

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

J. Martínez Lázaro y A. Pérez Tórtola, Tras las elecciones a las Salas de Gobierno. **J. M. Castells Arteché**, El control legal de la informática. **C. Auger**, Derecho al honor y a la intimidad: la realidad y el derecho. **R. Sáez**, Política legislativa antidrogas. **J. Fernández Entralgo**, Prueba ilegítimamente obtenida. **J. A. Belloch Julbe**, Las dilaciones indebidas. **J. Peces Morate**, Publicidad y secreto sumarial. **E. Calvo**, Magistrados suplentes, jueces sustitutos y en régimen de provisión temporal. **N. Serrano Whittinghan**, Democracia formal y derechos humanos en Colombia. **D. Gallo**, El mercado único europeo y el papel de la jurisdicción.

7 · SEPTIEMBRE/1989

Jueces para la Democracia. Información y Debate
publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*.

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (Coordinador), Juan Alberto BELLOCH JULVE, Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNADEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, Jesús PÉCES MORATE, Margarita ROBLES FERNANDEZ.

Correspondencia: *Jueces para la Democracia*, calle Núñez Morgado, 4, apartamento 307. 28036 MADRID.
Suscripciones EDISA, apartado 549 F. D. 28080 MADRID.

Precio de este número: 600 ptas. (IVA incluido).

Suscripción anual: 1.500 ptas (3 números).

Depósito legal: M-15960-1987. Unigraf, S.A. Móstoles Madrid.

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	3
— <i>Tras las elecciones a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia</i> , Javier Martínez Lázaro y Ana Pérez Tórtola	
— <i>Otra asignatura pendiente: el control legal de la informática</i> , Jose Manuel Castells Arteché	
— <i>Derecho al honor y a la intimidad: el problema en la realidad y en el derecho</i> , Clemente Auger	
— <i>Política legislativa antidrogas. La ilusión represiva</i> , Ramón Sáez	
Teoría/práctica de la jurisdicción	21
— <i>Prueba ilegítimamente obtenida</i> , Jesús Fernández Entralgo	
— <i>Las dilaciones indebidas</i> , Juan Alberto Belloch Julbe	
— <i>Publicidad y secreto sumarial</i> , Jesus Peces Morate	
Cuestiones de ordenamiento judicial	58
— <i>Magistrados suplentes, jueces sustitutos y jueces en régimen de provisión temporal</i> , Eduardo Calvo	
Internacional	63
— <i>Democracia formal y derechos humanos en Colombia</i> , Nubia Serrano Whittinghan	
— <i>El mercado único europeo y el papel de la jurisdicción</i> , Domenico Gallo	
— <i>Actividades de la MEDL</i>	
Apuntes	76
— <i>Argumentos reversibles</i>	
— <i>Aviso a los navegantes</i>	
— <i>Lo procesal no quita lo cortés</i>	
Documentos de JUECES PARA LA DEMOCRACIA	78
— <i>Conclusiones del Congreso Extraordinario de JUECES PARA LA DEMOCRACIA, sobre el proceso penal (San Sebastián, 22-24 de junio de 1989)</i>	

DEBATE

Tras las elecciones a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.

Javier MARTINEZ LAZARO
Ana PEREZ TORTOLA

Estas notas tenían en principio por finalidad realizar un estudio comparativo de los resultados obtenidos por nuestra Asociación en las pasadas elecciones a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, como puede verse en el cuadro adjunto los resultados oficiales suministrados por el Consejo General del Poder Judicial, son insuficientes al no expresar datos como número de votos obtenidos por cada una de la Asociaciones y candidaturas independientes en los distintos territorios. No obstante, lo que disponemos permite efectuar una serie de deducciones que pueden resultar de interés en la medida en que reflejan la primera experiencia de puesta en funcionamiento de la normativa electoral y va a posibilitar a nuestra Asociación realizar una primera valoración crítica sobre nuestra actuación en el proceso electoral y sobre el grado de aceptación de nuestras propuestas entre el colectivo votante. Se trata en este momento de iniciar una reflexión sobre los resultados de las elecciones a las Salas de Gobierno, pendiente de ser completado por la aportación que en un futuro próximo debería producirse en *Jueces para la Democracia* como consecuencia de la discusión que se abra sobre el tema.

Conforme a los datos suministrados por el Consejo, el total de electores fue de 2.202 (dos mil doscientos dos) y el de votantes de 1.421 (mil cuatrocientos veintiuno), resultando un porcentaje de participación del 64,5%, y variando los distintos índices por Comunidades Autónomas entre el 37% de Asturias y el 86,6% de la Rioja o el 89% de Canarias. La participación puede considerarse baja (piénsese por ejemplo en los índices de participación en las elecciones generales y en las sindicales), a pesar de lo cual sería prematuro afirmar la existencia de un desinterés de los jueces ante las posibilidades que pueden ofrecer las Salas de Gobierno en el impulso de una determinada política judicial en el ámbito de sus respectivos territorios. La baja participación en algunas Comunidades Autónomas se podría explicar mejor por la existencia de una sola candidatura, aunque no deben olvidarse como factores

generales, que aclaran en parte esa indiferencia relativa en la votación, circunstancias tales como la insuficiente organización de las elecciones y de información sobre las mismas o las dificultades que en la práctica supuso el voto por correo, fruto todo ello de un cierto grado de improvisación por parte del Consejo y de los Tribunales Superiores de Justicia, que sólo en el último momento y de forma aislada se preocuparon de impulsar la celebración de las elecciones.

Para valorar adecuadamente los resultados electorales globales debe recordar que el sistema electoral era de tipo mayoritario y que *Jueces para la Democracia* evidentemente no es la Asociación mayoritaria en la carrera judicial. El sistema mayoritario es por naturaleza poco idóneo para garantizar una representación democrática y proporcionada de las diferentes opciones que en la realidad se producen dentro del colectivo judicial y evita que Asociaciones como la nuestra, con una amplia implantación, vean traducida ésta en la obtención de puestos en las Salas de Gobierno. Es por ello que el número de candidato selectos no refleja la verdadera influencia de las distintas Asociaciones entre los electores. Así, por ejemplo, en Cataluña, donde nuestra Asociación consiguió 197 votos frente a los 246 obtenidos por la Asociación Profesional de la Magistratura, resultaron elegidos los tres candidatos de esta última Asociación, existiendo una diferencia de tan sólo cuatro votos entre el segundo candidato electo en el grupo de magistrados de la A.P.M. y los dos magistrados de *Jueces para la Democracia*.

Por otra parte, la peculiaridad del sistema electoral mayoritario determinó que nuestra Asociación tratara de establecer acuerdos con otras Asociaciones y con jueces y magistrados independientes con la finalidad de elaborar candidaturas conjuntas en distintos territorios. Es por ello que en el programa electoral se instaba a aquellos grupos judiciales a discutir con nosotros el programa de intenciones expresado en aquél, a partir de una concepción de las Salas de Gobierno que proponía su conversión en «órganos vivos capaces de conocer y transformar el

funcionamiento de Juzgados y Tribunales, de contactar con los jueces y magistrados, de defender su independencia y de conseguir su acercamiento a los problemas de la Justicia en cada una de las Comunidades Autónomas», tal como se señalaba en la Introducción de nuestro programa electoral. Este proyecto tuvo una desigual realización, pues si bien se consiguieron acuerdos en territorios como Andalucía, Baleares, Extremadura o Madrid, no fue posible alcanzarlos en otros territorios, ya porque en algunas Secciones Territoriales se valoró la inconveniencia de tales acuerdos, ya por la actitud reticente de «Francisco Victoria». Por otro lado, el éxito electoral en las zonas en que se presentaron candidaturas conjuntas fue variable, pues aunque algunas de estas candidaturas obtuvo la mayoría —tal es el caso de Baleares y Extremadura— en otras el número de votos obtenidos ni siquiera alcanzó la suma de teóricos asociados de *Jueces para la Democracia* y *Francisco de Victoria*.

También ha de considerarse como factor claramente determinante de los resultados la actuación de nuestra propia Asociación en el periodo electoral. En aquellos lugares donde hubo una importante actividad de los asociados, elaborando programas específicos, fomentando reuniones para exponerlos y solicitar el voto, se consiguieron mejores resultados. Tal es el caso de Cataluña, Extremadura y Euskadi. Ello podría indicar la existencia de una importante franja en el colectivo judicial, cuyo voto no se encontraba definido «a priori» y que se decidió en virtud de la propia campaña electoral. Este es un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar cuál ha de ser nuestra actitud y nuestra actuación ante las Salas de Gobierno y ante futuras convocatorias electorales. Como en unas concurrimos en solitario, en otras con «Francisco de Vitoria» y en otras en unión de candidatos independientes, es difícil establecer el porcentaje de votos que específicamente corresponden a nuestra Asociación, dificultad que se acrecienta por la parquedad de datos oficiales de que disponemos. No obstante, analizando los resultados en territorios en los que nos presentamos en solitario y que fueron Canarias, Cataluña, Euskadi —donde conseguimos mayoría absoluta— y Galicia, nuestro porcentaje electoral se sitúa en torno al 30-35 por ciento, lo que con salvedades ya expuestas indica una importante implantación en el colectivo judicial, por encima, desde luego, de la cuota de afiliación.

Pues bien, tomando como base lo hasta ahora expuesto, ha de realizarse una valoración más general de lo que han supuesto las pasadas elecciones a las Salas de Gobierno desde una doble perspectiva. La primera se proyecta sobre el propio proceso electoral y sobre su traducción concreta en la composición resultante de los nuevos órganos de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Ha de recordarse, en primer término, que en cuatro de las Comunidades quizá más significativas por su peso específico e importancia numérica de votantes —Andalucía, Cataluña, Galicia y Madrid—, el triunfo ha sido de la Asociación Profesional de la Magistratura, sin que hayamos podido introducir ninguno de nuestros candidatos, lo que, sin perjuicio de confirmar el carácter mayoritariamente conservador del

colectivo de jueces, nos obliga definir nuestra actuación —y no sólo en esos territorios— en relación con la que desarrollen las nuevas Salas de Gobierno; para ello sería conveniente tanto la reflexión por parte de los órganos de representación colectiva de nuestra Asociación —Comité Permanente— como la que puedan llevar a cabo las distintas Secciones Territoriales, bien entendido que el hecho de que no hayamos podido acceder en algunos casos a los órganos de gobierno no ha de implicar renuncia por nuestra parte a la realización de los principios y objetivos que constituyeron nuestro programa electoral. En segundo término, procede asimismo constatar que los resultados concretos obtenidos están en la generalidad de los casos en relación directa con el grado de actividad coherente desplegada por nuestros asociados en el curso de las elecciones; ello nos ha de ofrecer una visión autocrítica que nos puede servir como experiencia de cara a futuros encuentros electorales. En tercer lugar, se ha de reseñar el deficiente impulso en el proceso electoral ejercido por parte de quienes institucionalmente —además de las propias Asociaciones judiciales— están encargados de propiciarlo, esto es, del propio Consejo General del Poder Judicial y de los Tribunales Superiores de Justicia y sus antiguos órganos de gobierno. Y finalmente es también de justicia valorar positivamente la participación fundamental que *Jueces para la Democracia* ha tenido en todo el proceso, tanto en lo que se refiere al esfuerzo aplicado por muchos en la activación del mecanismo electoral, como en lo que respecta a la potenciación defendida de las Salas de Gobierno como instrumentos de realización de la política judicial en los distintos territorios.

Por fin, procede asimismo un segundo tipo de valoración desde una perspectiva que trasciende lo que han sido las elecciones en sí mismas. En la primera vez en que nuestra Asociación ha concurrido con otras Asociaciones a unas elecciones. Ello ha permitido apreciar desde un punto de vista diferente, basado en cifras y datos concretos cuál es el grado de implantación y acogida en el colectivo judicial de las opciones que nosotros propuganamos y representamos. Aún con las dificultades ya reseñadas, éstas no impiden considerar que nuestro porcentaje global de presencia en el colectivo judicial es significativamente superior a lo que son las meras cifras de afiliación. Ese porcentaje es el que nos va a permitir mantener una cuota significativa de participación institucional, despejando muchas dudas sobre el pretendido carácter «residual» y «minoritario» que en múltiples ocasiones se nos ha atribuido.

Datos sobre los resultados electorales facilitados por el Consejo General del Poder Judicial:

Participación

		Participación
ANDALUCIA:	n.º electores .. 374 n.º votantes ... 197	52,6 %
Elegidos los 7 candidatos de la A.P.M.		
ARAGON:	n.º electores..... 75 n.º votantes..... 49	65,3 %
Elegidos los 3 candidatos de la A.P.M.		
ASTURIAS:	n.º electores 64 n.º votantes 24	37,5 %
Candidatura única		
BALEARES:	n.º electores... 45 n.º votantes.... 40	88,8 %
Elegido 1 candidato de J.D. y 2 de la candidatura Independiente.		
CANARIAS:	n.º electores.... 80 n.º votantes..... 71	89 %
Elegidos 4 candidatos de Francisco de Vitoria y 1 de la candidatura Independientes		
CANTABRIA:	n.º electores . 29 n.º votantes .. 16	55,1 %
Candidatura única		
CASTILLA Y LEON:	n.º electores..... 162 n.º votantes..... 95	58,6 %
Elegido 1 candidato de la A.P.M. y 4 de la candidatura Mixta		
CASTILLA-LA MANCHA:	n.º electores. 82 n.º votantes.. 51	62,1 %
Elegidos los 3 candidatos de la candidatura Independiente		
CATALUÑA:	n.º electores... 323 n.º votantes.... 200	61,9 %
J.D	197 votos	Elegidos los 3 candidatos de la A.P.M.
A.P.M	246 votos	
F.V.....	136 votos	

C. VALENCIANA:	n.º electores..... 209 n.º votantes..... 135	64,5 %
Elegidos 2 candidatos de la A.P.M. y 1 de J.D.		
EXTREMADURA:	n.º electores..... 51 n.º votantes.... 42	82,3 %
Elegidos los 3 candidatos de la candidatura formada por las Asociaciones J.D. y Francisco de Vitoria (iban unidos).		
GALICIA:	n.º electores..... 134 n.º votantes..... 109	81,3 %
A.P.M.	337 votos	Elegidos los 3 candidatos de la A.P.M.
J.D.....	202 votos	
Indp.	49 votos	
MADRID:	n.º electores..... 292 n.º votantes 184	63 %
Elegidos los 3 candidatos de la A.P.M.		
MURCIA:	n.º electores 46 n.º votantes 20	43,4 %
Candidatura única		
NAVARRA:	n.º electores..... 25 n.º votantes..... 13	52 %
Candidatura única		
PAIS VASCO:	n.º electores 98 n.º votantes . 59	60,2 %
Elegidos los 3 candidatos de J.D.		
LA RIOJA:	n.º electores..... 15 n.º votantes..... 13	86,6 %
Candidatura única		
TRIBUNAL SUPREMO:	n.º electores..... 76 n.º votantes..... 72	94,7 %
Elegidos 4 candidatos de la A.P.M. y 1 de la candidatura Mixta.		
AUDIENCIA NACIONAL:	n.º electores 32 n.º votantes 31	96,8 %
Elegidos los 3 candidatos de la A.P.M.		
Media de Participación Nacional.....68,1 %		

Otra asignatura pendiente: El control legal de la informática

Jose Manuel CASTELLS ARTECHE

La reciente ley de 9 de mayo de 1989, sobre la función estadística pública, denotaba que la precedente ley de estadística, «estaba, en efecto, atacada de muchas urgencias nuevas»; fenómenos novedosos tales como «la creciente preocupación de los ciudadanos por el manejo informático de datos que les conciernen y la particular protección que la Constitución de 1978 dispensa a los derechos fundamentales, entre los cuales hay que citar aquí la intimidad». (Exposición de motivos de dicha ley). Con coherencia se determinaba un elenco de medidas, que pretenden defender los espacios propios del tradicional «secreto estadístico».

No obstante, la propia ley reconoce que no aspira a asumir la función de una ley de protección de datos, que en su caso pueda ser aprobada en aplicación de lo establecido en el artículo 18.4 de la Constitución, limitándose a la regulación de su parcela propia, cuya importancia por otra parte es innegable. Respuesta sectorial por lo tanto, que conforma un nuevo parche obligado ante la inexistencia de una ley general, que defienda al ciudadano frente a los efectos derivados de las nuevas tecnologías, de forma especial representadas por la informática y la telemática.

Ausencia del desarrollo global de un proyecto constitucional, el 18.4 («la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos»), que puede dar pie a diversas explicaciones; algunas claves de ellas se proporcionarán a continuación. Hacer constar de entrada, que de esta forma se ha hurtado a la colectividad española y en sede parlamentaria, la necesidad de someter toda innovación tecnológica al correspondiente *technology assessment*, esto es, a la necesaria tasación crítica de sus consecuencias, en la que se tenga bien presente el impacto social o político de las mismas, tal como sucede, con rigor y tiento, en el contexto europeo.

Pérez Luño ha descrito el decurso del precepto constitucional citado. La doctrina (entre otros, Bermejo Vera) denunció el nivel posicional defensivo que se trasluce en este punto, del debate constitucional. Puede afirmarse que existía latente la voluntad en el contribuyente de embridar una potente tecnología puntera, avizorándose su transcendencia; era manifiesta la pretensión de establecer garantías de control de los controladores, en feliz expresión del diputado Sole Tura. Sin embargo, la fórmula final suponía la primacía de la vertiente individualista y privatista, reduciendo el control esencialmente al ámbito de la *privacy*. El artículo 18.4 se configuró de tal modo, en la primera ocasión perdida de intervenir en los esenciales aspectos institucionales y sociales del fenómeno informático.

Era explícita la declaración en el texto constitucional de una remisión a una ulterior legislación, que

debía rellenar el vacío de la imprecisión constitucional. Normativa que se resistirá a salir a la luz pública con particular contumacia («resulta llamativa la pereza a la hora de ordenar el uso de la informática», en opinión reciente de Martín Pallín y López Garrido). Se asiste en consecuencia, a un escenario de retrasos y dilaciones a la hora de abordar esa normativa substancial, manteniéndose una situación que a su vez, girara sobre dos goznes: la ley orgánica de 8 de mayo de 1982, que en su disposición transitoria primera señalaba lo siguiente: «en tanto no se promulgue la normativa prevista en el artículo 18.4 de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regulará por la presente ley» (de protección civil del derecho de honor, a la intimidad personal y a la propia imagen).

El otro eje lo constituye el Convenio del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1981, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, tardíamente ratificado por España (27 de enero de 1984). Convenio que sienta unas reglas principales, que por su mismo carácter básico, requería una adecuada complementación.

Cubierto el ámbito de la defensa de la intimidad, restaba el conjunto de secuelas de la informática por regular. A falta de esa norma general, se asiste a un desarrollo sectorial no intensivo, en el que de forma parcial se alude a esta cuestión; sin ánimo exhaustivo, puede mencionarse la Orden de 30 de julio de 1982 que regulaba las «limitaciones» del acceso a la información contenida en las bases de datos fiscales, pasando por la ley de 2 de abril de 1985, de bases del régimen local, y su alusión al artículo 18 de la Constitución, en cuanto a las sesiones plenarios de las corporaciones locales; la ley de 25 de junio de 1985, reguladora del patrimonio histórico español, con una diversidad de medidas cautelares insertables en este plano; finalizando con la ley general de sanidad, de 25 de abril de 1986, respecto de la confidencialidad de toda información relacionada con los enfermos.

Respuestas normativas que salían al paso de una determinada coyuntura, desprovistas de toda conexión con un planteamiento general. Las resistencias para esta norma son particularmente manifiestas y explícitas en el terreno parlamentario; indicativamente, en el año 1985, el grupo de coalición popular presentó un proyecto relativo a esta temática, que fue rechazado; en la siguiente legislatura y mediante una proposición de ley del mismo grupo, titulada sobre protección al honor y a la intimidad de las personas frente a la utilización de las bases de datos, se proponían unas tenues medidas para el tratamiento de las informaciones y a la creación de archivos y ficheros automatizados; proposición que

fue rechazada, alegándose por la mayoría, al igual que en el supuesto anterior, que se estaba a punto de enviar a la cámara una ley de protección de datos, «que esté realmente al día».

