciones de estudiantes, proyectó su magisterio sobre quienes llegaron a ser intelectuales de la talla de André Maurois, André Malraux, Gaston Gallimard, Raymond Aaron, Paul Nizan, Paul Valéry o Simone Weil.

Simone Pétrement, amiga de esta última y autora de la imponente *Vida de Simone Weil* (Trotta, Madrid, 1997), dedica, precisamente, todo un capítulo al encuentro de la misma con Alain. Allí cuenta que ambas, con otros ex alumnos, luego de concluida su relación con él como docente, seguían asistiendo a sus clases (algo prohibido), hasta el día en que «el inspector [...] al entrar por casualidad en una clase, quedó muy asombrado por la cantidad de gente que había...».

Pero la influencia de Alain desbordó con muchísimo los muros del aula, para proyectarse sobre el país entero, hasta el punto de haber sido considerado, no sin fundamento, la conciencia moral de la Tercera República. Esto, sobre todo, a través de los miles de artículos de prensa, publicados día a día, a lo largo de treinta años, en periódicos de provincias. Se trata de los célebres *Propos*, una especie de breves riquísimas reflexiones sobre una enorme variedad de temas.

Una parte importante de estos, los más políticamente significativos, acaban de ser puestos al alcance del lector español: Alain, *El ciudadano contra los poderes* (traducción de J. González Ibáñez, Tecnos, Madrid, 2016). Esto, gracias al esfuerzo de Eloy García,

director de la merecidamente prestigiosa colección «Clásicos del pensamiento», y aquí autor del importante estudio preliminar y del impresionante aparato de notas que redondea, contextualizándola, la interesantísima obra.

Alain fue un laico militante: «la religión se alejó de mí en compañía del miedo». Mas militante no propiamente contra la Iglesia; pues —según explica Eloy García— su adversario no era tanto la institución como «su demoledora influencia sobre la conciencia humana, consustancial por lo demás a todo poder que ambicionara dominar los espíritus [... porque] el peligro residía en la dominación, no en la religión»; sabido, además, que «el espíritu de los poderes es en el fondo teocrático».

Pero Alain fue, sobre todo, un gran radical, en el más noble y genuino sentido político del término, lo que aquí quiere decir un republicano convencido. Convencido de que solo el compromiso cívico del ciudadano vigilante es capaz de dotar de dignidad a la vida política y de fundamento a la República. Ya que —escribirá— «el abuso de poder es natural», de ahí que «en cuanto el ciudadano se hace crédulo, es como si todos los derechos hubieran sido abolidos». Y por eso su sentencia: «No creáis nunca lo que dice un Hombre de Estado», es decir, aquel que tiene la política *por oficio*; cuando hay constancia de que «cualquier oficio endurece la piel justo en el lugar que sostiene la herramienta». Y una recomendación: no «deja[rse] gobernar», pues en el momento que esto ocurra «esta[remos] mal gobernados. Es preciso por lo tanto un continuo esfuerzo de discusión y control». Porque «todo poder sin control enloquece».

Alain fue, asimismo, un demócrata de raíz, que, además, en la manera de serlo y de explicarlo, se adelantó claramente a su tiempo: «Las democracia no es el reino del número, es el reino del derecho», de *los derechos*, como ilustrará a renglón seguido. Un modo, no meramente procedimental y demediado, sino, hoy diríamos, constitucional de entenderla (¡en 1912!), que aún tardaría treinta y cinco años en llegar por primera vez a un texto fundamental.

En fin, retomando la idea ya avanzada al principio, Alain fue un verdadero maestro, convencido de que el auténtico magisterio —el necesario para promover el tipo de ciudadano que él quería— no consiste en atiborrar de nociones, sino en enseñar a discurrir racionalmente. Una clase de ejercicio que concebía estrechamente ligado a la escritura: «aprender a pensar es aprender a escribir»; y precisado del «verdadero arrojo» que tiene «como principio a la duda».