Una mayor preocupación por esta problemática, así como dotada de un indiscutible alcance omnicomprendivo y rigor técnico, puede mencionarse la proposición de ley orgánica para la protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones, que presentó la agrupación Izquierda Unida-Esquerra Catalana, en texto que suponía la transcripción de un proyecto anterior formalizado por la Asociación Pro-derechos Humanos. Proyecto que corrió la misma suerte que sus antecesores en el decurso parlamentario, aunque variara la argumentación para el rechazo; en la prensa del 12 de abril de 1989, el diputado del P.S.O.E., Jesús Díaz Fornas, rechazaba la proposición, esta vez apoyada por todos los grupos de la oposición, ya que a su juicio, «no hay indefensión frente a los posibles ataques a los derechos de las personas o ante intromisiones ilegales en sus vidas», remitiéndose a la vigente ley del derecho al honor y la intimidad.

Vuelta a los orígenes, con clara intención reduccionista, que suponía el colofón de un proceso dilatorio, en el que se admitía de forma exclusiva el plano de la protección de la intimidad. Resta en este contexto, hacer mención a otro interrogante: ¿Existe en este plano una política gubernamental sobre la informática?. La respuesta debe ser obligadamente afirmativa, en el interior de una notoria opción por un sistema promocional y desarrollista, que se enlaza con un amplio apoyo a la liberalización del mercado. Se esboza de tal manera una política de «estímulo» a ultranza, que puede tener su justificación en necesidades generales o derivadas del propio sector. Programación que en todo caso se contrapone a otro tipo posible de modelos, como por ejemplo el proseguido en Francia, en el que aún siguiéndose una política pública de promoción de la tecnología propia, incluso relacionando independencia tecnológica con soberanía nacional, muestra una paralela preocupación por intervenir, mediante los correspondientes mecanismos institucionales de control y supervisión, en todas sus consecuencias sociales.

La programación española avanzara con decisión en unas líneas normativas acordes con la previsión de partida, desde el R. Decreto de 28 de julio de 1983, titulado de órganos de elaboración y desarrollo de la política informática del Gobierno, que enunciaba los objetivos prioritarios en la materia, hasta la reciente ley de las telecomunicaciones (de 18 de diciembre de 1987). No obstante, la ordenación donde de forma más evidente se formula el propósito gubernamental, es con ocasión de los denominados Planes electrónicos e informáticos nacionales (P.E.I.N. en adelante).

El primero se dictó en 1984, suponiendo en su máxima expresión la culminación de la informática contemplada como problema puramente técnico y no como una determinada cuestión política (López Garrido). Con tal finalidad, el Gobierno se comprometía en un amplio abanico de medidas dirigidas a

fomentar el sector de la electrónica y la informática, para lo que se establecía una planificación y coordinación en las compras del sector público, impulsándose la creación de bases de datos, y con el fin último, en expresión de persona tan significativa como Clavell, «de estimular el proceso de modernización de la sociedad española».

El segundo P.E.I.N. está en avanzado estado de desarrollo; el mismo, tras proponerse igualmente la promoción del sector electrónico e informático, así como de la electrónica de consumo, pretende la adaptación a la reglamentación específica de la C.E.E. buscando la concertación con las multinacionales del sector, sin por ello prescindir del nivel promocional a las industrias nacionales. En igual dirección, puede mencionarse a la ley de 14 de abril de 1986 de Fomento y Coordinación general de la investigación científica y técnica, que prevé un Plan nacional de investigación científica y desarrollo tecnológico, igualmente de acritica promoción.

Con cierto aire conclusivo puede en este momento señalarse que existe una indudable coherencia entre la «vaciedad» del 18.4 de la Constitución, y el decurso posterior que se perfila en esta materia, todo el proceso interiorizado en una sociedad industrial avanzada, si bien no puntera. Nada más explícito para confirmar esta real política que el excelente volumen elaborado para el gabinete de Presidencia del Gobierno y coeditado por este organismo, titulado *El Desafío tecnológico. España y las nuevas tecnologías*. (Madrid, 1986). Partiendo de la afirmación del prologoista, el presidente Felipe González, consistente en que «el Gobierno está dispuesto a situar a nuestro país en un lugar adecuado en este nuevo mundo suscitado por la tercera revolución industrial», se propugna en el informe el prioritar la implantación de las multinacionales actuantes en el sector, constituyendo un tejido industrial productor de nuevas tecnologías, fundamentalmente mediante el desarrollo de empresas de distintas dimensiones, capaces de producir una amplia gama de productos en los sectores clave de microelectrónica, informática, telecomunicaciones, automatización industrial y de gestión, biotecnología y nuevos materiales.

Posición que no impide que en diversas partes del volumen, se defienda la necesidad de «un debate informado» o un «debate nacional», del mismo modo que se reconoce que para el Estado democrático es necesario que existan una serie de controles legales y jurídicos para el uso de la informática por parte del Estado. Sin embargo, las cautelas y reservas cara a este debate y sucesivos controles, se plantean de inmediato, reclamándose una necesaria «flexibilidad legislativa»; en todo caso, se indica que las resistencias de algunos medios de opinión a las nuevas tecnologías en España, tiene un significado bastante distinto al que dicha crítica puede cobrar, por ejemplo en Estados Unidos o en Japon. «Lo que en estos países puede ser un elemento moderador de la unidimensionalidad tecnológica, en España puede transformarse finalmente en aliado de la rutina burocrática o del corporativismo profesional». (Página 317)

En el transfondo de toda esta política, se halla cu-

bierta y subyacente, una deforme «razón de estado», que propugnaria como de interés general, la estricta promoción tecnológica, tanto a nivel de multinacional como en el interior doméstico. Política que implicaría el premeditado arrinconamiento de peligrosos debates contradictorios, y en mayor medida, la eliminación de cualquier normativa restrictiva o limitativa de la incidencia social del nuevo fenómeno tecnológico.

Estas son las posibles claves que explican las razones de una voluntaria dilación. La irreversibilidad del proceso, su imposible vuelta atrás por la fácil vía de una norma, no significa que ésta no sigue siendo tanto más necesaria; no sólo por acomodarnos a la práctica totalidad de los países democráticos; también por exigencias constitucionales, y en última instancia, de justicia.



Centro de Estudios Constitucionales

NOVEDADES

	Pesetas		Pesetas
CONSTITUCION ESPAÑOLA: 1978-1988. (3 Vols.) Obra dirigida por Luis Aguilar de Luque y Ricardo Blanco Caviales	35 000,—	ESTADO SOCIAL Y DERECHOS DE PRESTACION. José Manuel Casasnovas Díaz	1 800,—
LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX VISTA POR SUS CONTEMPORANEOS. (2 Vols.) Gonzalo Menéndez Pidal	6 000,—	JURISDICCION E INDEPENDENCIA JUDICIAL. Juan Luis Requena Pulgar	1 700,—
Vol. I	6 000,—	PASHUKANIS Y LA TEORIA MARXISTA DEL DERECHO. Remigio Corral Saigada	800,—
Vol. II	1 600,—	METODOLOGIA Y DERECHOS HUMANOS. Andrés Ollero Tassara	2 000,—
ETICA A NICOMACO (reimpresión) Aristoteles	1 400,—	MICHEL FOUCAULT: UNA FILOSOFIA DE LA ACCION. Julián Sanjauliá González	2 200,—
ESCRITOS POLITICOS. Diderot	1 400,—	TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA. Robert Alexy	2 300,—
ESCRITOS POLITICOS. Benjamin Constant	1 400,—	CONSTRUCTIVISMO ETICO. Claudio S. Neco	1 300,—
LA REPUBLICA DE LOS LACEDEMONIOS Y LA REPUBLICA DE LOS ATENIENSES (reimpresión) Jenofonte y Pseudo Jenofonte	900,—	ESTUDIOS SOBRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE HEGEL. Eduardo de Gabriel Amengual	2 300,—
MANIFIESTO OBRERO Y OTROS ESCRITOS POLITICOS. Ferdinand Lassalle	1 600,—	CURSO DE TECNICA LEGISLATIVA (Cuadernos y Debates nº 14) Serie de Técnica Legislativa. J. Giret	1 700,—
POLITICA. (reimpresión) Aristoteles	1 800,—	SOBRE EL NACIONALISMO ESPAÑOL. (Cuadernos y Debates nº 15) Andrés de Blas Guerrero	800,—
LA MONARQUIA DEL MESIAS Y LA MONARQUIA DE LAS NACIONES T. Carrapanella	1 600,—	LA EFICACIA TEMPORAL Y EL CARACTER NORMATIVO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. (Cuadernos y Debates nº 16) Lorenzo Martín Bertrando, A. Rodríguez Bereijo y otros	700,—
ESCRITOS POLITICOS. Juan Romero Aiguante	5 000,—	ANALISIS CRITICO DE LA TEORIA MARXISTA DE LA JUSTICIA. (Cuadernos y Debates nº 17) María Diego Farrell	1 000,—
DISCURSO PRELIMINAR A LA CONSTITUCION DE 1812 (reimpresión) Agustín de Arguñales	500,—	ADECUACION AL ORDENAMIENTO Y FACTIBILIDAD PRESUPUESTOS DE CALIDAD DE LAS NORMAS (Cuadernos y Debates nº 18) M ^{ta} Jesús Montoro Oliver	800,—
SAAVEDRA FAJARDO Y LA POLITICA DEL BARROCO. (reimpresión) Francisco Muñillo Ferral	1 800,—	IGUALDAD EN LA APLICACION DE LA LEY Y PRECEDENTE JUDICIAL (Cuadernos y Debates nº 19) Andrés Ollero Tassara	800,—
¿POR QUE DEMOCRACIA?. Alt Ross	1 500,—		
TRANSICION POLITICA Y CONSOLIDACION CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLITICOS. Angel Rodríguez Díaz	1 600,—		
PARTIDOS POLITICOS Y CONSTITUCION. Un estudio de las actitudes parlamentarias durante el proceso de creación constitucional. Manuel Ramírez Jiménez	1 000,—		
BREVE HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (reimpresión) Joaquín Tomás Villarroya	1 000,—		

DE VENTA EN LAS PRINCIPALES LIBRERIAS DE ESPAÑA
Distribuye ITACA, S. A. López de Hoyos, 141 28002 MADRID TEL. 416 66 00

Derecho al honor y a la intimidad: El problema en la realidad y en el derecho.*

Clemente AUGER

La expresión, extendida en los países de la Comunidad Europea, «protección de la vida privada» es, a veces, empleada en un amplio sentido para designar todas las normas jurídicas cuyo fin sea proteger la vida personal y familiar.

Así ocurre con un gran número de normas de Derecho Privado, especialmente, con aquéllas que ordenan las personas y la familia.

Y así ocurre también con la protección penal referida a la vida privada, como manifestación de los derechos de la personalidad, íntimamente ligados a la dignidad de la persona, y por lo tanto, a su honor. En la Legislación Española la protección penal se ha circunscrito fundamentalmente a los siguientes aspectos:

- A la protección del domicilio, en los tipos de registro o violación domiciliaria del artículo 191. 1º y allanamiento de morada de los artículos 490 y siguientes del Código Penal.
- A la protección documental, profesional y empresarial: en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497; registro de efectos del artículo 191. 2º y 3º y violación de correspondencia del artículo 192; violación de secretos del hogar y del trabajo del artículo 498 y de secretos empresariales o industriales del artículo 499; prevaricación de Abogados por revelación de secretos profesionales del artículo 360; revelación de secretos por parte del funcionario del artículo 367, referidos a lo que tenga conocimiento por razón de su cargo, y del artículo 368, referidos a secretos de un particular.
- Por último, existía una insuficiente protección del mundo privado, del carácter reservado de la imagen o de la palabra, en la falta del artículo 566. 2º, que castigaba la divulgación por medio de la imprenta, litografía o medios de publicación de hechos relativos a la vida privada, que sin ser injuriosos, podían producir disgustos graves a la familia a la que la noticia se refiere. Ha quedado sin contenido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio, de actualización del Código Penal.

De ahí que la mencionada expresión «protección de la vida privada», comprendida en este amplio sentido, no ofrece gran interés, pues existen para

ella, normas jurídicas de finalidades muy distintas y con diferente régimen jurídico.

Pero la expresión es hoy, más a menudo empleada en un sentido restringido para designar las normas que tienen por fin proteger a las personas contra atentados muy concretos, contra aquéllos que atañen al secreto de la vida privada, es decir, a la intimidad. La vida personal y familiar no puede desarrollarse más que en la intimidad de la casa. Tiene necesidad de la tranquilidad y la paz para ser libre. Es, por tanto, necesario prevenir los atentados a la intimidad, y, cuando no sea posible hacerlo, ponerlos fin y sancionarlos.

Y es que al lado de derechos económicos, el hombre es titular de derechos de la personalidad, que en un principio pueden estimarse como derechos fundamentales, indisolublemente ligados a la persona. El sentimiento profundo de discreción y de pudor que existe en el fondo de cada ser humano, exige la protección de su intimidad. Sin semejante secreto, la libertad no existe; la intimidad es uno de los aspectos de la libertad de nuestra existencia.

Los atentados a la intimidad son múltiples, pero pueden ser agrupados en dos órdenes. El primero que atrae la atención es el de la divulgación de la vida privada, es decir, el hecho de llevar a conocimiento del público, o al menos, de un número indeterminado de personas, acontecimientos que pertenecen a la vida familiar y personal.

Pero igualmente importa proteger a las personas contra la investigación en su vida privada, es decir, contra la búsqueda de acontecimientos de su vida personal y familiar. Esta investigación precede generalmente a la divulgación, ya que ésta actúa en virtud de aquélla. Si la divulgación llama la atención en primer lugar, se debe a que es visible y que las investigaciones son, por el contrario, a menudo ocultas, y, como tales, difíciles de comprender por el Derecho.

La protección del secreto de la vida privada implica, por último, la protección de las personas contra la conservación de un documento relativo a ellas, cuando este documento ha sido conseguido por medio de una investigación ilícita. Esta protección es un complemento de la que se admite contra la investigación y es necesaria para prevenir su divulgación.

La necesidad de la protección, en estos tres as-

* Texto de la ponencia presentada por el autor en el Seminario sobre: «La prensa y el derecho al honor y a la intimidad», ce-

lebrado en la Universidad Menéndez Pelayo (Santander) Cursos de Verano, 1989

pectos, proviene del hecho de que existe un lazo entre el secreto de la vida privada y su libertad. Una vida privada objeto de investigaciones y de divulgaciones no es verdaderamente libre, está afectada por el conocimiento que adquieren los poderes y los particulares.

Los progresos de la ciencia y de la técnica han originado amenazas para el respeto de la vida privada y han conducido a la idea de que su protección es necesaria al hombre de hoy, y que debe, desde entonces ser reconocido en algún sentido como un «Derecho del Hombre». Este reconocimiento, alcanzado después de la II Guerra Mundial, culmina los esfuerzos realizados por la mayor parte de los países industrializados para asegurar la protección de la vida privada contra estas nuevas amenazas. Estos esfuerzos han sido a menudo la obra de jurisprudencias que han utilizado para esta finalidad las técnicas propias de los derechos subjetivos, de las libertades públicas y de la responsabilidad civil.

Es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada en París el día 10 de Diciembre de 1948, donde la protección de la vida privada ha sido reconocida, por primera vez, como un Derecho del Hombre en su artículo 12. Inspirándose en la Declaración Universal, la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada el 4 de Noviembre de 1950, y entrada en vigor el 3 de Septiembre de 1953, reconoce igualmente la protección de la vida privada como un «Derecho del Hombre», en su artículo 8. La protección de la vida privada ha sido igualmente reconocida como un «Derecho del Hombre» por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de Diciembre de 1966 y entrado en vigor en 1976. La protección de la vida privada, en fin, ha sido reconocida como un «Derecho del Hombre» por la Convención Americana relativa a estos Derechos adoptada el 22 de Noviembre de 1969, en su artículo 11.

La Convención Europea supone un progreso, al distinguir la protección de la vida privada de la del honor. La Declaración Universal, el Pacto y la Convención Americana reúnen en la misma disposición la protección contra las intromisiones en la vida privada con la protección contra los atentados al honor y a la reputación. La Convención Europea consagra solamente en su artículo 8 el derecho al respeto de la vida privada, siendo la protección del honor distinta de la de la intimidad. No tiene la primera por fin proteger la paz y la libertad de la vida personal y familiar, sino la reputación y estima de las personas. No esta, por tanto, limitada a la vida privada, sino que se extiende a las actividades públicas.

Sin embargo, es preciso preguntarse si la vida privada está también protegida en el cuadro geográfico más limitado de las Comunidades Europeas. Si bien la Comunidad Europea tiene sobre todo un fin económico, expresado en el artículo 2º del Tratado de Roma, el Tribunal de Justicia de las Comunidades se ha pronunciado en el sentido de que los Derechos Fundamentales de la Persona están comprendidos en los Principios Generales del Derecho Comunitario que este Tribunal garantiza. Es preciso

preguntarse entonces si el Tribunal incluye en estos Derechos Fundamentales el Derecho al respeto de la vida privada.

El Tribunal de Luxemburgo, a partir del Derecho de los Estados Miembros, ha desarrollado una concepción comunitaria de los Derechos Fundamentales. Ha decidido que para determinar si se está en presencia de tal derecho, se ha de remitir a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros y no podría admitir entonces medidas incompatibles con los Derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución de estos Estados.

Por tanto —no puede haber duda al respecto— no existen Estados de la Comunidad en los que la vida privada no sea protegida con, por otra parte, diferencias importantes en los modos de protección. Todos los Estados Miembros de la Comunidad han ratificado la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.

Así, el Tribunal evitó pronunciarse sobre el reconocimiento de este Derecho en el *caso Stauder*. Pero diez años más tarde, en el *caso National Panasonic* mantuvo que el derecho al respeto de la vida privada es uno de los Derechos Fundamentales que forman parte de los Principios Generales del Derecho que el Tribunal asegura.

(La Comisión de las Comunidades, creyendo que la sociedad de Derecho inglés *National Panasonic*, filial de una sociedad japonesa y distribuidora en exclusiva en el Reino Unido de productos electrónicos, participaba en acuerdos contrarios del artículo 85 del Tratado de Roma, decidió proceder a una auditoria de esta sociedad, que sería notificada a sus administradores por los Agentes de la Comisión, inmediatamente antes de su inicio. La sociedad impugnó la regularidad de esta auditoria y pidió al Tribunal la anulación del acuerdo que la ordenaba, invocando que la Comisión había violado sus derechos fundamentales al omitir la notificación del acuerdo antes de su ejecución, especialmente el derecho al respeto de la vida privada y familiar del domicilio y de la correspondencia reconocido por el artículo 8 de la Convención Europea, comprendiendo este derecho no solamente a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas.

El Tribunal admitió implícitamente que el derecho al respeto de la vida privada forma parte de los Derechos Fundamentales y que las personas jurídicas pueden prevalecerse del mismo, teniendo en cuenta la particularidad de su condición en relación a los individuos. Pero declara que este derecho entraña limitaciones que permiten a una Autoridad Pública ingerirse en su ejercicio, con la condición de que esta ingerencia esté prevista por la Ley, que sea necesaria en una sociedad democrática, a una de las finalidades enumeradas por el texto, en particular al bienestar económico del país. En el caso de referencia, el Tribunal mantuvo que la decisión, adoptada en virtud del Reglamento número 17, contribuía al mantenimiento del regimen concurrencial querido por el Tratado, cuyo respeto se impone imperativamente a lo aquí previsto, por lo que no se daba el atentado al derecho denunciado por la demandante.

La protección de la intimidad es obra de la juris-

prudencia que ha sido adoptada por el Legislador y que, después de esta aceptación, la ha impulsado por nuevos desarrollos. Pero no ha sido aislada la aportación de la jurisprudencia y de la Ley a la protección de los intereses morales de las personas; otros no han sido menos importantes, como el del honor, por ejemplo. No basta, por tanto, limitarse al estudio de la formación de la protección del secreto de la vida privada; es preciso distinguirla de otras protecciones de intereses morales de las personas. Esta distinción es de todo punto necesaria, ya que las diferentes protecciones se relacionan, pues un mismo hecho puede lesionar intereses morales diferentes y dar lugar a diferentes protecciones de estos intereses.

Teniendo en cuenta la finalidad de la protección de la intimidad es como se la puede distinguir de otras protecciones. En efecto, tiende a proteger la paz y la tranquilidad de la vida personal y familiar, y, en consecuencia, su libertad, y no debe, por tanto confundirse con intereses morales inspirados por un fin diferente.

Dicha protección es, por consecuencia inexcusable, extraña a la protección de las actividades públicas de las personas. Pero esta exclusión no permite sin más distinguirla con precisión de la protección del honor y de la reputación, de la protección contra la alteración pública y contra la explotación de la personalidad, de la protección de las personas contra la realización y la publicación de su imagen.

Elas tienen distinto fin. A diferencia de la protección de la vida privada, que tiende a asegurar la paz y la libertad de la vida personal y familiar, la del honor tiene por fin proteger la reputación de las personas contra los atentados ilegítimos, y, al mismo tiempo, la de asegurar la paz social que sería violentada por la impunidad de estos atentados. Protege ésta el sentimiento del honor, mientras que aquélla protege el sentimiento del pudor respeto a la intimidad. Las dos protecciones no tienen, por otra parte, el mismo campo de aplicación. La de la vida privada protege únicamente la vida personal y familiar; la del honor protege a las personas contra las alegaciones difamatorias que se refieren, no solamente a su vida privada, sino también a sus actividades públicas. Así, un atentado contra la vida privada puede no ser un atentado contra el honor (como en la alegación pública de que una persona se ha casado por amor). Por el contrario, un atentado contra el honor puede no ser un atentado contra la vida privada (la alegación de que un funcionario, un hombre político, ejerce torcidamente sus funciones).

Sin embargo, existen relaciones entre la protección de la vida privada y la del honor. En virtud de que la mayor parte de las divulgaciones de la vida privada constituyen al mismo tiempo un ataque a la propia estima. Los órganos de prensa más o menos especializados en la divulgación de la vida privada no siempre llevan al conocimiento del público hechos honorables, sino más bien los que pueden parecer contrarios a las denominadas «buenas costumbres», y que llevan consigo de estas manera un atentado al honor y a la estima: explotan «la industria del escándalo». La comunicación al público de un hecho de la vida privada es por tanto susceptible, en la mayoría de los casos, de otorgar a la vic-

tima la posibilidad de utilizar, a la vez, modos de protección de la vida privada y los del honor. Solamente cuando la difamación trata las actividades públicas, es cuando la distinción de la protección de la vida privada y la del honor aparece con claridad.

Es frecuente que una persona sea presentada al público de una manera inexacta, esto puede ocurrir no solamente por la palabra, sino también por el libro, la prensa, el cine, la radio y la televisión, y así es conocida por un número ilimitado de personas. Es por tanto, necesario proteger a las personas contra la alteración pública de su personalidad. Pero es preciso conciliar esta protección con la libertad de expresión, y, en particular, con la libertad de creación y de crítica literaria y artística, que constituye una de sus formas más importantes.

Los recientes progresos de las ciencias y de las técnicas, que han hecho las comunicaciones entre los hombres más numerosas, más fáciles y más rápidas, tienen por contrapartida originar graves amenazas para el secreto de su vida privada. Su protección se encuentra hoy día con dificultades de orden técnico.

Por otra parte, tiene que ser conciliada con la libertad de expresión, consagrada por el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero, desde que esta libertad fué proclamada, su campo de aplicación se ha extendido a nuevos medios de comunicación social. Y hoy consiste sobre todo en la libertad de información, de la que tenemos una concepción exigente, que hace difícil su conciliación con la protección del secreto de la vida privada. Es cierto que la conciliación de la protección de la vida privada y de la libertad de información parece hoy en día más difícil por el reconocimiento de un nuevo derecho del hombre: el derecho a la información. Se comprende ahora que no existe solamente un derecho natural de informar: existe también un derecho natural a ser informado.

La expresión «vida privada», sugiere la posible manera para que esta conciliación pueda ser llevada a cabo. Significa que la vida de toda persona comprende una parte consagrada a la vida personal y familiar y otra a la vida social. El hombre público, que empeña la mayor parte de su vida en las actividades públicas, reserva, sin embargo, una parte a su vida privada. El simple particular, cuya gran parte de su vida tiene un carácter privado, sale a veces a ejercer una actividad pública, por ejemplo, a ejercer su derecho de voto. La parte de la vida entregada a las actividades públicas puede estar al alcance del conocimiento de todos, y puede también ser el objeto de investigación y atención por parte de todos, ya que es por naturaleza pública. La parte de la vida reservada a la vida privada, no puede por el contrario, ser objeto de divulgación, ni ser objeto de investigación, que serían contrarios a su naturaleza. La conciliación de la libertad de información y de la protección de la vida privada debe por tanto realizarse en virtud de la distinción de las actividades públicas, campo de libertad de información, y de la vida privada, que debe de estar a cubierto de investigaciones y divulgaciones.

Si con esta distinción es susceptible de conciliar protección de la vida privada y libertad de informa-

ción, es difícil determinar con precisión los elementos de la vida que deben ser incluidos en la vida privada y los que deben ser considerados como actividades públicas. La dificultad es tan grande que puede parecer insoluble. Sin embargo, la distinción de la vida privada de las actividades públicas no es reciente en el derecho y el estudio de su formación puede ayudar a comprender su alcance. La investigación de su fundamento permite, por otra parte, delimitar el campo respectivo de la vida privada y de las actividades públicas, permite también comprender que la protección de la vida privada de una persona no se prolonga indefinidamente después de su muerte y que llega un momento en que su vida pertenece sólo a la historia.

Es preciso, por tanto, contemplar, ante todo, la formación de la distinción de la vida privada y de las actividades públicas, determinar después el fundamento y el campo de aplicación de esta distinción, señalar, por último la duración de la protección de la vida privada.

El fundamento de la distinción de la vida privada y de las actividades públicas está inspirada, en los Ordenamientos Jurídicos que tienen su origen en el Derecho Romano, por la teoría de la autonomía de la voluntad, que si bien puede haber sido abandonada en principio, subsisten vestigios de ella particularmente trascendentales para este problema. Consiste la teoría, como se sabe, en fundar las normas de Derecho Privado sobre la voluntad de las personas sometidas a estas normas. Las actividades públicas de las personas, se mantiene, pueden ser objeto de investigaciones y de divulgaciones lícitas ya que, al salir del círculo de su vida privada, dan un consentimiento tácito a estas investigaciones y a estas divulgaciones. Lo mismo ocurre para las imágenes que las representan en el ejercicio de una actividad pública: al ejercer tal actividad otorgan su consentimiento. Pero no puede ocultarse el carácter de hecho ficticio de esta explicación, por la superior necesidad de la libertad de información para el mejoramiento de la vida pública, sin efectos relativos ni dependencias de revocabilidad.

Por ello, puede resultar más esclarecedor para la comprensión de este difícil problema la consideración de los límites de la libertad de expresión en los Textos Internacionales, que no prestan particular atención al fundamento invocado.

Los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos —ya citados, y al que se puede añadir la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, elaborada por la Organización para la Unidad Africana—, que reconocen la libertad de expresión e información, no obstante sus variaciones, coinciden sustancialmente en el contenido y límites de esa libertad que se proclama en el artículo 19, en relación con el 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De los mismos Instrumentos y de la Jurisprudencia de los órganos que los interpreta se concluye en el sentido de que esa libertad es un elemento esencial en una sociedad democrática, en cuanto permite el desarrollo pleno de los individuos, a través del conocimiento e intercambio de ideas, datos y opiniones, y su participación en la sociedad mediante la elección de opciones distintas, la crítica política y la

expresión o divulgación de ideas u opiniones sobre la organización y funcionamiento de la sociedad.

La libertad de expresión e información, por su contenido ambivalente, individual y social, requiere del Estado una doble posición, negativa, de abstención de interferir en su ejercicio, y, positiva, para facilitar a los individuos los medios necesarios para que los hechos e ideas lleguen a su conocimiento. Sin embargo, esta libertad y derecho no es absoluta, y, aunque sea excepcionalmente, viene delimitada por el ejercicio de los Derechos y Libertades Fundamentales de otros individuos y por la protección de unos valores sociales, que difieren según los Instrumentos Internacionales, pero que, en todo caso, aparecen a su vez condicionados por unas exigencias de carácter formal y material que expresamente se determinan:

- Las restricciones han de estar establecidas por Ley.
- Han de responder a la protección internacional.
- Han de ser necesarias en una sociedad democrática.

La protección de esta libertad, como de los demás Derechos y Libertades Fundamentales, corresponde primordialmente a las Autoridades del Estado, como requisito inexcusable del imperio del Derecho. Sin embargo, el control internacional subsidiario corresponde a los órganos internacionales establecidos en los respectivos Tratados.

En este sentido, la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, como órganos establecidos en el Convenio Europeo (Sentencias Hadyside, de 7 de diciembre de 1976; Sunday Times, de 26 de abril de 1979; Bathold, de 25 de marzo de 1985; Lingens, de 8 de julio de 1986; Muller y otros, de 24 de mayo de 1988; y Barfor, de 22 de febrero de 1989) viene interpretando restrictivamente esos límites teniendo en cuenta el carácter esencial de ese Derecho en una Sociedad Democrática. La libertad de expresión e información es, por ello, el principio general y los límites y restricciones han de ser la excepción a aquel principio. Igualmente viene exigiendo una proporcionalidad entre el ejercicio concreto del Derecho y la restricción opuesta. Atiende para ello a las circunstancias del ejercicio y a la responsabilidad del sujeto, teniendo en cuenta los deberes que incumben a ciertos profesionales. (Abogados, Profesores, Políticos, Periodistas), cuyo *status* exige un tratamiento diferenciado en cada caso.

Por último, la noción de las restricciones necesarias en una sociedad democrática impone a los poderes públicos el deber específico de no interferir en el ejercicio de la libertad de expresión, sino dentro de estos estrictos límites, pero de manera que no permita poner trabas que impidan el ejercicio de esa libertad, al tiempo que permitan asegurar ese ejercicio de modo que no pueda ser utilizado por individuos o grupos para vaciar los derechos que el propio Tratado reconoce, y, entre ellos, la libertad de expresión e información.

Creo interesante destacar, en materia de libertad de expresión e información datos de la situación en ordenamientos jurídicos ajenos a la tradición roma-

no-canónica, en la más reciente jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1988, otorgó la más alta indemnización por difamación en el caso *Brown y Williamson Tobacco* (tres millones cincuenta mil dólares, de los que dos millones cincuenta mil lo eran en concepto de indemnización punitiva). A cargo de la CBS, por unos comentarios sobre sus campañas publicitarias hechas en una actividad informativa. Esta sentencia explica perfectamente cuál es el procedimiento que se sigue en los Estados Unidos para someter a una persona a responsabilidad por difamación:

- En primer lugar, apreciar si se esta ante información de hechos o ante opiniones, pues éstas son siempre libres.
- En segundo lugar, si hay afirmaciones de hecho, determinar si son falsas.
- En tercer lugar, determinar si nos encontramos ante una persona pública o privada y en el ámbito del debate público o no, para establecer el criterio de responsabilidad respecto a la culpa que se tiene que seguir para juzgar al sujeto respecto a esas informaciones falsas.
- En cuarto lugar, una vez que se establezca responsabilidad, afrontar la cuestión de la reparación de los daños.

Es decir, determinada la existencia de hechos, el siguiente paso es el de determinar si se trata de hechos falsos. La falsedad, sin embargo, no es suficiente para someter esa conducta difamatoria a responsabilidad; es necesario que se acredite el nivel de culpa exigible según la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, y que, al tratarse el demandante de persona pública, y todas las personas jurídicas lo son por definición, debe ser más rigurosa la decisión sobre el conocimiento de la falsedad de la información o el temerario menosprecio respecto a su veracidad. La prueba de la existencia del dolo o de la negligencia grave en la difamación es siempre una ardua tarea que exige una profunda investigación del procedimiento de averiguación de la noticia, y solamente una vez que se prueba la difamación dolosa o gravemente negligente puede obtenerse la indemnización de los daños presuntos y también una indemnización punitiva. En otro caso el daño reparable se reduce a la compensación del daño real y ello aunque el demandante sea una persona privada, bastando en este último caso probar la negligencia del demandado, pues para obtener una indemnización punitiva, también se debe probar la referida difamación dolosa o gravemente negligente.

El Tribunal Supremo, en la demanda del Reverendo Falwell, Predicador tele-evangelista contra la revista *Hustler*, otorga a la sátira política una amplia libertad y declara que la ley no contempla el intento de infligir angustia emocional como algo que debiera recibir especial protección. Y mantiene que no existirá una discusión desinhibida sobre cuestiones públicas si la persona debe soportar el riesgo de probar que habla libre de odio; incluso si realmente lo hace con odio, manifestaciones honestamente creídas contribuyen al libre intercambio de ideas y a la determinación de la verdad. Por tanto, aunque una

motivación semejante puede conducir a responsabilidad en otras áreas del Derecho, El Tribunal piensa que la Primera Enmienda prohíbe tal resultado en el campo del debate público sobre figuras públicas. El Tribunal se autocita al manifestar que el hecho de que la sociedad pueda encontrar una manifestación ofensiva no es razón suficiente para que sea reprimida. Es más, si es la opinión de la persona la que produce la ofensa, ello mismo es la razón para otorgarle protección constitucional; es un dogma fundamental de la Primera Enmienda que los Poderes deben permanecer neutrales en el foro de discusión de las ideas.

La existencia de una campaña publicitaria que utilizaba a un individuo muy parecido a Woody Allen, por tercera vez en el plazo de cuatro años llevó a los Tribunales el conflicto entre los derechos de éste sobre su imagen y la actividad comercial de las empresas que ofrecen dobles de famosos o para fines publicitarios.

Entienden los Tribunales Americanos que no puede ser alegado de forma autónoma un derecho patrimonial sobre la imagen, pero van desapareciendo los efectos prácticos de esta negativa, pues lo que no se acepta como violación del derecho, se acepta como apropiación de la imagen. Tiene esto importantes consecuencias pues al configurarlo dentro del Derecho de la Propiedad, y no de forma autónoma, se permite un control exclusivo de la propia imagen del sujeto, que solo se da en personajes públicos modelos, etc., en las personas que han asociado a su imagen un valor patrimonial. Y si en otras jurisdicciones es el derecho sobre la imagen el que suele invocarse con preferencia, aquí es la interpretación amplia de la competencia desleal.

En España, completando las previsiones del artículo 18.1. de la Constitución, la regulación ofrecida por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no ha inventado, pero sí robustecido de manera muy notable, las acciones civiles para la protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. El uso sistemático de la misma parece que da razón suficiente del éxito de la nueva Ley.

La aplicación de una nueva Ley suscita dos problemas fundamentales: la determinación de la nueva acción civil que la Ley configura, deslindándola de las vías penales que, hasta ahora, eran prácticamente las únicas efectivamente usadas para la protección del honor; y la configuración del ilícito civil que la Ley regula, determinando con exactitud las condiciones que deben darse para que se produzca una difamación efectiva y surja el derecho a obtener una reparación y la obligación consiguiente de prestarla.

La Ley define las lesiones al honor de una manera extraordinariamente amplia y carente de matices. No contiene una sola precisión que ayude a saber si se requiere que el ofensor actúe de forma dolosa o culposa, si se consideran ilegítimos en el mismo plano las opiniones y los hechos difamatorios, si la difamación se produce siempre, aunque lo que se divulgue sean hechos verdaderos, si hay o no situaciones privilegiadas (por razones objetivas o subjetivas, por ejemplo, de naturaleza política), que deban tener un trato especial. Tal y como se construye la infracción civil, da la impresión de que se es-

tuviere estableciendo un sistema de responsabilidad objetiva, en lo que lo único que importara fuera la fijación de la relación de casualidad entre la divulgación de hechos y expresiones y la lesión al honor de las personas. Por otra parte, el problema del deslinde entre las acciones civiles y penales por difamación se está resolviendo por la extraña vía elegida por las partes demandadas, consistente en la alegación de excepción de incompetencia de jurisdicción.

Seguramente el error más significativo de esta tesis radica en haber confundido la incompetencia de jurisdicción con la prejudicialidad penal. Un juez civil ante el que se plantea una acción civil, es competente para conocer de la misma, sin duda alguna. No puede aceptar una excepción de incompetencia porque no se le ha requerido para que se pronuncie sobre la existencia de un delito. Ahora bien, si por cualquier razón se promueve un juicio penal sobre los mismos hechos, surgirá una cuestión prejudicial, con las consecuencias que establece el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole si lo hubiere, en el mismo estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». Salvo este caso, no hay razón para que el juez suspenda el juicio civil, porque para atender las pretensiones de la parte actora no necesita determinar si existe o no un delito, le basta con concretar si constituye el ilícito civil que la Ley de 1982 tipifica.

No hay razón alguna derivable de nuestro Ordenamiento Jurídico para que, planteada una acción civil de las reguladas de la Ley de 5 de mayo de 1982, el juez civil que es competente para conocer de la misma, según los términos de la indicada Ley, recalifique la acción, sustituyendo el demandante, y lo remita a la Jurisdicción Penal. Aunque es posible que los hechos en que se basa la demanda civil sean también constitutivos de delito, si al juez no se le ha pedido que se pronuncie sobre su existencia, no tiene por qué declararse incompetente, porque atendiendo al carácter exclusivamente civil de la acción que se ejercita, sería, sin ninguna duda, competente.

Esta conclusión no puede variar en los casos en que los hechos son constitutivos de un delito perseguible de oficio. Surgirá en este caso, más aún teniendo en cuenta que en los procesos de la Ley de 1982 es parte el Ministerio Fiscal, la obligación de denunciar o de solicitar la incoación del sumario correspondiente. Si a consecuencia de estas iniciativas de denuncia se incoa un proceso penal, el proceso civil se paralizará. Pero no porque al juez que estaba conociendo le falte de pronto la competencia, sino porque habrá surgido una cuestión prejudicial penal que es de resolución precedente.

Muchos menos parece procedente la inhibición del juez civil cuando en un proceso en que, además, está presente el Ministerio Fiscal, el único que plantea que los hechos en que se basa la pretensión son constitutivos de delito es la parte demandada, es decir, el presunto autor de la injuria o calumnia.

Sin embargo, manteniendo la unidad de la acción civil y aplicando también el mismo ilícito civil a toda clase de difamadores, el especial tratamiento de aquéllos supuestos en que los sujetos activo o pa-

sivo están cualificados por su responsabilidad política es perfectamente posible, por vía jurisprudencial, sin modificación de la Ley de 1982.

En atención al artículo 5º. 1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, («La Constitución es la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos») no es difícil estimar que la delimitación del derecho de información del artículo 20. 1. de la Constitución y el contenido del derecho del honor del artículo 18, 1, de la misma juegan de diferente forma cuando se refiere a persona que ostenta un cargo público o político. En este último caso, el derecho a la información del resto de los ciudadanos balancea hacia este campo la resolución de los problemas derivados de una información que a primera vista pueda resultar molesta o, incluso, difamante. El honor opera en estos casos de forma más débil para imponer en su beneficio limitaciones absolutas al derecho de información. Con estos criterios constitucionales puede llevarse a cabo la aplicación de la Ley de 1982, construyendo por vía jurisprudencial el más adecuado sistema de protección, que ha quedado abierto en la redacción del texto.

Después de todo lo dicho, una cosa parece clara: en nuestro Ordenamiento cabe que unos mismos bienes, vida, honor, intimidad, sean afectados por distintas disposiciones y se arbitren, respeto de los mismos, protección y garantías diversas en normas que en ocasiones, tienen un sólo común denominador, como es el caso de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

Con todo, y cuando el atentado es realizado por un particular sobre un bien de la personalidad perteneciente a otro particular, la protección y las garantías se singularizan, pudiendo ser específicamente civiles y no trasladables a otros supuestos en los que el atentado es constitutivo de delito o falta, lo cometa quien lo cometa, o es cometido por los Poderes del Estado o por Funcionarios al servicio de la Administración del mismo.