El ciudadano contra los poderes es ciertamente una obra valiosa, tanto más cuando de estos se sabe, ¡a qué precio!, todo lo que hoy sabemos (*y lo que no sabemos*). Y tiene, en fin, un mérito sobreañadido, y es que se cierra con un apartado que recoge «Tres discursos de Chartier necesarios para entender a Alain», en los que en diversas ocasiones (1895, 1902 y 1904) y en distintos *lycées* (de Lorient, Rouen y París, respectivamente) se dirige a los escolares en sus pupitres. Y lo hace, en su estilo, con palabras realmente bellas y movilizadoras. Llamándolos a la solidaridad («Ningún hombre puede ser feliz él solo, en medio de hombres desgraciados»). Insistiéndoles —es su criterio de método— en «que la forma de saber es más importante que lo que se sabe». E incitándolos a «despertar», a «abrir los ojos» a «decir a la primera apariencia: tú no existes».

EXTRACTOS/ABSTRACTS

Los espacios y los tiempos de la política y los derechos

Luigi Ferrajoli

Con el positivismo jurídico nace la política moderna: la política desde arriba como producción del derecho; la política desde abajo como reivindicación de nuevos derechos y de sus garantías. Con el constitucionalismo rígido la política desde arriba resulta encomendada al derecho, es decir, a la obligación, reivindicada por la política desde abajo, de actuar los principios constitucionales introduciendo las garantías correspondientes. Hoy la política está invirtiendo su papel, ya no constituyente sino deconstituyente, a causa de su subordinación a los poderes del mercado. Su relegitimación democrática requiere la refundación de su representatividad y la ampliación del paradigma constitucional a la altura de los poderes globales de la economía y del capital financiero.

The spaces and times of politics and rights

Legal positivism marks the beginning of modern politics: politics from the top as a way of law making; politics from the bottom as a way of reclaiming new rights and their guarantees. Rigid constitutionalism commends politics from the top to the law, i.e. to the obligation, reclaimed by politics from the bottom, of developing constitutional principles and introducing relevant guarantees. The role of politics nowadays is being reversed from constituent to de-constituent, as a result of its subjection to the powers of the market. The re-legitimacy of politics demands the re-founding of its representation and the enhancement of the constitutional model up to the level of the global powers of economy and financial capital.

Razones y raíces del garantismo

Dario Ippolito

El autor reflexiona sobre las vicisitudes actuales del concepto de «garantismo», por un lado, saliendo al paso de ciertas objeciones de sus detractores, fruto muy frecuente de malentendidos. Por otro, poniendo de relieve su valor y lo imprescindible de su vigencia frente al instrumento terrible que es el *ius puniendi*, con sus habituales usos degradados. Y, en fin, señalando su verdadero sentido y sus raíces, a partir de las aportaciones de Montesquieu y del pensamiento ilustrado en el que estas fructificaron.

Reasons and roots of the legal theory of due process guarantees

The author of this paper reflects on the current vicissitudes which impinge the legal theory of due process guarantees. On the one hand he confronts some objections put forward by its opponents, which are often based on misunderstandings. On the other he highlights the value of this theory and its essential validity against the dreadful instrument epitomized by the *ius puniendi* of the state and its usual degrading procedures. He finally points out its true meaning and roots, based on the contributions by Montesquieu and the thought of the Enlightenment which came to fruition in his works.

Poderes privados y derechos fundamentales de los trabajadores

Antonio Baylos

La empresa es un espacio no democrático en el que se ejerce un poder privado no compartido sobre la base de la libertad de empresa y la libertad de trabajo. Tras el 68 se desarrolla en Europa un proceso de limitación del poder privado empresarial mediante la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores en sus lugares de trabajo. Es un largo recorrido con implicaciones sustantivas y procesales que las políticas de austeridad urgidas por la gobernanza económica han obstaculizado y revertido.

Private powers and workers' basic rights

The enterprise is a non-democratic space in which the employer exercise a private power not shared from the freedom of business and the "right to work". Since the late 1960s in Europe, limits have been placed on this power by guaranteeing fundamental rights in the workplace. It is a long process that austerity policies are stopping and investing.

La casa de la tolerancia (A propósito de Betzabé Marciani, *Tolerancia y derechos*)

Santiago Sastre Ariza

Se discute el papel que tiene la tolerancia en el actual Estado constitucional una vez que parece que su labor ha sido desplazada por los derechos. Este es el tema que aborda B. Marciani en su último libro, en el que analiza la tolerancia desde el Derecho, la ética y la filosofía política. Este breve texto comenta este libro y plantea la utilidad de la tolerancia para evitar los conflictos en nuestras sociedades modernas multiculturales.