Específicamente civil es el tratamiento de los bienes de la personalidad en el Código Civil, que gira en torno al fundamental artículo 1.902. Específicamente civil es la garantía jurisdiccional arbitrada en la Sección Tercera de la Ley 62/1978.

Específicamente civil es la protección arbitrada para el honor la intimidad personal y familiar y la propia imagen en la Ley Orgánica 1/1982.

Por otra parte, y cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares, no cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La precedente afirmación por polémica que, a primera vista, pueda parecer, tiene un firme apoyo en las siguientes consideraciones:

- Es coherente con lo que el recurso de amparo ha venido significando a lo largo del tiempo.
- Se corresponde con el pensamiento de muy prestigiosos juristas extranjeros.
- Tiene claro respaldo de nuestras Leyes.
- Es sostenida en fin por la práctica totalidad de la Doctrina Española.

POLITICA LEGISLATIVA ANTIDROGAS. LA ILUSION REPRESIVA

Ramón SAEZ

1. LA LEGISLACION ANTIDROGAS EN ESPAÑA. CONTRARREFORMA EVOLUCION INTERNACIONAL.

En diciembre pasado se reúne en Viena la Conferencia de Naciones Unidas que aprueba una convención contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas cuya más destacada innovación es la específica penalización del consumo. La legislación española en muy pocos años ha sufrido una sorprendente evolución en claro exponente de respuesta represiva ante el llamado problema de las drogas. Ese discurso había sido ya anunciado por algún autor, como Diez Ripollés, que interpretaba coherentemente un comportamiento, nuestra política penal, exigido en los foros internacionales. El cómo y por qué en pocos años hemos recorrido el camino que lleva desde la despenalización del consumo —consagrando ¡qué ironía! un criterio jurisprudencial— al compromiso recién adquirido de criminalizar la demanda es un buen ejemplo de colonización cultural y de sometimiento a la política transnacional —la guerra contra la droga— desencadenada desde los USA.

Repasemos esa evolución.

1.1 La situación previa a la reforma de 1983.

La regulación de 15 de noviembre 1971 inserta en el art. 344 CPF un tipo penal que se caracteriza por:

- a) La configuración de un tipo extraordinariamente abierto, pues junto a una prolija relación de conductas punibles (cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencias, venta, donación o tráfico) se incluía a «los que de otro modo» prómuevan, favorezcan o faciliten su uso. Redacción duramente contestada por la doctrina ya que conculcaba el principio constitucional de legalidad y seguridad jurídica.
- b) No definía el concepto de drogas. La jurisprudencia remitió a las listas de la ONU.
- c) Establecía penas rigurosas (prisión mayor y multa) sin diferenciación entre la nocividad de las sustancias.
- d) Posibilitaba un tremendo arbitrio judicial en la determinación de las penas que podrían ser elevadas o reducidas en un grado en atención a las «circunstancias del culpable y del hecho», fuente de inseguridad jurídica si se piensa que la pena recorría una escala desde los

- e) seis meses y un día hasta los veinte años, y
- e) No se pronunciaba sobre la tenencia para el consumo.

1.2. La reforma parcial y urgente de 1983.

La nueva redacción del art. 344 fue bien acogida por los autores ya que contenía un diseño de política criminal plausible:

- a) Describía las conductas punibles acabando —provisionalmente como luego veremos— con las cláusulas abiertas de incriminación, reduciendo así el ámbito de las conductas punibles.
- b) Consagraba la impunidad de la posesión y tenencia para el consumo.
- c) Reducía sensiblemente las penas y controlaba el desmesurado arbitrio judicial en su determinación, en consonancia con los nuevos principios que avanzaba la reforma parcial y urgente (atenuación generalizada de las penas privativas de libertad, descriminalización y respeto a las minorías), diferenciando según se tratara de drogas duras o blandas en la punición de conductas (prisión menor y arresto mayor, respectivamente). Relacionaba un listado de agravantes.

El nuevo texto planteaba ciertos problemas interpretativos: en el ámbito del concepto penal de drogas, que no define el Código; sobre que drogas debía entenderse causaban grave daño a la salud; la posible referencia a la inocuidad de determinadas drogas no legales, la referencia a la nocividad posibilitó las tendencias doctrinales que propugnaban la no penalización de los derivados del cannabis (Muñoz Conde, Beristain, Gimbernat, Prieto, González Zorrilla); acerca de la punibilidad de la donación ante el silencio legal; la aceptación de las diversas formas de participación; la delimitación de la notoria importancia que determina una agravante específica; la doble tipicidad de drogas/contrabando y la sanción penal del traficante toxicómano, todos ellos resueltos en clave represiva por el Tribunal Supremo en una labor de franca defensa social. Así: se remite el concepto de drogas o las incluidas en las listas anexas del Convenio sobre estupefacientes de 1961, modificada por el Protocolo de 1972 y de la convención de 1971 sobre sus-

tancias sicótropicas; se penalizan los derivados del cannabis y se castiga la simple donación; no se admiten las formas de participación secundaria; se confirma la doble punición con base en un teórico concurso ideal entre contrabando y salud pública; y, por fin, se regatea la aplicación de circunstancias modificativas de la culpabilidad al drogodependiente que delinque con argumentos tales como que «una solución permisiva y exonerativa favorablemente enjuiciadora, conduciría irremisiblemente a la concesión a los drogadictos de una patente de impunidad de nefastas consecuencias para la sociedad» (vid. STS 16.9.82, ponencia de Vivas Marzal), razonamiento esgrimido con reiterada insistencia por esa literatura jurisprudencial. Significativamente el comportamiento de los tribunales inferiores es divergente.

1.3. La Ley Organica 1/1988, de 24 Marzo.

La reforma aprobada por el Parlamento ha sido calificada de giro copernicano (Barbero, p.1974) y de contrarreforma (Prieto, p.2934). Contradice los enunciados de la normativa de 1983, así como los de la misma Propuesta de Anteproyecto de código penal publicada ese año por el Ministerio de Justicia. Nace marcada por la nota de la represión. Traslada el horizonte de la lucha contra la droga desde la plataforma de la prevención y la asistencia al ámbito estricto de la represión (Diez Ripollés, 1988, p.56 y ss.), sobreevaluando necesidades concretas de prevención especial en favor de los delincuentes drogodependientes.

A pesar de las declaraciones de los publicadores oficiales de la reforma (vid. Casas Nombela, p.61 y ss.) la disociación de principios entre la nueva normativa y la anterior es innegable. Excepto en el mantenimiento de la diferenciación entre drogas duras y blandas y la no penalización del consumo, se hace difícil localizar coincidencias técnicas o de principios.

Debe destacarse el excesivo arbitrio que la legislación antidroga pone en manos de los operadores judiciales. Mas que un hallazgo hablaremos de un recuperación de viejos métodos. Términos como «de otro modo», «notoria importancia» y «extrema gravedad» ofrecen unas posibilidades de discrecionalidad inusitadas a la hora de definir las conductas prohibidas y de agravar las penas. Precisamente aquello que denunciábamos como intolerable antes de 1983. Y con una precisa finalidad explicita en los debates parlamentarios: no permitir dudas o resquicios en la criminalización de todas las conductas relacionadas directa o indirectamente con el proceso mercantil de las drogas ilegales que algunas lagunas en la anterior tipicidad habían permitido.

El tipo básico es amplio y ambiguo. Tan extraordinariamente abierto que atenta contra los principios de legalidad y seguridad jurídica (Diez Ripollés, 1989, p.58). El núcleo básico es la conducta de promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas con actos de cultivo, elaboración, tráfico o de otro modo, es decir de cualquier modo. permi-

te una ampliación desmedida de las conductas prohibidas y lleva implícita una política penal y policijal autoritaria (Muñoz Conde, p.454). Señala con precisión aquel autor que el objetivo político criminal encubierto es la inclusión en el tipo de cualquier contribución al consumo, no solo la donación, sin distinción entre actividades lucrativas o no. Una configuración de estas características permite castigar como delito consumado lo que serían meras formas imperfectas de ejecución o simples actos preparatorios y como autores a quienes intervienen en diferentes grados de participación. Con ello se quieren eludir principios generales de la dogmática penal que representan ante todo garantías formales de primer orden. Además, el riesgo acumulado que significa uniformizar comportamientos en un sector de la criminalidad donde se prodigan técnicas de provocación policial (Muñoz Conde, p.454).

Destaca, y así ha sido advertido por todos los observadores, un endurecimiento desproporcionado de las penas. La cárcel puede llegar hasta 23 años y cuatro meses (reclusión mayor en su grado mínimo) en el caso de drogas nocivas para la salud o a 17 años y 4 meses (reclusión menor en su grado medio) para las demás, y la de multa hasta 225 millones de pesetas en los tipos agravados. Este es el verdadero objetivo de la reforma, con la evidente carga de respuesta simbólica a las exigencias internas y externas, de interposición de la llamada ilusión represiva. De esta manera se acaba con principios constitucionales como el de proporcionalidad de las penas. Piensese que se superan las penas previstas para el homicidio y puede equipararse con las del asesinato. Además se configura el comiso y como medida procesal la incautación y embargo de bienes. Comiso que puede llegar a convertirse en una confiscación general de bienes, nuevamente en franca contradicción con la idea de proporcionalidad de todas las penas. Lo más irritante es que esas medidas y penas, todos sabemos, sólo podrán aplicarse en los escalones más inferiores de la cadena de distribución de la industria de la droga. Nunca afectarán a las grandes fortunas que se movilizan con toda seguridad por los mercados financieros internacionales, amparados en las jurisdicciones especiales, en los llamados paraísos fiscales (Arlacchi, p.89 y ss.). El volumen de ganancias, la tasa de beneficios que se obtiene en el mercado con la actual situación prohibicionista es de tal magnitud que —otra obviedad por todos compartida— ninguna pena intimidada. Entonces ¿por qué esta huida al derecho penal?

La nueva reforma introduce nuevas agravantes —al margen del diseño de dos niveles agravatorios acumulativos, dispositivo que permite disparar las penas a las cotas antes reseñadas— entre las que destaca la adulteración, mezcla o manipulación de las drogas siempre que se incremente su nocividad. Se trata de un piadoso intento de vigilar la calidad de la droga sin ninguna incidencia real. Pues la misma clandestinidad del mercado permite y promueve mil y una alteración de las sustancias, en la búsqueda de la tasa de beneficio que corresponde a cada eslabón de la cadena de distribución. La prohibición impide el control de calidad y la posibilidad de prevenir accidentes derivados de su manipulación.

Genera, por tanto, la ignorancia en cada nivel de distribución de la sustancia que se recibe y la que, a su vez, nuevamente manipulada se entrega. Precisamente quien está obligado a manipular la droga en mayores proporciones es el pequeño traficante. Ahí radica su tasa de beneficio o la posibilidad, única posibilidad, de mantener su grado de consumo. Pues bien, es sobre este camello urbano, el primer peón sobreexplotado de la cadena, sobre quien enfoca el aumento de la represión (González Zorrilla, 1987, p.61; Díez Ripollés, 1989, p.87). Las agravantes son de tal magnitud que convierten al tipo básico en la excepción (Belloch, p.85).

Se introduce una remisión condicional de la pena a quienes delinquen por razón de su drogodependencia (art. 93 bis CP) que no llega a convertirse en instrumento de tratamiento específico del problema, ya que no establece condiciones que a menudo resultan más restrictivas que las generales (Maqueda Abreu, p.2286 y ss.). Solo permite su aplicación cuando la pena sea inferior a dos años. Se requiere que se declare probada la drogodependencia y que el reo se encuentre deshabitado o sometido a tratamiento. Que no sea reincidente. Que no haya gozado anteriormente de los mismos beneficios. Que no abandone el tratamiento y que quede acreditada la desahituación. Otro fracaso y otra renuncia. Seguiremos esperando mecanismos eficaces para la suspensión de la pena a prueba y otras fórmulas alternativas a la prisión. No sólo para los toxicómanos.

1.4. La convención de Viena. Drogadictos a las cárceles

La culminación, por ahora de la política expansiva iniciada como cruzada por los Reagan en su declaración de guerra a la droga en un mensaje radiofónico emitido el 2 de octubre 1982 (R. del Olmo, p.41 y ss.) se produce en la Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico. El texto aprobado en Viena lleva fecha de 18 diciembre 1989 y ya ha sido signado por España.

Su contenido destaca, enunciando la política de endurecimiento expresivo y exasperación de los instrumentos penales, por los siguientes rasgos:

- a) No se distingue entre drogas duras y blandas; se incluyen genéricamente bajo el enunciado de estupefaciente o sustancia sicotrópica, al margen de la diferente nocividad (art.3, 1, a, i, del documento E/CONF 82/13, de fecha 18.12.88)
- b) Se amplía el concepto de tráfico ilícito, objetivo único en principio del convenio. Ya en preámbulo se lee que las partes están deseosas (*sic*) de eliminar las causas profundas del problema del *uso indebido* de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, comprendida la *demandas ilícitas* dedichas drogas y las enormes ganancias generadas por el tráfico ilícito. Se pone el énfasis en la demanda y en el uso. En el art. 3, apartado segundo, las partes se comprometen a tipificar como delitos penales cuando se cometan intencionalmente la adquisición, posesión o cultivo de sustancias para el

consumo personal. Ello quiere decir un compromiso gubernamental para criminalizar el consumo personal. Una mayor ampliación de la criminalización sería impensable.

Se incluyen actividades antes no previstas (entrega en cualesquiera condiciones) y se relacionan con profusión todos los comportamientos imaginables en una vorágine que ilumina todas y cada una de las actividades posibles en relación con las sustancias ilegales, desde el cultivo, producción y fabricación hasta el propio consumo.

El círculo represivo contra los narcóticos se ha cerrado. En 1914 una ley de carácter fiscal, la llamada *Harrison Act*, inicia el camino de la prohibición de todo uso no médico de las drogas (Escotado, p.130). Precisamente una norma fiscal y no penal, ya que hubiera exigido, como en el caso de la Ley Seca, una derogación de la norma constitucional con suspensión de los derechos a la intimidad, la libertad de conciencia y a la búsqueda de la felicidad personal. Esa norma encontró resistencia rápidamente entre los jueces americanos. De esta manera lo que fue un simple problema farmacológico y médico se ha convertido en un problema penal, policiaco y económico internacional, hasta el punto de ser objeto de cruzadas mundiales.

- c) Se amplían también los grados de participación punible considerando delitos independientes a un amplio número de conductas relacionadas ya con las sustancias, los medios o los beneficios del tráfico ilícito que sólo con criterios generosos podrían entenderse como participación en las conductas básicas, e incluso actos que ni siquiera pudieran entenderse como preparatorios (tales como los relacionados con los materiales o equipos destinados a la fabricación de las sustancias; Díez Ripollés, 1987, p.350).
- d) Se admiten explícitamente técnicas policiales, que pretenden introducirse de manera genérica, próximas al delito provocado y al uso de agentes provocadores (Díez Ripollés, 1987, p.350). Es preocupante la mención a la entrega vigilada que se define en el art. 1 de la convención como una técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o sustancias por las que se hayan sustituido estas «salgan del territorio de uno o más países. lo atraviesen o entren en él con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes» con el fin de identificar a las personas involucradas en estos delitos. Rápidamente se nos viene a la mente la irrupción de fuerzas especiales de USA en el interior del altiplano Boliviano en operación de castigo contra los llamados narcotraficantes. Se trata nada más ni nada menos que una buena exposición de la doctrina de la seguridad nacional USA. Siguen considerando la lucha contra la droga como un problema doméstico cuyo campo de batalla se encuentra fuera de su país (R. del Olmo, p.52). Entre nosotros cabe también va-

lorar lo que esa racionalización de métodos de guerra sucia puede determinar en nuestra subcultura policial.

- e) Se califican todas las conductas descritas en el convenio como delitos graves por lo que se pide a los Estados signatarios se apliquen penas proporcionadas a esa gravedad (art. 3, 4 a), aconsejándose las de prisión, pecunarias y el decomiso. Se pide la máxima eficacia en el ejercicio de las facultades legales en el camino de provocar un «efecto disuasivo» (art. 3, 6). Se generalizan el principio de justicia mundial y plazos de prescripción prolongados.
- f) El texto aprobado por la Convención está plagado de reticencias hacia los aparatos de la justicia. Sorprende en particular una declaración contenida en el art. 3.7 para que las partes velen, vigilen, porque sus Tribunales tengan en cuenta la gravedad de los delitos relacionados a la hora de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hubieren sido declaradas culpables.

2. UNA EVOLUCION ANUNCIADA

Arriba nos preguntábamos qué ha motivado una tan rápida y contradictoria evolución. Cuáles eran las razones para la elaboración de una verdadera legislación de emergencia, con claro objetivo de expansión e intensificación del control. Precisamente cuando habíamos convenido recientemente que la exasperación punitiva elimina la racionalidad en el sistema jurídico penal (Terradillos, 1988 b, p. 6), al aumentar las penas hasta límites que deberían reservarse para delitos más graves o al castigar más el delito de peligro que el de resultado. Al igual que en el terrorismo, la identificación entre política y moral altera las fuentes de legitimación del sistema punitivo, que se ve obligado a refugiarse en lo sustantivo en los viejos sistemas de la tradición penal autoritaria y en lo procesal a técnicas inquisitoriales y métodos de intervención más propios de la policía que de la Magistratura (Terradillos, 1986 a, p. 26).

Y entonces, ¿por qué se incrementan las penas, si somos conscientes que así no aumenta la eficacia preventiva, y sabemos que ese es el factor imprescindible para garantizar el mejor negocio del mundo?. Es urgente encontrar respuestas satisfactorias.

Estos últimos años los medios de comunicación han dado publicidad a diversas noticias que pueden facilitar claves para la lectura de la nueva normativa. Por un lado, las presiones externas. En los foros internacionales la política de los EE UU. se ha impuesto, transformando los postulados y políticas que se desarrollaban sectorialmente y uniformizando/homogeneizando el discurso transnacional, que causalmente se caracteriza por la militarización de la terminología empleada (García Méndez, p. 140). Precisamente en esos foros, de ello es buen exponente el *informe Stewart Clark* elaborado por una comisión de investigación del Parlamento Europeo, se ha denunciado la permisividad perniciosa de la legislación española en materia de drogas, incluso se

ha llegado a afirmar que hemos vivido periodos de liberalización, se ha puesto en duda la capacidad de España para controlar las fronteras exteriores de la Comunidad que le competen y criticado las trabas y dificultades de nuestra legislación en materia de extradición (vid. Díez Ripolles, 1987, p. 361). Importante ese mensaje simbólico en momentos de integración de nuestro país, a toda costa, en las organizaciones militares, económicas y políticas occidentales y de alineamiento con las políticas por ellas elaboradas.

Antes del convenio de diciembre 1988 dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (resoluciones 39/141 y 39/142 de 14.12.84) adoptaban ya la política expansiva de la guerra contra la droga planeada por el gabinete del Presidente Reagan. Reclamaban la atención sobre el consumo de estupefacientes como problema que exige una inmediata intervención ya que supone, dice, una grave amenaza para el desarrollo económico y social de los pueblos, para su salud pública, su bienestar físico y moral y su seguridad; y silenciaban interesadamente la diferencia de trato entre el consumo y la producción y el tráfico a la hora de criminalizar y sancionar los comportamientos

Por otro lado los *mass media* han contribuido a ofrecer la imagen/estereotipo de «la droga», una imagen en principio fabricada por el propio sistema a la búsqueda de su legitimación, imagen de la realidad que, según el teorema de Thomas, influye y recrea la realidad misma, acercando la imagen real a la previamente fabricada, en un proceso de autorreproducción material (Baratta, p. 27 y ss.). Pues bien, sectores de la opinión pública se han movilizado frente a lo que percibían como ineficacia y pasividad del Gobierno. Así las madres de drogadictos y las coordinadoras de barrios. La demanda desesperada de los sectores de la ciudadanía que más dolorosamente viven/conviven el problema de las drogas ha sido manipulada e interpretada en clave represiva y utilizada como argumento y coartada ideológica para aumentar las penas, manejando habilmente el fetiche de la ilusión represiva e ignorando las denuncias y mensajes más válidos de su protesta: la corrupción policial generada por la política de prohibición y la injusta y discriminatoria persecución de los más débiles, situados en los escalones más explotados del ciclo de la economía de la droga, el consumidor/tráficoante (González Zorilla, 1988, p. 49).

La reforma ha sido anunciada en las escandalosas operaciones antidroga, consistentes en redadas masivas con amplio despilgüe de funcionarios policiales, nula incidencia en el tráfico y fabulosa repercusión en los medios de comunicación de masas. Las razones y el contexto de la reforma ponen de evidencia que aquella responde a las exigencias de la coyuntura política, nacional e internacional, y no a razones de política criminal. Así, los voceros de la reforma nos hablan de un aparente crecimiento sostenido de la droga, de un aumento de la presión informativa, de que en los foros internacionales ha tenido eco la lenidad de nuestra legislación, que existe un movimiento amplio de derecho comparado al que sería necesario seguir los pasos (Casas Nombela, asesor del Ministro de Justicia, p. 59 y ss.).

3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS Y PRACTICA JUDICIAL

Puede admitirse que el instrumento diseñado para la lucha contra el tráfico de drogas es ineficaz. Ineficaz para controlar el tráfico. Ineficaz para reducir la criminalidad organizada. Ineficaz para controlar el consumo, si es que aceptáramos como premisa —que no lo hacemos— esa necesidad. Al contrario, los objetivos deberían ser, en todo caso, *educar* para el uso de las drogas, como comportamiento que es susceptible de valoración positiva en la medida que fomente la realización personal y la comunicación interpersonal (Diez Ripollés, 1989, p. 127) y *prevenir* el abuso. No sólo es más económico. También más civilizado.

El aparato administrativo, jueces y policías, o mejor por este orden: policías y jueces, integrados en el subsistema preventivo de policía (Ferrajoli, p. 4), perciben la inutilidad del instrumento que se les entrega para tamaña presa, la guerra contra las drogas. Como siempre, sufren las garantías procesales. Ceden, decimos entre nosotros. Cuando la herramienta no llega hasta el fondo de la madriguera hay que alargar el brazo. El legislador es consciente de esa realidad. La sociedad reclama mano dura contra los traficantes. En respuesta demos vara larga a los jueces: como hemos visto rescatando del baúl de los recuerdos las malditas tipicidades abiertas. Permitir la arbitrariedad judicial en materia de drogas ha sido un objetivo manifiesto y declarado del legislador. Aquí no caben imprevisiones ni lecturas inocentes. El objetivo complementario de la reforma, al revés de la trama, ha sido impedir la suavidad detectada en cierta jurisprudencia que no se corresponde con los nuevos tiempos. Había que impedir decisiones peligrosas de algunos Tribunales. Para ello se cierra el círculo de la criminalización de manera expresa. Incluyendo conductas y formas de participación expulsadas fuera del campo de la prohibición penal por vía de cierta praxis judicial. Haciendo imposible, cuando menos muy difícil, las libertades provisionales, que tanto desmoralizan y escandalizan a los aparatos policiales. Salir al paso, en definitiva, a las posturas más radicalmente garantistas que se manifiestan, en este como en otros muchos temas, en el seno de la Magistratura, sentidas como barreras a rebasar en la ardua guerra contra la droga, cuyas premisas exigen duras y ejemplares condenas sobre todos y cualquiera de los ejemplares de la fauna que vive en el mundo del mercado clandestino sin distinción. Tal y como exige en Italia el impaciente Craxi, profeta recién incorporado a la cruzada, o expone el plan Bush para limpiar de camellos las calles de Washington y reimplantar la ley y el orden en la ciudad, convertida en capital del crimen por la irresponsabilidad de un alcalde negro y sospechoso de consumir droga. Ahí es nada.

La exasperación de las garantías del proceso se produce anticipando la intimidación y los efectos de prevención general al momento de la prisión provisional, que se convierte así en pena anticipada para los traficantes, generalmente sorprendidos con la mercancía en las manos. Considerando autores a to-

dos los partícipes. Eliminando las posibilidades de admitir formas imperfectas de ejecución. Siempre se consume el delito. Ampliando la esfera de actuación e intervención de la policía mediante redadas y otros métodos de disuasión y control social de ocupación de la calle frecuentes en nuestra historia antidemocrática reciente.

Ante la carencia de medios aptos para combatir la criminalidad organizada se generaliza el uso y ensayo de métodos de dudosa legalidad, se obliga a los jueces —tan necesitada, sin embargo, nuestra cultura forense de pautas democráticas, de pedagogía constitucional, de referentes de legitimación en la labor de garantizar derechos y libertades, de vinculación de los operadores judiciales a los derechos y no a las leyes en sí mismas— se obliga al juez a actuar plenamente en el ámbito del derecho administrativo de policía, aparcando, aun sólo momentáneamente —¡que ilusión!— las garantías constitucionales, para conceder observaciones telefónicas indiscriminadas y registros domiciliarios masivos e infructuosos, so pena de ser expuesto ante la opinión pública como el culpable de la facilidad de movimiento de los traficantes. En el enfrentamiento con ese reto imposible —la lucha contra la droga con simples mecanismos represivos— la Magistratura pierde su propia identidad. Se refugia en la subcultura policial. Ese es uno de los efectos de la ilusión represiva.

De esta manera la legislación de emergencia toma carta de naturaleza, deviene normal. En principio solo para el tratamiento diferenciado del terrorismo. Después también con los extranjeros. Ahora con los narcotraficantes. De cualquier manera se trata de encubrir las graves deficiencias del sistema penal, que lleva en sí mismo el germen de su propia incapacidad para resolver los conflictos que genera la sociedad.

Mientras tanto el desorden, la ineficacia y la inmoralidad que definen nuestra Administración, cómo no, también el aparato de la Justicia, suponen un terreno abonado para la actuación y penetración de la criminalidad organizada que genera la prohibición de determinadas drogas. Actuación en busca de la obtención a cualquier precio de los típicos servicios que prestan las diversas administraciones: libertades, informaciones, impunidad, favores, cohechos y cohechos.

Bibliografía citada

- Arlacchi, Pino. «Tendencias de la criminalidad organizada y de los mercados ilegales en el mundo actual». *Revista Poder Judicial*, n. 16, p. 84 y ss. 1984.
- Baratta, Alessandro. «Introducción a la criminología de la droga». *Comunidad y Drogas*, monográfico n. 3, p. 27 y ss., mayo 1988.
- Diez Ripollés, José Luis. «La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente». *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 347 y ss. 1987.
- Diez Ripollés, J. L. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la ley orgánica 1/1988*, de 24 marzo. Tecnos, Madrid 1989.
- González Zorrilla, Carlos. *Drogas y cuestión criminal*. En *Pensamiento criminológico II. Estado y Control*, ed. Bergalli, R. y Bustos, J. p. 179-220. Península, Barcelona, 1983.

Gonzalez Zorilla, C. «Drogas y control social» *Poder y Control*, n. 2 p. 49-65 Barcelona 1987.
Gonzalez Zorilla, C. «Politica criminal y drogodependencias». *Comunidad y Drogas* Monografico n 3 p 45-57. Madrid 1988.
del Olmo, Rosa «La cara oculta de la droga» *Poder y Control*, n 2 p 23-48 1987.
Escohotado, Antonio *Majestades, Crimenes y victimas* Anagrama Barcelona. 1987
Prieto Rodriguez, Javier Ignacio «En torno a la ley orgánica de 24 marzo de 1988 de reforma del código penal sobre tráfico ilegal de drogas» *Actualidad Penal*, n. 47, p 2 393-2.421, 1988
Barbero Santos, Marino. «La droga en España Problematica social, juridica y jurisprudencial». *Actualidad Penal*, n 38 p 1.965-1.984. 1988
Maqueda Abreu, Maria Luisa «Observaciones criticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas». *Actualidad Penal*, n 44 p 2.285-2.291. 1988
Ferrajoli, Luigi «Justicia Penal y democracia. El contexto extra procesal». *Jueces para la Democracia. Informacion y Debate* n

4, p 3-7 1988 Terradillos Basoco, Juan. «Politica Criminal frente a las drogas» *Ponencia presentada al I Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal de Buenos Aires*, ejemplar dactilografiado, 1988 a.
Terradillos Basoco, Juan *Terrorismo y derecho Tecnos* Madrid 1988 b.
Belloch Julbe, J A «La reforma del art. 344 del CP una visión judicial». *Comunidad y Drogas* monografía n. 3. p. 71-90. 1988.
Casas Nombela, J J «Aspectos fundamentales de la actual reforma de los delitos de tráfico ilícito de drogas». *Comunidad y Drogas*, monográfico n 3 p 59-70. 1988
Garcia Mendez, E. «Drogas, ¿qué politica criminal para la Argentina democratica?» *Poder y Control* n 2 p 139-149. 1987
Muñoz Conde, F. *Derecho Penal Parte Especial*, 7. ed. 1988. Naciones Unidas Consejo Económico y Social Texto de Convencion acordado por el comite de redaccion Convencion de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicótropicas Doc E/Conf 82/113 ejemplar dactilográfico 18 12 1988

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Prueba ilegitimamente obtenida*

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

«Non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa*». (C. Beccaria. «Dei delitti e delle pene», cap. XX.)

I

El episodio del juicio de la *Sota de Corazones* con que el reverendo Dodgson —más conocido por el pseudónimo de *Lewis Carroll*— amenizó una gira fluvial en compañía de las hermanas Liddell (entre ellas, la celeberrima Alicia), puede, hoy, hacernos sonreír, evocando, con nostalgia, nuestros años infantiles. Y, sin embargo, como ironizaba el profesor Fanchiotti, hay motivos sobrados para sospechar que nuestra Justicia Penal de la postmodernidad no esté lejos de aquel juicio imaginado.

Cuando la maquinaria represiva estigmatiza al *Señor K.* de turno con la etiqueta de *imputado*, comienza su área una cohorte de iluminados, encendidos de celo por la sagrada causa de la Sociedad. El redactor de la *Exposición de Motivos* de nuestra antañona Ley de Enjuiciamiento Criminal recelaba de ellos. A sus ojos, el sospechoso es un enemigo del Pueblo contra el que debe estar permitido utilizar toda clase de armas.

Un *Señor K.* bien real, el señor Kuruma, fue sometido a registro por dos funcionarios policiales de Su Graciosa Majestad británica. Kenya se encontraba bajo estado de excepción en aquellos años turbulentos que precedieron a la declaración de su independencia. En los bolsillos de Kuruma fueron encontrados dos paquetes de munición. Fue juzgado y condenado por su ilícita tenencia.

El Tribunal de Apelación para África Oriental, y el comité judicial de Privy Council rechazaron la apelación interpuesta contra el fallo. Su parecer, expresado por lord Goddard, al resolver el recurso en 1955, fue claro: «... el criterio aplicable para decidir si una prueba es admisible estriba en si es relevante para el caso en cuestión. Si lo es, resultará admisible, y al Tribunal le importa poco cómo se obtuvo la prueba...». Rastreando antecedentes. Su Señoría conseguía exhumar uno, bien añejo. En 1861,

al resolver el asunto *Leatham*, el Juez Crompton, tuvo que afrontar la queja de un recurrente, quien denunciaba que se había utilizado en su contra una carta conocida, en el curso de una declaración, sobre cuyo contenido debían guardar reserva los funcionarios administrativos instructores del expediente. La respuesta fue tajante: «No importa cómo se ha conseguido la carta: aunque hubiera sido robada, habría sido admisible como prueba...».

No pasaría un decenio antes de que este criterio fuese revisado. El señor Payne había sido acusado de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En Comisaría consintió que un médico de la Policía lo examinase. Una gente le aseguró que era sólo para comprobar si se encontraba indispuerto y que no se le ocurriría proponer su testimonio para acreditar la posible ebriedad del conductor investigado. Payne accedió (sin duda estaba realmente bebido); el policía no cumplió su compromiso y aquel fue condenado. Recurrió y la *Court of Criminal Appeal* —en 1963— atendió sus razones. La artimaña (*trickery*) policial había dado lugar a que el juicio contra Payne no fuera limpio. Comentando la sentencia, Richard May hace notar que el centro de gravedad se ha desplazado desde la *relevancia* de la prueba, al influjo de la admisión de la ilegalmente obtenida sobre la *limpieza (fairness)* del juicio. Este concepto, realmente impreciso, se resiste a ser reducido en esquemas preestablecidos, y ha de ser decidido caso por caso, lo que acarrea una dosis de inseguridad jurídica. No parece que ello inquiete a la Magistratura británica, a juzgar por las optimistas manifestaciones de confianza que, sobre el buen sentido de sus componentes, hizo el Juez Fraser en el caso *Sang*, en 1979.

En los veinte años que siguen al asunto *Payne*, la Jurisprudencia inglesa (menos decidida que la de Escocia) vuelve sobre sus pasos. La idea de la relevancia resucita en el caso *Jeffrey vs. Black*, en 1978, a propósito de un hallazgo de drogas en el cur-

* Ponencia presentada por el autor en el curso sobre «Poder judicial y proceso penal», Universidad Hispanoamericana Santa

so de un registro sin previo mandato judicial, y el alcance del criterio de la *unfairness* se matiza en el asunto *Sang*, ya aludido.

Su triunfo llegaría de la mano de la *Police and Criminal Evidence Act*. de 1984. Su artículo 78 establece con claridad que el Tribunal podrá rechazar una prueba de cargo cuando «... teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquellas en que fue obtenida, su admisión produciría un efecto tan negativo sobre la limpieza (*fairness*) del procedimiento, que el Tribunal no deberá admitirla...». Según informan Cowsill y Clegg, durante el debate parlamentario, el borrachín Mr. Payne fue reiteradamente recordado por el lord Canciller.

La sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional español, contiene —entre otros— este breve apunte comparatista: «... Por lo general, los países del “*common law*” hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad de la prueba procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el cual se rechaza la prueba ilegalmente obtenida. Si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó con un agente público...». En virtud de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de las *exclusionary rules*, «... en términos generales no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en *United States v. Janis* (1976), la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda, tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».

En efecto, inicialmente, se importó a las antiguas colonias de Ultramar el principio de *Derecho común* «*male captum, bene retentum*». La prueba ilegítimamente obtenida, podía servir para formar la convicción judicial si era regularmente incorporada al proceso.

La primera mitad del presente siglo fue testigo de la polémica que enfrentó a dos auténticos mitos de la Magistratura norteamericana. Benjamín Natham Cardozo abrazó la opinión tradicional. Según ella, cuando se llegaba a acreditar la existencia y autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, deberían ser castigados los dos ilícitos: tanto el crimen descubierto como la ilegal obtención de la prueba que condujo a su descubrimiento.

La Sentencia del caso *Olmstead vs. U.S.*, en 1928, decidió el recurso contra una condena de traficantes de alcohol. La *cruzada* de entonces, puede verse ahora con suficiente perspectiva histórica, como un *ensayo general con todo* de la que actualmente se viene desarrollando contra el tráfico y consumo de drogas prohibidas, y de ahí el valor pedagógico del caso. La prueba de cargo fundamental había consistido en una intercepción —no ordenada judicialmente— de una conversación telefónica. La mayoría de la sala entendió que no violaba la IV Enmienda a la Constitución (derecho a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones). Sin

embargo, se formularon cuatro votos disidentes. Uno de ellos, se debía a una autoridad en la materia, el juez Louis Brandeis. Otro, al no menos ilustre Magistrado Oliver Wendell Holmes. A su juicio, se hace preciso elegir entre dos cosas igualmente deseables, pero que, por desgracia, no son compatibles. «... Es en verdad deseable —argumenta— que los delincuentes resulten descubiertos y que cualquier prueba existente sea utilizada para este fin, pero también es deseable que el Gobierno no se ponga al mismo nivel que aquéllos y pague por otros delitos, ni que estos sean los medios para obtener la prueba de los perseguidos inicialmente. Es necesario elegir y, por lo que a mi concierne, prefiero que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel inicuo...»

Esta perspectiva del *mal menor* iba a acabar por imponerse, especialmente a partir de la Sentencia dictada en el caso *Mapp vs. Ohio*, en 1961. Con ella se consolidó el criterio —que no dejaba de contar con precedentes— que proclamaba la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de la IV Enmienda a la Constitución. La sentencia, además, declaró aplicable esta doctrina a las jurisdicciones estatales, y no sólo a la federal, por la vía de la invocación de la cláusula del derecho al *procedural due process of Law*, contenida en la XIV Enmienda.

La jurisprudencia norteamericana posterior insistió en esta línea garantista. El clima político favoreció la orientación liberal del Tribunal Supremo Federal, presidido por Earl Warren. El profesor Enrique Alonso Garcia ha llegado a afirmar que «... de 1954 a 1970 el Tribunal Warren literalmente cambió al Constitución...», merced a una interpretación de sus normas, atenta a la nueva sensibilidad colectiva.

Su método de trabajo fue eminentemente casuístico, a partir del *balancing approach*, consistente en ponderar el peso de los intereses en juego, tomando como base unos específicos preceptos constitucionales: las Enmiendas IV, V, VI y XIV, donde se consagran los derechos a la seguridad, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, a la defensa en juicio y al proceso debido.

El argumento tópico, sobre el que se sustenta la inadmisibilidad de la prueba obtenida ilegítimamente, se centra en el propósito de disuadir al aparato policial de acudir a tales métodos investigadores prohibidos, so pena de ver condenados al fracaso sus esfuerzos, y al margen las responsabilidades (civiles, penales o administrativas) en que puedan incurrir los funcionarios que hicieron uso de aquellos. Ya en 1964 el Tribunal Supremo federal, en el caso *Elkins vs. U.S.*, no dudó en reconocer que la prohibición de aprovechar el resultado de una prueba ilegítima constituía «... the only effectively available way...» para controlar a la Policía.

El radio de acción de esta prohibición probatoria no se restringe a los hechos directamente conocidos mediante la prueba prohibida (*original evidence*), sino que llega a las adquiridas de forma derivada (*derivative evidence*) a partir de aquella, con arreglo a la doctrina plásticamente conocida como de *los frutos del árbol venenoso*. Por muy regularmen-

te que se practique un registro domiciliario, que conduzca al descubrimiento de armas, o de drogas, o de efectos procedentes de un robo, estos hallazgos no podrán ser aportados como prueba de cargo, si el conocimiento de su localización se logró merced a la información proporcionada por un interrogatorio bajo tortura.

Naturalmente, toda esta construcción doctrinal, marcadamente empírica, tiene sus límites. Ante todo, si el objetivo es el control de los agentes policiales, no se extenderá a la obtenida ilegalmente por particulares (no aludidos, además, por la IV Enmienda), según reitera la sentencia *U.S. vs. Jacobsen*; e incluso —aunque haya dado lugar a severas críticas, y existan fallos discrepantes— por oficiales de Policía extranjeros (mejicanos, en el caso *Brualy vs. U.S.*).

Por otra parte, para declarar la inadmisibilidad del material probatorio es preciso, no sólo demostrar la vulneración de un derecho reconocido constitucionalmente, sino, además, la relación de causalidad que la ligaba a la obtención de aquél.

Tampoco pesa la prohibición de aprovechamiento sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos, por otras vías, en el curso de la investigación. Este criterio de la *inevitable discovery*, consagrado por la sentencia *Nix vs. Williams*, en 1984, cuya aplicación práctica puede obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos, constituye un intento de recortar el alcance de la Jurisprudencia precedente.

Para entender adecuadamente este nuevo rumbo jurisprudencial, es preciso no olvidar que, en el presente decenio, se consolidó una ruptura de la línea liberal, que comenzó tímidamente cuando el Juez Warren Burger asumió la presidencia del Tribunal Supremo federal, y se patentizó de la mano del Juez Rehnquist, en sintonía con el tono de conservadurismo que imprimió el Presidente Reagan a toda la política norteamericana.