The house of tolerance ((On Betzabé Marciani, *Tolerancia y derechos*)

The role of tolerance in the current constitutional state is subject to discussion, since it appears that its task has been replaced by rights. This is the subject addressed by B. Marciani in his latest essay, where tolerance is analysed from the perspective of law, ethics and political philosophy. This brief paper comments on the essay by B. Marciani and considers the usefulness of tolerance in order to avoid conflicts in our modern multicultural societies.

¿La opacidad moral como base necesaria del establishment?

Laura Favieres

Este texto pretende analizar las causas, señalar las consecuencias, así como proponer algunas soluciones al fenómeno de la corrupción, poniendo de manifiesto el peligro que, para el estado de derecho y las democracias actuales, constituye el agravamiento del fenómeno de la corrupción, resultando lo más alarmante, el hecho de que su extensión sea coherente con el mantenimiento del sistema de valores dominantes.

Moral opacity as necessary basis of the establishment?

This text tries to analyze the reasons, to indicate the consequences, as well as to propose some solutions to the phenomenon of the corruption, revealing the danger that, for the democracy and the current democracies, constitutes the worsening of the phenomenon of the corruption, turning out to be the most alarming thing, the fact that its extension is coherent with the maintenance of the system of dominant values.

Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad

Carmen Lamarca Pérez

La gravedad de las medidas previstas por nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente al terrorismo exigen tanto una estricta delimitación de su ámbito de aplicación, quienes deben ser calificados como terroristas, como una revisión crítica de las mismas en especial de las que derogan el régimen general de garantías cuyo mantenimiento hoy no se justifica.

Anti-terrorist legislation: the normalisation of the exception

The seriousness of the measures provided by the Spanish legal system to combat terrorism demands both a strict construction of their scope of application (i.e. who can be qualified as a terrorist) and a critical review of the said measures, particularly of those which restrict the common legal framework of guarantees and whose existence is no longer justified.

***Nemo tenetur se ipsum accusare*. Análisis crítico de la aplicación del criterio pasividad-actividad para delimitar el ámbito de protección del principio**

Gabriela E. Córdoba

El artículo tiene como objetivo analizar críticamente el criterio pasividad-actividad utilizado en forma muy extendida para delimitar el ámbito de protección del principio *Nemo tenetur se ipsum accusare*. En efecto, según la postura en estudio el principio *nemo tenetur* impide obligar al imputado a colaborar activamente en su propia incriminación y le otorga un derecho a la pasividad. Sin embargo, este trabajo concluye que el criterio pasividad-actividad no ofrece ni una delimitación satisfactoria ni una fundamentación jurídicamente convincente del ámbito de protección del principio.

***Nemo tenetur se ipsum accusare*. A critical analysis of the application of the activity-passivity criterion to define the scope of protection granted by that principle**

The aim of this paper is to critically analyse the activity-passivity criterion, which is broadly used to define the scope of protection provided by the principle *Nemo tenetur se ipsum accusare*. According to this predominant approach the principle *nemo tenetur* prevents the suspect from being forced to actively cooperate in his self-incrimination and grants him a right to passivity. The paper, however, comes to the conclusion that the activity-passivity criterion does not provide, neither a satisfactory definition nor a convincing legal basis of the scope of protection granted by the said principle.

Pericial de inteligencia: prueba penal y erudición de estado

Ramón Sáez Valcárcel

La introducción de información de inteligencia en el proceso penal por los agentes que la elaboraron, llamados como expertos al juicio, supone una inversión de las reglas probatorias y del método judicial basado en el contradictorio. Ha surgido en los macrojuicios por delitos de terrorismo porque los tipos de pertenencia y colaboración parecen demandar información sobre actitudes, biografías y subjetividades. La inteligencia es un dispositivo tejido de relaciones de poder y ciertos tipos de saber, que produce un conocimiento prospectivo incompatible con la cultura de la jurisdicción y con los requerimientos que a la construcción del hecho impone el estado de derecho.

Intelligence expert evidence: criminal evidence and state erudition

The introduction in criminal proceedings of intelligence information by way of the expert evidence provided during the trial by the law enforcement officers who drew up that information involves an inversion of the evidentiary standards and the judicial methodology based on the adversarial principle. This practice has originated in the context of mega-trials against terrorism, since the offences of terrorist association and cooperation with a terrorist organization seem to require information about personal attitudes, biographies and subjectivities. Intelligence is a device whereby power relationships and some kinds of knowledge are intertwined and that yields a prospective knowledge which is incompatible with the culture of jurisdiction and the requirements concerning the clarification of facts imposed by the rule of law.

Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)

Perfecto Andrés Ibáñez

Partiendo de la convicción, más bien evidencia, de que el estado constitucional de derecho consiste en la instauración, como garantía, de un articulado principio de desconfianza frente a todos los momentos del poder, el autor reflexiona acerca de lo que esto significa en el ámbito de la justicia penal, en el que esa desconfianza tiene su expresión más genuina en el deber de motivación de la convicción judicial sobre los hechos

On evidentiary reasoning and its specification in the (criminal) judgment

The author bases this paper on the assumption that the essence of the constitutional rule of law state lies in the establishment of a structured principle of distrust towards all expressions of power. The paper reflects on the impact of this principle in the sphere of criminal justice, where its most important consequence is the requirement to provide reasons for the judicial conviction concerning the facts in issue.

El debate europeo sobre la independencia de la magistratura: la propuesta de la Red Europea de Consejos de Justicia

Luca Verzelloni

Este trabajo pretende presentar y discutir un cuadro comparativo del funcionamiento y gestión de varios sistemas judiciales europeos a partir de los indicadores definidos por la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ) para valorar los sistemas judiciales europeos en relación con el grado de independencia y de rendición de cuentas (*accountability*), tanto de la magistratura como del juez individual. Los sistemas judiciales analizados (Italia, Francia, Hungría, Suecia y Países Bajos) presentan características particulares y son representativos de las diversas regiones geográficas de Europa.

The european debate on the independence of the judiciary: the proposal of the European Network of Councils for the Judiciary

This paper aims to present and discuss a comparative picture of the functioning and management of several European judicial systems on the basis of the indicators identified by the European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ) in order to assess European judicial systems in terms of the degree of independence and accountability, both of the judiciary and the individual judge. The judicial systems subject to analysis (Italy, France, Hungary, Sweden and the Netherlands) present specific features and are representative of the diverse geographical areas of Europe.

¿Independencia judicial por fuera de la ley?

Comentarios a la reciente jurisprudencia sobre prevaricación judicial en Colombia

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Santiago Ramírez Jaramillo

Se analiza la tesis de la Corte Suprema de Justicia colombiana, según la cual, la protección de la independencia judicial implica que el prevaricato se configura solo en los casos en los que este delito se realiza con el ánimo de favorecer un acto de corrupción. Considerando que la independencia judicial se concibe, en primer lugar, como sujeción exclusiva del juez a la ley, basta que el funcionario judicial se aparte en forma ostensible y caprichosa de la misma, para que se configure el delito de prevaricato, y por tanto, se pueda castigar juez, sin que con ello se vulnere la independencia judicial.

¿Judicial independence outside the law?

Comments on recent jurisprudence about judicial malfeasance in Colombia

This paper analyzes the thesis of the Supreme Court of Justice of Colombia, according to which the protection of judicial independence implies that the malfeasance is only configured for the cases in which this crime is carried out with the aim of favoring an act of corruption. Considering that judicial independence is mainly conceived as the exclusive subjection of the judge to the law, it is enough that the judicial officer acts in an unjustified, harmful and contrary to law, to commit a crime, and therefore, a judge can be punished, without meaning that it is a violation of the Judicial Independence.

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Empresa: _____ Nombre: _____

Apellidos: _____

Dirección: _____

Población: _____ C.P.: _____

Provincia: _____ País: _____

Teléfono 1: _____ Teléfono 2: _____ Fax: _____

E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 24 €

Europa: 34 €

Resto: 40 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):

BANCO	OFICINA	DC	Nº CUENTA CORRIENTE
___/___/___/___	___/___/___/___	___/___	___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___/___

Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail suscripciones@maxipack.es)

Tarjeta de crédito: **Visa** - **Mastercard**

Número tarjeta: ___/___

Fecha de caducidad: ___/___/___

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

MAXIPACK, S.L.

Dirección Postal: Avda. Sistema Solar, nº 3 – A / 28830 San Fernando de Henares, Madrid.

Teléfono suscripciones: 91 677 53 60 / E-mail: suscripciones@maxipack.es

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación dirigiéndose por escrito a: Maxipack, Departamento de Suscripciones, Av. Sistema Solar nº 3ª, 28830 San Fernando de Henares – Madrid – Tfno.: 916775360.