Fieles a una ideología que hace del lema *Law and Order* su bandera, los *new realists* patrocinan la sustitución del viejo ideal resocializador por la perspectiva de la *deterrence*, del retribucionismo penal, cuando no de la pura y simple intimidación general. Mientras, los *econometricians* aplican al proceso los cánones del neoliberalismo económico, buscando la superación del modelo del *due process*, que se había hecho demasiado complejo, lento y costoso, y sobre cuya eficacia abrigan serias dudas.

El profesor Herrmann ha estudiado la progresiva evolución de la doctrina jurisprudencial norteamericana a partir de 1970, y destacado que, en diversas sentencias, se expresan reservas frente a una prohibición de aprovechamiento porque «...se pagaba un precio demasiado caro cuando notorios culpables no pudieran ser castigados...». Hay buenas razones para sospechar que el rearme social, frente a la difusión del consumo y del tráfico de drogas prohibidas, no es ajeno a este cambio de rumbo.

Así, hechos conocidos por declaración del imputado, sin haber sido previamente instruido de sus derechos (*Miranda Warning*), son admitidos, no para acreditar la culpabilidad del imputado, sino para de-

mostrar la falsedad de otra declaración suya posterior.

Del mismo modo, se declaró admisible el resultado de un registro ordenado judicialmente, pese a la falta de razón suficiente (*probable cause*) y de omisión de la determinación de los objetos a localizar, porque los funcionarios policiales habían obrado de buena fe (*on good faith*), en la creencia de estar suficientemente respaldados por un mandamiento judicial.

La adopción del punto de vista del control sobre la Policía conduce a una solución estridente. No se niega que falta el presupuesto legítimamente de la restricción del derecho o libertad fundamentales, como es un mandamiento judicial válido y eficaz; pero la inadmisibilidad de la prueba obtenida extravasaría el ámbito propio de la prohibición probatoria e implicaría una revisión de la regularidad de la actuación de un Juez, lo que queda fuera del campo de la regla de exclusión.

Los comentaristas han hecho sonar la alarma, por el riesgo de que, el portillo del efecto convalidante de la buena fe pueda dar entrada a tal número de excepciones que pronto éstas se convertirían en la regla general.

La historia del tratamiento de la prueba ilegítimamente obtenida, en el Derecho norteamericano parece dar la razón a Dahrendorf, cuando escribe: «...Queríamos una sociedad de ciudadanos autónomos, y hemos creado una sociedad de seres humanos asustados o agresivos. Buscábamos o Rousseau y hemos dado con Hobbes...».

II

El planteamiento en el Derecho continental ha sido muy diferente. Tradicionalmente se viene afirmando que el proceso penal constituye un marco de comprensión escénica, que tiende a la producción del caso de tal forma que, los hechos que la sentencia fija como probados, se aproximen lo más posible a los efectivamente ocurridos. Este ideal se sintetiza en el llamado principio de la verdad material.

Sin embargo, semejante aspiración no puede conseguirse por no importa qué medios.

La dialéctica del proceso se ha ritualizado a través de un procedimiento que, como terminó por descubrir el barón de Montesquieu, funciona como garantía de seguridad y de libertad. El profesor Tiedemann habla de la *vinculación formal (Justizförmigkeit)* del proceso penal actual; y recupera el arquetipo de las denominadas *formas protectoras*, expuesto, hace ya más de un siglo, por Zachariä. Por eso, puede afirmarse, con Hassemer, que «...el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es, mas bien, la *obtención formalizada de la verdad*...».

Tal cometido quizá parezca demasiado modesto, e incluso irritante desde perspectivas de *defensa social* a ultranza. Entonces, merecerá la pena recordar las palabras, tantas veces repetidas por los monografistas, del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana, en su Sentencia de 14 de junio de 1960, en el caso conocido como «de la cinta mag-

netofónica...»: «...No es... un principio de la Ley Procesal Penal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio. En efecto, esta opinión jurídica tiene como consecuencia que importantes medios, en determinadas circunstancias los únicos, para el esclarecimiento de los hechos punibles, quedan inservibles. Sin embargo, esto tiene que ser aceptado...».

Por otro lado, aquella primera desazonante sensación puede verse apaciguada, si se repara en que, en interés de la eficacia del proceso y de la seguridad jurídica, el procedimiento de búsqueda de aquella verdad material está sometido, por principio, a drástica restricción, en comparación de los demorados métodos de *falsación*, usuales en los trabajos de las Ciencias experimentales. A ello, habrá que añadir el no menos contundente *fraccionamiento* que se considera inevitable en el juicio humano, pero que deja subsistente un riesgo de error de valoración, por descontextualización del hecho enjuiciado.

A comienzos de siglo, en 1903, Ernst Beling publicó una obra precursora, con el largo título «Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el Derecho Penal». En él se compendia el método de aproximación al tema que le servía de objeto. Los órganos de la Justicia penal tienen el deber de averiguar lo realmente acaecido, y el poder de tomar cuantas medidas conduzcan, con éxito, al logro de tal objetivo. Sin embargo, semejante poder no es ilimitado, sino que se detiene ante aquellas prohibiciones de actuar, que expresamente señala la Ley. En nuestros días, se cuestiona este planteamiento fundado en una regla (la libertad investigadora de la Justicia penal) y en una pluralidad de excepciones (las prohibiciones expresamente establecidas por la Ley). Los monografistas actuales —caso de Sydow— destacan que tanto los órganos públicos (policiales y judiciales) como los particulares han de acomodarse, en la indagación de los hechos y en la obtención de las pruebas, a los límites derivados del conjunto del Ordenamiento jurídico. Perviven, sin embargo, como telón de fondo, el ideal garantista inspirador de la obra del alemán, y gran parte de la terminología por él acuñada.

El profesor Vescovi expone muy correctamente los términos del problema en el Derecho *continental*, situado en la dramática «...encrucijada que plantea la búsqueda de la verdad en defensa de la Sociedad, y el respeto de fundamentales derechos individuales que pueden verse afectados en esa investigación...»: y, a renglón seguido, recuerda la naturaleza pública de ambos, ya que público, y no meramente privado, es el interés en la efectividad de la tutela de aquellos derechos. Bien claro lo deja el artículo 10.1 de la Constitución española vigente, cuando proclama la dignidad de las personas, y los derechos individuales que le son inherentes, como fundamento —entre otros— del orden político y de la paz social.

Las normas que regulan la prueba adquieren, así, una ambivalencia que, sólo aparentemente, podría parecer paradójica. Al fijar las condiciones en que puede obtenerse y aportarse el material probatorio, sirven a la persecución y castigo del culpable, pero también constituyen una garantía de la observancia

de los presupuestos que configuran el arquetipo del *proceso debido*.

Por eso, la Sentencia 55/1982, de 26 de julio, del Tribunal Constitucional español, contiene una advertencia, luego muchas veces repetida, a saber, que la afirmación interina de inocencia, consagrada por el artículo 24.2 de nuestra Ley Fundamental, sólo puede ser enervada por prueba «...que haya llegado con las debidas garantías al proceso...».

Estas garantías atañen a dos momentos muy diversos, como son la obtención de los elementos que permiten la reconstrucción de lo acaecido, y su introducción en el proceso, para que funcionen como medios de prueba.

Carnelutti propuso una distinción, que terminó por hacer fortuna entre los procesalistas españoles, de la mano de Sentis Melendo.

El relato que, de lo ocurrido, hacen un testigo, o el mismo imputado, o su reflejo en un documento, entendido en sentido amplio, evocan su imagen en el juzgador. Su *eficacia representativa* traslada ante éste el segmento de realidad que ha de recrear, ayudándole en una tarea que, como bromeaba Capograssi, tiene algo de taumáturgico, pues consiste en «...*far rivivere quello che non vive più...*». Algo similar acaece cuando el juez percibe, de forma personal o inmediata, la apariencia externa de una persona, una cosa o un lugar que guardan relación con el hecho enjuiciado. El imputado, el testigo y el documento, puesto que proporcionan afirmaciones instrumentales, y el objeto de la percepción son *fuentes de prueba*.

El concepto es extrajurídico, y aquéllas tienen una existencia anterior al proceso. Por el contrario, el *medio de prueba* tiene una naturaleza eminentemente jurídicoprocesal, y atiende al mecanismo de incorporación de una fuente de prueba al proceso, para que pueda producir, en él, su eficacia demostrativa del dato alegado.

Partiendo de esta dualidad conceptual, los especialistas han elaborado minuciosamente catálogos y clasificaciones de prohibiciones probatorias, y se han esforzado por determinar los efectos que produce la infracción de cada una de ellas.

Es preciso distinguir tres tipos de problemas muy distintos.

En primer lugar, se puede aislar una serie de materias excluidas como objeto de cualquier actividad investigadora o probatoria. La eventual prohibición recae sobre el mismo tema de la prueba. Son ejemplos tópicos, el ámbito cubierto por la legislación de *secretos oficiales*, tan de actualidad, a raíz del debate sobre el control de los denominados *fondos reservados*.

No es equiparable la invocación del privilegio de no declarar, conferido a ciertas personas, en atención a su actividad (secreto profesional) o a su relación familiar con el imputado, y que puede vincularla con un auténtico deber de no revelación. Los *privilegios* dificultan, sin duda, la investigación y prueba de un hecho, pero no entrañan necesariamente su clausura como tema de prueba, ya que puede ser acreditado por otros medios.

La obtención de fuentes de prueba plantea una segunda batería de cuestiones.

Su adquisición puede estar, o no, legalmente formalizada.

En caso positivo (como ocurre cuando se lleva a cabo una investigación preprocesal, sea policial o fiscal, o una actividad de instrucción judicial), ha de efectuarse con arreglo a unas normas de procedimiento preestablecidas. Si resultan comprometidos derechos o libertades fundamentales, en defecto de consentimiento de su titular (siempre que sean disponibles) será preciso acudir a la homologación judicial del acto adquisitivo que los anule o restrinja. Justamente, esta posibilidad de legitimación por control judicial previo reduce al máximo el radio de acción del estado de necesidad justificante.

Cuando, en cambio, el logro de las fuentes de prueba constituye una actividad privada, su desarrollo está sometido a los mismos límites que cualquier otra de la misma clase.

Las prohibiciones probatorias derivan, en este plano, de las normas —constitucionales u ordinarias— que establecen procedimientos concretos para la obtención formalizada de las fuentes de prueba, excluyendo cualquiera otros: o que configuran el marco de la libre actuación de los particulares.

«...En el Derecho francés... al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida mediante registro legítimo de conservaciones telefónicas (así en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955)...». Con estas palabras, sintetiza la situación, en el país vecino, la Sentencia 114/1984 de nuestro Tribunal Constitucional.

Los procesalistas concuerdan en admitir —en términos que coinciden casi a la letra con la doctrina del Tribunal Supremo federal alemán— en que «...aunque el objetivo capital del proceso represivo sea el descubrimiento de la verdad, ésta no puede investigarse por no importa qué medios. A la dignidad de la Justicia y al respeto que debe inspirar, importa que no se admita ningún medio de prueba que atente a los valores fundamentales de la civilización...». Sin embargo, falta una construcción doctrinal elaborada sobre las consecuencias de este principio.

«...En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por lo que se refiere a las pruebas específicamente "inconstitucionales"— en la Sentencia número 34 de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley número 98 de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional, la Sentencia de la Corte declaró que «...el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas, interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada...». Hasta aquí, el resumen contenido en la Sentencia 114/1984 del Tribunal Constitucional.

La inutilizabilidad de material probatorio de origen espurio se asienta en la generalización del criterio consagrado por el artículo 13.3 de la Constitución italiana, que, para el caso de ausencia de convali-

dación de ciertas medidas cautelares irregulares, establece que «...restano privi di ogni effetto...». La Sentencia número 175, de 2 de diciembre de 1970 del Tribunal Constitucional italiano, declaró que «...el canon según el cual al juez le está permitido apreciar según su experiencia el valor del material probatorio, presupone que no se trate de pruebas prohibidas por la Ley...»

Hay mecanismos de obtención de ese material, que se excluyen radicalmente, por reputarse atentatorios contra la dignidad de la persona o contra algunos de sus derechos fundamentales más valiosos, hasta el punto de no ser disponibles por su titular.

Así se explica la prohibición de aprovechamiento de datos conseguidos mediante malos tratos, agotamiento, violencia corporales, administración de fármacos, tortura, engaño o hipnosis, o que menoscaben la memoria o la capacidad de comprensión. En esta línea se mueven los artículos 136, a) de la ley Procesal Penal de la República Federal Alemana, y 126 del Código de Procedimiento Penal portugués de 1987.

En otros casos, la prohibición no es tan absoluta. Se procede, entonces, a una ponderación de los intereses en juego, como propone la doctrina alemana del *entorno jurídico*.

Así, está muy difundida la opinión —que sostiene, en Italia, Trocker —según la cual no puede utilizarse prueba adquirida con vulneración de derechos y libertades consagrados constitucionalmente como fundamentales.

Seguramente, la zona más conflictiva ha sido la que roza la tutela de la intimidad y del secreto de las comunicaciones. En la República Federal Alemana, el Tribunal Supremo Federal culminó una atormentada evolución de más de un cuarto de siglo. En 1955, el Tribunal de Basel-Land aceptó como prueba de la infidelidad conyugal, en un proceso por divorcio, la aportación —por el esposo— de unas cartas comprometedoras, obtenidas subrepticamente, tras un registro de los efectos personales de su consorte. En 1960 y 1964, respectivamente, las sentencias de la cinta magnetofónica y del diario (como son conocida vulgarmente), rechazaron la utilización de una grabación clandestina de una discusión conyugal, y los datos contenidos en un diario íntimo sustraído al titular.

En Italia, la sentencia número 34, de 6 de Abril de 1973, del Tribunal Constitucional, cerró el paso a la admisión de información procedente de una interceptación telefónica ilegal. Su doctrina provocó la reforma del Código de procedimiento Penal, por ley número 98, de 8 de Abril de 1974, y el artículo 191.1 del nuevo Ordenamiento procesal de 1988, dispone que «las pruebas adquiridas con violación de prohibiciones establecidas por las leyes, no pueden ser utilizadas».

En cambio, está muy difundida la opinión que admite la prueba aportada con violación del derecho de propiedad (que no es tenido por *fundamental*) con independencia de la responsabilidad en que haya podido incurrir el sustractor.

No faltan especialistas —como Vigoritti— proclives a trasladar al Derecho continental la distinción norteamericana entre pruebas adquiridas ilegítima-

mente por funcionarios estables (prohibidas) y por particulares (admisibles); pero se trata de un extremo controvertido, y la Jurisprudencia de la República Federal Alemana repudia esta discriminación.

No menos polémica es la aceptación de la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*, o de la *eficacia a distancia* (*Fernwirkung*) o refleja de una prohibición probatoria, a la que parece haber cerrado el paso la sentencia del 14 de Diciembre de 1957, del Tribunal Supremo italiano. En ella se tomo en cuenta información lograda regularmente a partir de otra, conseguida en el curso de una detención prorrogada ilegalmente. Los nuevos textos procedimentales de Italia y Portugal no resuelven expresamente el problema.

El tercer nivel consiste en la introducción de material probatorio en el proceso, a través de los correspondientes medios de prueba. Es una actividad siempre legalmente formalizada. Normas materiales y procesales convergen para delimitar las condiciones de incorporación de aquel material y de la práctica de estos medios, y las prohibiciones probatorias consiguientes.

Especial interés ofrecen las normas que garantizan la observancia del principio de contradicción, sobre todo, a propósito de la admisibilidad del denominado *testimonio indirecto*, o *prueba de la gente de confianza* o del *hombre-conexión* (*V-Mann* o *V-Leute*). Los confidentes de la policía no comparecen a testificar, pero lo hacen los funcionarios policiales que entraron en contacto con aquellos y les proporcionaron los datos (en uno de los casos más conflictivos, la participación del acusado en una conferencia en la República Democrática Alemana). Inicialmente, el Tribunal Supremo Federal no puso objeciones a su admisibilidad, porque, se argumentaba, las partes pueden interrogar a los testigos de referencia, y criticar, e juicio, los resultados de la prueba. Sin embargo, pronto se cayó en la cuenta de la falacia de este argumento, por lo que comenzó a reclamarse la confirmación de este medio probatorio por toros dados derivados del juicio. Recientemente, el Tribunal Supremo Federal, en Auto de 17 de Octubre de 1983, ha exigido, para que pueda tomarse en consideración la prueba, que conste en autos la identidad del testigo, lo que, en la práctica, puede conducir al arrumbamiento de este tipo de modalidad probatoria.

El artículo 195 del nuevo Código Procesal penal italiano, a propósito del testimonio indirecto, insiste en el criterio adoptado por el 349 del hasta ahora vigente. En él se disponía que el juez no podía obligar a los oficiales y agentes de policía judicial a revelar los nombres de las persona que les hubieran proporcionado noticias, pero tampoco puede recibir a ellos, bajo pena de nulidad, los informes de esas personas cuyos nombres no consideran conveniente revelar. Ahora se prohíbe taxativamente a los oficiales y agentes de la policía judicial deponer sobre el contenido de las declaraciones adquiridas por testigos.

«...La resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de Noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de demanda formulada contra el Estado austriaco... acuerdo que no había implicado violación del art.

6.1. de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por el Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente... este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la Convención), sino que, considerándose llamado a decidir sobre la vulneración o no del art. 6 del mismo texto, limito a este objeto específico su acuerdo...». Así lo explica la Sentencia 114/1984 de nuestro Tribunal Constitucional. El Comité entendió, con todo, ue la utilización de una prueba prohibida constituía una violación del derecho a una audiencia ecuanime (*fair hearing*) garantizado por el art. 6.1. de la Convención.

Más recientemente, en el caso *Schenck*, La Sentencia de 12 de Julio de 1988, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, volvió sobre el problema. En la mejor tradición de la novela negra, un marido, deseoso de desembarazarse de su esposa, contrató los servicios de un antiguo legionario, a quien supuso, erróneamente, capaz de todo por una cantidad de dinero suficientemente elevada. Una interceptación clandestina de una conversación telefónica mantenida entre Schenck y su fallido sicario, puso al descubierto la trama. La sentencia estimó que, en cuanto el Tribunal penal había explicado que sólo había fundado parcialmente su convicción en aquella escucha ilegal, no podía concluirse que la condena e hubiese fundando exclusivamente en un medio de prueba ilegalmente obtenido. Cuatro miembros del Tribunal, entre ellos un español, el profesor Carrillo Salcedo, disintieron del parecer de la mayoría. Su argumento es exactamente el inverso al de ésta: «...aun si lo jueces... se apoyaron en «elementos distintos del registro...», no s menos cierto que lo aceptaron como medio de prueba, y que fundaron «en parte» su decisión sobre la cinta litigiosa...». Por ello, concluyeron que se había producido una violación del derecho a un proceso limpio (*équitable*), garantizado por el artículo 6 de la Convención Europea de 1950.

III

En España, los problemas comienzan a la hora de precisar si nuestro Ordenamiento se inspira en un principio de libertad o en el de taxatividad de los medios de prueba admisibles.

Los monografistas parecen mayoritariamente conformes en que los sistemas investigatorios que van introduciendo los sucesivos avances tecnológicos caben sin mayor violencia, en los arquetipos tradicionales de medio de prueba. Los más novedosos de registro audiovisual (cinta magnetofónica, fotografía, cinematografía, video), caben, seguramente, dentro de los márgenes de una interpretación evolutiva del *documento*; o su contenido puede ser objeto de percepción judicial inmediata.

La Sentencia de 30 de Noviembre de 1981, de la Sala 1-ª del Tribunal Supremo, se alinea con una posición restrictiva, al parecer partícipe, en mayor o menor grado, de esa *neofobia* que tan ásperamente

rechazaban Bellavista y Tranchina, por obstructora del progreso de la ciencia procesal. La corrección del rumbo llegó con la Sentencia, de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, de 5 de Julio de 1984, que toma en consideración, a efectos probatorios, los datos recogidos en una cinta de video.

La solución que se propone, en cada caso, para los problemas de la prueba ilícitamente obtenida está estrechamente vinculada a la propia toma de posición sobre los más generales de la moralización del proceso, y a la opción en la alternativa entre el interés en la reconstrucción fiel del caso, y la plenitud de la tutela de los derechos y libertades fundamentales, inherentes a la persona humana.

Así, el profesor Muñoz Sabaté, adhiriéndose a la opinión de Furno, defiende que «...la prueba es un hecho amoral...», y escribe, con profundo escepticismo: «...Ciertamente, la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo el juicio de admisibilidad, como dice Cordero, en una escolta avanzada en favor de determinados intereses ajenos al proceso... cuando Odilon Barrot dogmatizaba afirmando que las fuentes de donde la Justicia obtiene sus elementos de convicción deben ser puras, tal vez no pensaba que nuestra concepción del proceso como lucha es la menos apropiada para hablar de pureza.»

Dos de los más reputados procesalistas españoles, los profesores Guasp y Prieto-Castro, hacen prevalecer el interés en la exacta reconstrucción del caso —imprescindible para alcanzar el ideal de Justicia— sobre cualquier otra consideración.

Sin embargo, parece imponerse el criterio que estima que la actividad procesal tiene —como la lucha, como la guerra— sus reglas del juego, impregnadas de eticidad, que impiden legitimar —apelando a una suerte de maquiavelismo judicial— cualquier medio, en aras de la obtención de la *verdad material* y de la justa solución del conflicto. Se vuelve la mirada, en alguna resolución más que centenaria, al principio que, en Derecho Romano, proscribía el aprovechamiento de los resultados del propio comportamiento torticero, y se invoca la nulidad o anulabilidad resultantes de la oposición frontal a una Ley, o de las actuaciones encaminadas a defraudarla.

La prohibición de empleo de un procedimiento de adquisición de una fuente de prueba, o la fijación de los límites que la condicionan provocan el rechazo de aquel material logrado con infracción de una u otras, como *prueba ilícita*, conseguida con quebranto de una *prohibición (absoluta o relativa) de método de investigación*.

Aun cuando no faltan quienes opinan que cualquier vulneración de una norma legal (constitucional u ordinaria), e incluso, en determinadas circunstancias, de un principio general de Derecho, bastaría para rehusar la admisión de la información obtenida, la perspectiva de la ponderación de intereses ha generalizado el criterio que restringe ese efecto radical a la que afecta a derechos y libertades tutelados, constitucionalmente, como fundamentales.

Sobre esta base construyen los monografistas españoles el cuadro de prohibiciones probatorias,

absolutas o relativas, de adquisición y de incorporación, de medio o de procedimiento de prueba.

Unas, encuentran su razón de ser en la protección absoluta que se reconoce a ciertos derechos y libertades fundamentales.

La vida, la integridad física y la salud mental de una persona quedan por completo a resguardo. Constituye una constante la proscripción, incluso con rango constitucional e internacional, de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes.

El respeto a la dignidad de la persona, a su salud y a su libertad han conducido a la absoluta prohibición de métodos de interrogatorio mediante narcoanálisis. La protección es tan fuerte que la prohibición opera incluso mediando el consentimiento de la persona sobre quien se practica el experimento.

La Sentencia de 22 de mayo de 1982, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afrontó lo que los medios de comunicación llamaron «el crimen de la playa de Los Castros», que agitó la vida local de un pueblo de la costa lucense, allá por el otoño de 1976. La Defensa del acusado propuso que se recibiera declaración a éste, después de haber sido tratado con *pentotal* u otro fármaco semejante. La Audiencia Provincial denegó la práctica de esta prueba, y lo condenó como autor de un delito consumado de homicidio. El Tribunal Supremo, tras extenderse en largas consideraciones, rechaza —sin excepciones— la admisibilidad del narcoanálisis, porque supondría «...un desprecio de la persona humana, en tanto en cuanto representaría el aniquilamiento de los resortes psíquicos y físicos del ser humano...». Al final, después de tanto derroche de artillería dialéctica, este motivo de recurso fue desestimado por consideraciones colaterales, recordando habilidosamente que el Tribunal pudo tener en cuenta otros medios de prueba. La cuestión central quedó, pues, a la postre, irresuelta. Aun cuando una aplicación racional de la afirmación interina de inocencia, consagrada por el artículo 24.2 de nuestra Constitución, podría contribuir eficazmente a solucionar al menos buena parte de los posibles problemas, flota en el aire la pregunta, inquietante, y no exenta de perversidad, de Carnelutti: el imputado que puede suministrar con esos experimentos sobre su propio cuerpo la prueba de su inocencia, ¿debera ser condenado en homenaje a su libertad?

Cuando aparecen comprometidos, por las necesidades de la investigación, otros derechos y libertades fundamentales, la técnica de la ponderación de intereses da lugar al establecimiento de lo que se denominan prohibiciones relativas de métodos de investigación. Se fijan incluso constitucionalmente unas condiciones precisas de legitimación del sacrificio de los implicados. La privación cautelar de libertad, y el interrogatorio del imputado, la entrada y el registro en el domicilio de particulares, la interceptación de sus comunicaciones y las intromisiones en su intimidad son otras tantas muestras de condicionamiento de la obtención de fuentes de prueba, que comporta la consiguiente prohibición de cualquier otra no ajustada a ellas.

La cruzada contra el narcotráfico ha permitido descubrir —como contrapunto a la línea evolutiva estudiada por Foucault— que el poder del Estado sigue manifestándose, aún en nuestros días, sobre la

materialidad del cuerpo del imputado, en la medida en que puede suministrar información valiosa para la investigación del delito.

La Instrucción 6/1988, de 12 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, analiza la constitucionalidad de las inspecciones de las cavidades vaginal y anal, en averiguación de una posible ocultación, en ellas, de drogas o estupefacientes, y fue objeto de una apasionada controversia. Sus líneas fundamentales pueden resumirse en los puntos siguientes:

primero: Un reconocimiento médico o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución. No es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución.

segundo: Un reconocimiento médico o radiológico, realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

tercero: La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento... con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad.

cuarto: Una orden judicial como esa contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye en línea de principio el núcleo de un delito de desobediencia.

La Sentencia 37/1989, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre estos reconocimientos corporales (a propósito, sin embargo, de una investigación de un delito de aborto), fijando la siguiente doctrina:

«La Constitución garantiza la intimidad personal (artículo 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídicopúblicas, que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad...».

«...El ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona...».

«La intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto...».

Siempre es preciso que preceda resolución judicial motivada (auto). Este método extremo de inves-

tigación no puede, pues, ser utilizado por el aparato policial.

Lo es, también, «...que la resolución judicial se haya dictado luego de ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*.» teniendo en cuenta «...la regla de la proporcionalidad de los sacrificios... de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho...».

Frente a la resistencia caben: «...la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa...» (delito de desobediencia); y «...la valoración que de [su negativa]... quepa hacer en relación con los indicios ya existentes...».

La sentencia agrega: «...en ningún caso, [pueden practicarse estas investigaciones] mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución...» La salvedad hecha por el Tribunal Constitucional permitiría la utilización de medios coactivos para practicar otras investigaciones, cuando la intensidad de su repercusión sobre el derecho a la intimidad o a un trato digno no sea tal que haga ceder el interés público en la persecución y castigo de un posible delito. Tal acontece con la participación en ruedas de reconocimiento, obtención de fotografías o de impresiones ofoscópicas, estudiadas con detenimiento por el magistrado Garzón Real. Es, éste, campo idóneo para la aplicación de la diferenciación de esferas, o del «entorno jurídico», desarrollada por los especialistas y por la doctrina jurisprudencial federal alemana. La analogía con las comprobaciones alcoholimétricas permite aplicar la doctrina constitucional a propósito de su compatibilidad con otros derechos y garantías, especialmente a la no autoinculpación.

Los ámbitos de protección del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad se encuentran bien delimitados merced a las pautas proporcionadas por la legislación ordinaria, dictada en desarrollo de los preceptos constitucionales, y de una progresiva tarea de concreción jurisprudencial.

El artículo 7 de la Ley Orgánica número 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, delimita las conductas que constituyen una ilegítima intromisión en esas esferas constitucionalmente tuteladas.

Algunos de estos ilícitos están, a su vez, tipificados como infracción penal, lo que refuerza su rechazo. Así ocurre con la colocación ilegal de escuchas telefónicas (artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal); o con el descubrimiento y revelación de secretos profesionales (artículos 360, 367 y 368, y 497 a 499 del mismo Código).

A propósito de las primeras, ha quedado bien claro que la reserva cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también el destinatario. Ello significa la proscripción de técnicas de investigación clandestina basadas en el denominado *comptage*, *metering*, *pen register* o *tarifadores*, aparatos que permiten conocer el segundo, aunque no quede constancia del primero. La Sentencia 114/1984, del

Tribunal Constitucional, así lo recuerda; y, terciando en la controversia desatada entre los teóricos, vino, en cambio, a resolver, en sentido similar a la Jurisprudencia norteamericana, la inobjetabilidad del *bugging*, o técnica de observación y registro de una conversación, captada por un aparato del que se sirve uno de los interlocutores, incluso sin conocimiento del otro.

En cambio, dada la precariedad de la regulación actual de las observaciones telefónicas, se han planteado serias y razonables dudas acerca de si la existente colma las exigencias del derecho al procedimiento, como garantía de la legitimidad de la limitación de un derecho fundamental. La cuestión se desliza así al plano, bien distinto, de las condiciones de introducción del material probatorio en el proceso.

Ninguna prohibición probatoria expresa se funda en derechos y libertades no tenidos por fundamentales. En particular, se ha venido admitiendo, sin mayores reparos, que la adquisición subrepticia de documentos u otros objetos, en la medida en que vulnera los derechos de propiedad y posesión, podría ser castigada como delito o falta —y aun esto es motivo de debate— pero nada obstaría a la utilización, como medio de prueba, de unos y otros.

La última perspectiva posible es netamente procesal. Ya no se trata de discernir la regularidad de la obtención preprocesal de la fuente de prueba, sino la de su inserción como medio probatorio. A estos efectos cobra un especial relieve la observancia de aquellos requisitos que aseguran el derecho de contradicción de las partes del proceso.

Por eso es meritorio el esfuerzo, del fiscal Martín Pallín, por llamar la atención sobre ciertas normas de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que, durante el período de instrucción, garantizan la efectividad de aquel derecho en la práctica de ciertas diligencias de investigación, cuyos resultados están llamados a funcionar como fuente de convicción judicial.

El tratamiento de las irregularidades intraprocesales en la proposición, admisión y práctica de la prueba, constituye una parcela específica de la normativa sobre nulidad de actos procesales, ahora sistematizada por los artículos 238 a 243 (ambos inclusive) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que componen el capítulo III del Título III de su libro III.

El Tribunal Constitucional comparte esta perspectiva. Su Sentencia 64/1986, de 21 de mayo, enseña que «...es verdad que la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1984 decretó la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, y tal doctrina debe ahora reiterarse. Sin embargo, . . . la tacha que puede oponerse a las pruebas, según la doctrina antes dicha, es la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se puedan plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión ».

En cuanto a las fuentes de prueba ilegítimamente obtenidas, su inadmisibilidad e inutilizabilidad, cuando vulneran derechos y libertades fundamentales, parece opinión consolidada.

Y vino a ratificarla la fundamental Sentencia 114/1984, de 29 de Noviembre, del Tribunal Constitucional.

Desde la peculiar perspectiva del recurso de amparo, entiende que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico, ni se encuentra tampoco una norma expresa que las excluya.

La imposibilidad de estimación procesal de la prueba ilícita puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos; es decir, que aunque la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente la lesión de un derecho fundamental, tampoco puede descartarse en abstracto esta afectación y la consiguiente lesión, pero se producirá sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 C.E.).

Aún careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 C.E.) deriva la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violando un derecho o una libertad fundamental.

«El problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no, cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo plano los intereses ligados a la fase probatoria del proceso.» (FJ 4.2).

«Constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado anti-jurídicamente en su provecho quien aha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo artículo 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual, nunca podrá considerarse «pertinente» un medio probatorio así obtenido...» (FJ 5.2).

No deja de preocuparse, el Tribunal Constitucional, por los problemas que pueden derivar del intento de introducir material viciado de ilegitimidad de origen, apelando a la parecuación conjunta de la prueba. «...La lesión hipotética (del derecho a las ga-

rantías procesales)... —se lee en la Sentencia— no se puede descartar... por el hecho... de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que... estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «concurso instrumental» (prueba documental y sobre ella, pruebas testificables) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de esos instrumentos se producirá siempre por el juez de modo sintético, una vez admitidos, con lo que la garantía... seguirá estando lesionada desde el momento en que pasase a formar parte de ese elenco de medio probatorio, el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma» (FJ 5.3.). Se trata de una reflexión incidental, a la que no acompaña una toa de posición acerca de cuál pueda ser la solución del problema.

Posteriormente, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de Julio del Poder Judicial, estableció que «...En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Esta ilegitimidad de origen de las fuentes que se trata de introducir a través de los correspondientes medios de prueba, acarrea su ineficacia, su inutilizabilidad e inoponibilidad en el proceso, como ya había propuesto Beling, en su monografía pionera, y hoy admiten los monografistas españoles más autorizados.

La ineficacia de la fuente de prueba obtenida ilegítimamente se produce abstracción hecha de sí mismo material probatorio habría podido descubrirse por otro medio. El profesor Vescovi ha puesto al descubierto el salto *lógico* inaceptable, que late en el fondo de esta argumentación: «...se parte de la suposición falsa para obtener un argumento verdadero. En realidad no interesa como se «hubiera podido» obtener, lo cierto es que se obtuvo por medio ilícitos, y la sanción es nulidad...»

La ineficacia de la prueba ilegítimamente obtenida se predicó durante mucho tiempo, exclusivamente de la de cargo. Un clásico de los estudios probatorios, Silva Melero, opta claramente por su admisibilidad *in bonam partem* «es decir, si las conclusiones son favorables al reo, pues como dice Franco Cordero la declaración de inocencia de un inculgado, es demasiado importante para ser sacrificada a los *ídolos* del procedimiento...»

La Magistrada Fernández Prado ha sostenido —una vez en vigor la Ley orgánica del Poder Judicial de 1985— que su artículo 11.1 no hace distinciones, así que si prohibición alcanza a cualesquiera pruebas ilegítimas, sean de cargo o de descargo.

La solución más segura viene de la mano del principio de ponderación de intereses y circunstancias en juego, en término muy próximos a aquéllos en que se plantea el estado de necesidad como causa de justificación. Habrá, pues, que tener en cuenta: el mal amenazado, a saber, la imposición de una pena injusta. Ello significa atender no sólo la privación o restricción del derecho o derechos afectados por aquélla, sino las repercusiones (estigmación so-

cial, marginación) que puede tener sobre el total desarrollo de la persona humana. Estas consecuencias temidas deberán cofrontarse con la lesividad del acto mediante el que se obtuvo la prueba de descargo. A la vez, habrá que recordar el principio que consagra la proscripción de la aututela, salvo la excepciones expresamente previstas por el Ordenamiento, y la situación de positiva indefensión en que pudo hallarse el acusado. Esto último obligará a examinar si se dirigió oportunamente a las instancias encargadas de la investigación, enjuiciamiento y fallo del proceso, interesando la práctica regular de los medios conducentes a lograr aquel material probatorio, y la respuesta institucional a sus requerimiento. Sólo después de estos análisis podrá valorarse si el modo de adquisición de la fuente de prueba ha de rechazarse por ilícito, o si queda a cubierto de alguna causa de justificación.

La inutilizabilidad implica el cierre procesal a la admisión del medio de prueba propuesto para introducir el material ilegítimamente obtenido, y, caso de haber accedido ya al proceso, la prohibición de su toma en consideración, ni autónomamente, ni como corroboración o robustecimiento de los resultados de la prueba regular y lícita.

Los especialistas han puesto de relieve la dificultad de que el órgano jurisdiccional pueda prescindir —consciente o inconscientemente— de tomar en consideración el material probatorio viciado, una vez que ha tenido conocimiento de él. La propuesta de Santís Melendo, consistente en, no sólo anular todo lo actuado, sino «...separar el juez que ha intervenido hasta entonces, para que sus sucesor, sin conocimiento de esos elementos probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad...» ha encontrado eco entre los especialistas españoles. El vehículo legal para lograr este efecto, sería hacer aplicación analógica del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que —razona la profesora Pastor Borgoñón— «si haber sido instructor de la causa o haber fallado el pleito en una instancia anterior son razones para que el Juez pueda abstenerse, es debido a que se duda de que, habiéndose formado previamente una opinión sobre el asunto, pueda prescindir totalmente de ella, y formar su convicción sobre otra base...». Esta argumentación cobra singular fuerza, después de la Sentencia 145/1988, de 12 de Julio, del Tribunal Constitucional, recordando las implicaciones de la exigencia constitucional de imparcialidad objetiva del juzgador.

La dicción literal del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial abre un interrogante sobre la admisibilidad, en nuestro Derecho, de la llamada *doctrina de los frutos del árbol envenenado*. El profesor Silva Melero se muestra, en principio, contrario a ella, aunque luego acepte que, si esas pruebas posteriores «... aparecen en auténtica dependencia con la que se considera inadmisibles, la aconsejable sería considerarlas inadmisibles...». El Magistrado De Marino propone, muy cautamente, atender al fundamento de las normas violadas. Así, «... si la finalidad de la prohibición puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, serán válidas las pruebas indirectamente derivadas. En otro caso, serán ineficaces...», salvo, sugiere, «... los supuestos en

que tales elementos no hubieran podido obtenerse por un procedimiento lícito...».

Muy otra es la opinión de la profesora Pastor Borogón. Para ella, «... la responsabilidad civil, administrativa y penal... es (en estos casos) ...suficientemente grave...». «... El carácter de inviolable que nuestro ordenamiento asigna a los derechos fundamentales, tiene como consecuencia la nulidad de los actos atentatorios contra ellos —y ello ya es bastante grave—, pero no está nada claro que se deriven también efectos respecto al acto que, jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros...». No olvida el tenor literal del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero propone una interpretación original. Para ello, parte de la distinción «... entre las prohibiciones probatorias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales en la admisión o práctica de los medios de prueba en el proceso y las resultantes de conductas que violen estos derechos en la labor previa de búsqueda y recogida de las fuentes de prueba. El desconocer las primeras supondría un atentado directo contra los derechos y libertades básicas, mientras que ignorar las segundas atentaría indirectamente contra ellos...».

La interpretación parece forzada. El precepto legal contempla la fase de obtención de la prueba, y la enlaza —directa o indirectamente— con la vulneración de un derecho o libertad fundamentales. Los artículos 238 y 240 de la misma Ley Orgánica tutelan suficientemente la actividad probatoria intraprocesal frente a aquellas infracciones. Todo lo anterior, claro está, si no se entiende que la obtención abarca lo mismo la etapa preprocesal que la procesal propiamente dicha, y no hay razones convincentes para inclinarse por el significado más estricto.

Este fue también el criterio sostenido por las Sentencias de 4 de junio y de 28 de septiembre de 1987, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. En el curso de un registro policial irregular, se descubrieron armas ilícitamente poseídas. El acusado había reconocido la tenencia. Los funcionarios policiales que practicaron el registro testificaron en juicio. La Audiencia Provincial rechazó la utilizabilidad de los datos procesales del registro ilegal, así como el testimonio que los corroboró (colocándose, así, en las antipodas de quienes, como el Magistrado Del Río Fernández, patrocinan, en aras de objetivos de defensa social, la sanabilidad de la nulidad del registro por la vía de la prueba testifical a cargo de sus autores); pero restaba aún la admisión de los hechos, por el imputado. La Sentencia argumenta así: «... Este Tribunal entiende que dicha declaración es consecuencia íntimamente ligada a la entrada y registro practicados. El acusado sabe que fueron ocupadas las armas y sabe que constan en autos fotografiadas, por lo que reconoce el hecho... Muy distinta es de presumir que hubiera sido su declaración si él hubiera partido de que no había dato alguno relativo a las armas en la casa, ni testigos que pudieran acreditarlo en el juicio oral. No es posible separar rectamente de su declaración la motivación que a ella le conduce y el efecto que en ésta tuviera la prueba ilícitamente obtenida, y lo que por el contrario sí puede afirmarse es que no se produce en condiciones de poder ser aceptada y basar en

ella una condena penal...». La segunda sentencia (en un supuesto análogo al anterior, referido esta vez a tenencia ilícita de armas, así como de drogas) reitera, de forma prácticamente literal, la doctrina ya transcrita. Ambas resoluciones —de la pluma del Magistrado López Barja de Quiroga— parecen un ejemplo de perspicacia psicológica en la crítica del interrogatorio del acusado y constituyen la consagración (aún pendiente de censura en casación) de la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida.

El control de la legitimidad de las pruebas queda encomendado al propio órgano jurisdiccional y a las partes procesales. El primero puede, de oficio, repeler, por impertinentes (dado el alcance que a este significativo atribuye la doctrina constitucional) las de origen viciado. Las segundas, ponerlo de relieve impugnando las propuestas de adverso. Muy raramente el Juez o el Tribunal tendrán noticia, por sí solos, de aquella irregularidad; así que la denuncia a instancia de parte adquiere un papel fundamental. Ocurre, empero, que la resolución admitiendo una prueba no cabe sino, a lo sumo, el recurso de reforma (artículos 311.2, interpretado *a contrario*; 659.3 y 792.1 y 2, en relación con el 787, todos ellos, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por tanto, la censura, en una instancia distinta del que decide su incorporación, de la indebida admisión de una prueba ilegítima, queda reservada a la impugnación contra la sentencia misma en que funcionó como base de la formación de la convicción judicial.

Si aquella se instrumenta mediante el recurso de apelación, no habrá, en principio, dificultades procesales, dado la plenitud que caracteriza el juicio revisor, abierto a la depuración de cualesquiera causas de nulidad procesal (artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En cambio, la profesora Pastor Borogón no ha ocultado las dificultades que, a su juicio, venía planteando la necesidad de invocación de un concreto motivo de casación. Finalmente, se inclina por el cauce del artículo 849-2.º (error en la apreciación de la prueba) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El acceso a la vía casacional viene actualmente, facilitado por el artículo 5.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que «... En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional...», configurado, por la doctrina jurisprudencial, como una modalidad diferente de las invocaciones de infracción de la Ley y de quebrantamiento de forma.

Los preceptos comprometidos, según se desprende de la propia Sentencia 114/1984, del Tribunal Constitucional, son los artículos 14 (igualdad entre las partes) y 24.2 (garantías del proceso debido y derecho a la utilización de los medios pertinentes de prueba) de nuestra Ley Fundamental. Con igual base, podrá pretenderse amparo constitucional.

Todo lo anterior responde a una concepción del proceso penal que sintetizo muy bien el profesor Hassemmer: «... la búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas. Los órganos instructorios y los Tribunales disponen de un aparato . (al que) resultaría fácil averiguar la verdad material con mas preci-

sión y plenitud que conforme a un sistema de indagación formalizada de la verdad. Este aparato tiene por su naturaleza y función a una producción más precisa y completa de datos, y hay ejemplos... que evidencian su propensión a desconectarse de las reglas que les dificultan la indagación de la verdad, a satisfacer su interés por ésta mediante la *vulneración del Derecho*. Sólo un Derecho procesal penal aplicado con respecto estricto a sus normas y son sus garantías profundamente enraizadas en la conciencia de los ciudadanos puede impedir que producción del caso penal signifique también la vulneración de la Ley. La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas contituye el *ethos* propio de la fase de producción del caso...». Todos aquellos que se sienten comprometidos en la lucha contra el infierno de la delincuencia, deben tener presentes aquellas palabras asombradas del *Doctor Fausto*: «¡El mismo infierno tiene sus Leyes...!».

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Álvarez-Linera, C. «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *La Ley*, 1987-3
- Asensio Mellado, J.M. «La prueba Garantías constitucionales del artículo 24.2», en *Poder Judicial* (2.ª época), número 4, diciembre 1986.
- Asensio Mellado, J.M. «Los métodos alcoholimétricos en la jurisprudencia constitucional», *La Ley*, 1986-2
- Beling, E. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*. Breslau, 1903.
- Calamandrei, P. *Proceso y democracia*. EJE.A. Bs. Aires, 1960.
- Cappelletti, M. «Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte», en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJE.A. Bs. Aires, 1972.
- Cappelletti, M. «Espionaje telefónico y derechos del hombre» en *Proceso, ideologías. Sociedad*. EJE.A. Bs Aires, 1974
- Carnelutti, F. *La prueba civil*. Bs. Aires, 1955.
- Carnelutti, F. *Lecciones sobre el proceso penal*. EJE.A. Bs. Aires, I. 1950
- Carreras, J. «Proceso, guerra y juego», en Fenech, M. y Carreras, J. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona. Librería Bosch, 1962.
- Carter, P.B., *Cases and Statutes on Evidence*. London. Sweet and Maxwell, 1981.
- Cordero, F. «Prove illecite nel processo penale» en *Tre studi sulle prove penali, scrittura e oralità*. Milano. Giuffrè, 1963.
- Cowsill, E. & Cleg, J. *Evidence: Law and Practice*. Longman. London, 1987
- Cross, R., *Evidence*. London, 1958.
- Cuesta Rute, J.L. de la «Las cintas magnetofónicas en la prueba», comentario a la Sentencia de 30 de noviembre de 1981. *La Ley*, 1982-1
- Chiovenda, G. *Las formas en la defensa judicial del Derecho*, Buenos Aires, 1949
- Dahrendorf, R. *Law and Order*. London. Stevens & Sons, 1985
- Denti, V. «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador» Ponencia general al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1972, núms. 2-3.
- Devis Echandía, H. «Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1972-1.
- Díaz Palos, F. y Latour Brotons, J., en «Constitución y Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1985
- Fanchiotti, V., «Spunti per un dibattito sul plea bargaining», en Amodio, E. y Cherif Bassiouni, M. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano. Giuffrè, 1968.
- Fenech, M. *Derecho Procesal Penal Labor* Barcelona, 1960
- Fernández Prado, M., «Especial referencia a la posibilidad de admitir en un proceso penal pruebas ilícitas» Comunicación a la V.ª Ponencia de las *Jornadas* de Madrid Marzo de 1987
- Ferrajoli, L. «Il caso "7 aprile". Lineamenti di un processo inquisitorio», en *Der delitti e delle pene*. I 1. 1983, págs 195 y ss
- Ferrajoli, L. «L'imputato come nemico un topos della giurisprudenza dell'emergenza», en la misma revista, I 3 1983, págs. 581 y ss
- Gallini, C. «Il corpo e la sua immagine forme del potere penale», en *Der delitti e delle pene* III 2. 1985
- Garzon Real, B. «Análisis específico de la doctrina constitucional respecto a determinadas diligencias sumariales Ruedas de reconocimiento Toma de huellas Toma de fotografías», en *Actualidad Penal*. 1989, número 25, 19-25 de junio.
- George jr. B.J. «La fase anterior al dibattimento», en *Il processo...* cit. Gimeno Sendra, V. «El derecho a la prueba. alcoholemia y prueba prohibida», publicado en *La Ley* 1984-4, como «Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos», y recogido en *Constitución y proceso* Tecnos, Madrid, 1988.
- Gil Martín, M. «Aportación al proceso de pruebas obtenidas mediante modernas técnicas-Valor de las adquiridas ilícitamente» Comunicación a la V.ª Ponencia de las *Jornadas* cits
- Gómez Colomer, J.L. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, Bosch, 1985
- González Guitián, L. «Protección Penal de la intimidad y escuchas clandestinas», en *Comentarios a la Legislación Penal*. dirigido por Cobo del Rosal, M., VII «Delitos contra el secreto de las comunicaciones ("escuchas telefónicas") Delitos contra la Hacienda Pública ("delito fiscal")» Madrid, EDESA. 1986
- Hassemer, W. *Fundamentos del Derecho Penal* Bosch Barcelona, 1984.
- Herrmann, J. «Nuevas orientaciones en la Administración de Justicia penal norteamericana», en *Justicia* 87 III págs 696 y ss.
- Holmes, O.W. *Opinioni dissenzienti*. Giuffrè Milano, 1975.
- Jiménez Campo, J. «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Comentarios*. cits
- López Ortega, J.J. «Aplicaciones de la doctrina de la prueba prohibida en la investigación penal», comunicación a la V.ª Ponencia, en *Jornadas de Estudios sobre la Justicia Penal en España*. (Madrid, 24-27 de marzo de 1987)
- Lorente Hurtado, J.L. «La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional», en *Poder Judicial* 2.ª época, 1, marzo de 1986
- Marino Borrego, M. de, «Las prohibiciones probatorias como límites del derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*. Presidencia del Tribunal Supremo. Secretaría Técnica. Madrid, 1983.
- Martín Pallín, J.A., «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», en las *Jornadas*, de Cáceres. cits.
- May, R. *Criminal Evidence* London, Sweet & Maxwell, 1986
- Montero Aroca, J., *Introducción al Derecho Procesal* Tecnos, Madrid
- Montero Aroca, J. «Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, de 30 de noviembre de 1981)», en *Poder Judicial*, número 7, junio, 1983
- Montón Redondo, A. *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*. Salamanca, 1977
- Montoro, A. *Conflicto social, Derecho y Proceso* Universidad de Murcia, 1980
- Muñoz Sabatés, L.I. «El valor probatorio del telex», en *Revista Jurídica de Catalunya* 1987-4
- Oliva, A. de la y Fernández, M.A., *Lecciones de Derecho Procesal* II. Barcelona PPU, 1984
- Papa, M. «Brevi spunti sulle rules of evidence», en *Il processo* cit
- Pastor Borgoñón, B., «Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas» en *Justicia* 86 1986. II.
- Pisani, M. «Note sul diritto delle prove penali», en *Il processo*. . cit.
- Pomarón Bagues, J.M. «La aportación al proceso de las pruebas obtenidas ilícitamente y el secreto de las comunicaciones», comentario a la S.T.C 114/1984. en *La Ley* 1985-2
- Pomarón Bagues, J.M. «El video como prueba», en *La Ley* 1984-4, págs. 750 y ss.
- Río Fernández, L. J. del, «Prueba prohibida posible valor» Comunicación a las *Jornadas* de Cáceres, marzo de 1989
- Ruiz Vadillo, E. «Algunas consideraciones generales sobre la valoración de las pruebas en el juicio oral», en *Jornadas de Dere-*

cho Penal Constitucional, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid Madrid, 27 de abril de 1989

Sáinz de Robles, F.C. y Albacar Lopez, J.L. «El derecho a la prueba», en *Primeras Jornadas...* cit.

Schonke, A. «Límites de la prueba en el derecho procesal», en *Revista de Derecho Procesal* XI, 1955, núm. 3, págs. 374-375.

Sentis Melendo, S. «Fuentes y medios de prueba», en *La prueba*. EJE, Bs. Aires, 1978.

Serra Domínguez, M. «Contribución al estudio de la prueba», en *Revista Jurídica de Cataluña* Marzo-abril, 1962, reproducido en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, págs. 355 y ss. (especialmente, págs. 360-361).

Serra Domínguez, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. XVI. EDESA. Madrid. XVI-2º, 1981

Silva Melero, V., *La prueba procesal* Madrid Ed. Revista de Derecho Privado, I 1963

Tiedemann en Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal* Ariel Barcelona, 1989

Vázquez Sotelo, J.L. *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*. Bosch Barcelona, 1984

Vescovi, E., «Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (Una contribución comparatista a la aproximación entre el "civil law" y el "common law")», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1970-2

Weinreb, LL. L., *Denial of Justice, Criminal Process in the United States* Collier McMillan/The Free Press, London-New York 1977.

Zacharia, *Handbuch des deutschen Strafprozesses* Gottingen, 1861.

Las dilaciones indebidas*

Juán Alberto BELLOCH JULBE

I. INTRODUCCION

La presente comunicación prescinde, por razones sistemáticas, de referirse a temas tan trascendentales como las causas y remedios para paliar y sanar la patológica estructura de la Justicia, aunque sea forzoso consignar que la responsabilidad esencial en este terreno, incluso de naturaleza jurídica (a raíz de sus compromisos internacionales), corresponde a los Poderes del Estado encargados de diseñar y gestionar la política judicial. También se prescinde de analizar las causas y paliativos directamente dependientes de los propios Juzgados y Tribunales, en su concreta faceta de órganos gubernativos y de gestión, por limitada que ésta sea, aunque también, en este caso, sea forzoso consignar las evidentes responsabilidades que sobre tales órganos judiciales recaen en cuestiones tales como la organización del trabajo, la racionalidad del mismo o la introducción de criterios de eficiencia (más que de productividad) judicial, cuestiones todas que también inciden en la eventual vulneración del derecho constitucional a un proceso «sin dilaciones indebidas».

El interés central de la presente Ponencia radica en tratar de avanzar alguna reflexión sobre el alcance de los deberes constitucionales que pesan sobre jueces y tribunales, en el concreto momento de ejercer su función jurisdiccional, ante el hecho evidente de la obvia injusticia de la Justicia lenta. Dicho en términos muy simples la cuestión podría sintetizarse así: 1. La maquinaria judicial es hoy patológicamente lenta, 2. La lentitud equivale, casi siempre, a un mayor o menor grado de injusticia, 3. ¿Qué puede y debe hacer un juez ordinario «mientras tanto»? , esto es, mientras se producen, con inevitable lentitud, las reformas procesales y organizativas de carácter estructural.

Ello supone, desde luego, tratar de sintetizar la jurisprudencia del TEDH y del TC sobre la materia, a fin de intentar partir de una base sólida, en tanto de «normas» ya directamente aplicables por los Tribunales de Justicia. En un momento ulterior y sobre tal punto de partida se indicarán algunas eventuales alternativas «judiciales» para remediar la constatada violación, en sede judicial ordinaria, de tal derecho constitucional, reflexión que se hará en torno a la Sentencia de 22 de Febrero de 1989 de la AP de Bilbao. Se alude de manera especialmente detallada también a la Sentencia del TEDH de 7 de Julio de 1989, por cuanto es la más reciente sentencia de dicho Tribunal relativa al derecho constitucional objeto de nuestro estudio, por cuanto afecta directamente al Ordenamiento Jurídico español y por cuanto su-

pone un cierto por parte del TEDH de alguno de los criterios utilizados por nuestro TC a la hora de apreciar la existencia de una vulneración de tal derecho.

Dejar constancia, por último, de la escasa, por no decir nula, contribución que hasta este momento ha prestado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo a la construcción dogmática de este derecho (una excepción escasamente significativa viene constituida por la S. del TS de 8 de febrero de 1985, de la , entonces, Sala VI) y también de que, por razones de acotamiento de la materia, esta Ponencia no ha tocado para nada el tema o problema del «tiempo debido» desde el punto de vista diametralmente opuesto, esto es, desde el enfoque de las «preuras indebidas», cuestión ésta que ha tratado, entre nosotros, el Magistrado Varela Castro («El plazo razonable como derecho fundamental en los procesos penales por delito de escasa gravedad o flagrantes»).

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH RELATIVA AL ART. 6.1. DEL CONVENIO DE ROMA: EL DERECHO A SER «OIDO EN UN PLAZO RAZONABLE».

Se pretende, en este epígrafe, sistematizar la doctrina del TEDH, siguiendo para ello un esquema expositivo análogo al utilizado por el referido Tribunal cuando dicta Sentencias en esta materia. Antes de entrar en el «fondo del litigio», el TEDH ha abordado una serie de «cuestiones previas» entre las que estudiaremos las siguientes:

A) CUESTIONES PREVIAS

1. El carácter «civil» del derecho que se reclama:

El art. 6.1 del Convenio de Roma exige que tenga carácter «civil» el derecho que se reclama. El TEDH (*Caso Deumeland*, S. de 29 de mayo de 1986) no ha elaborado una definición abstracta del concepto «derechos y obligaciones de carácter civil», sino caso por caso. La referida expresión se introdujo teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos europeos, más o menos propicios a la fiscalización judicial de la Administración Pública. Concretamente la Comisión Europea ha entendido que el texto del artículo no justifica suficientemente el que los Estados contra-

* Ponencia presentada por el autor en el curso sobre «Poder judicial y proceso penal», Universidad Hispanoamericana Santa

tatantes estén obligados, con carácter general, en el amplio campo de la Administración Pública. Pueden señalarse, con todo, los siguientes criterios:

a) El carácter civil no puede entenderse como una mera referencia al derecho interno de los Estados contratantes y no abarca únicamente las controversias de «derecho privado» en el sentido tradicional de la expresión.

b) El TEDH mantiene una interpretación amplia de tal concepto. Así en el *Caso Buchholz* (S. 6 de mayo de 1981) lo aplicó a una reclamación de carácter laboral. En el *Caso Zimmermann y Steiner* (S. 13 de julio de 1983) se contiene la afirmación general de que tratándose de «derechos de naturaleza personal o patrimonial» había que entender que se trataba de derechos «privados» y que, por tanto, eran «civiles» en el sentido del art. 6.1. del Convenio. En el *caso de la viuda Demeuland* (S. 29 de mayo de 1986) estudió un caso particularmente interesante, concretamente el derecho al cobro de un pensión de viudedad. La legislación alemana caracterizada tal derecho como un derecho «público». El TEDH, por su parte, afirma que lo que define su naturaleza no es su calificación ilegal, sino su contenido y consecuencias. El TE confirma que no existe un concepto europeo uniforme sobre el carácter público o privado de tal derecho y reconoce que hay factores que se inclinan por su naturaleza de legislación que lo regula, el carácter obligatorio del seguro y el hecho de que el estado asuma esa protección social por sí o por medio de organismos públicos), pero que ello no excluye la aplicación del art. 6.1. del Convenio, dados los factores acumulados de la naturaleza personal y económica del derecho controvertido, su vinculación a un contrato de trabajo y su analogía, en la propia legislación alemana, con el Seguro de Derecho Común, concluyendo, así, que predominan los aspectos de «derecho privado».

c) En el campo de la Administración Pública, el TEDH ha entendido, asimismo, que procedía otorgar el carácter «civil» a reclamaciones relativas a un procedimiento sobre la conformidad dada por la Adón a la venta de un terreno, cuando tal conformidad era un requisito necesario para la validez del negocio, a una reclamación sobre esa autorización en la transmisión de la propiedad por expropiación y a una reclamación relativa a la revocación de la licencia para ejercer la medicina.

2 La condición de «víctima»:

El TEDH viene enseñando que la noción de «perjuicio» no es consustancial (aunque normalmente acompañe) al concepto de «víctima», por cuanto, para serlo, basta serlo, basta ser persona directamente «afectada» por la violación de las exigencias contenidas en el Convenio (Así *Caso Eckle* (S. de 15 de julio de 1982 y *Caso Corigliano* S. de 10 de diciembre de 1982). Así, en el *Caso Corigliano* entendió que pese a existir un inicial desistimiento del demandante (lo que, a juicio del Gobierno italiano, sería significativo de que el «plazo razonable» no le interesaba en absoluto al recurrente) lo cierto es que no existió una rectificación ulterior de su postura y no puede negarse que la duración del procedimiento afectaba directamente al Letrado Corigliano aunque «no figuraba indubitadamente dentro del primer plano de sus preocupaciones». Más interés tiene la

Sentencia del *Caso Eckle* en cuanto, si bien finalmente — por falta de prueba— termina considerando que concurre en el demandante la condición de «víctima», es lo cierto que «obiter dicta» reconoce una serie de supuestos en que tal condición podría perderse desde el punto de vista del Convenio. Así, se admite que producida la «reparación» y reconocida explícita o implícitamente por las autoridades nacionales la violación del derecho, no tendría ya sentido seguir hablando de «víctima» pues «en una situación semejante doblar el procedimiento interno en una instancia ante la Comisión y ante el Tribunal parece poco compatible con el carácter *subsidiario* del mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio. Este confía primeramente a cada uno de los Estados contratantes el sentido de asegurar la vigencia de los derechos y libertades que consagra...». El TEDH asimismo entiende que pueden ser, en determinados casos, remedios adecuados el que a la hora de «fijar la pena» se tenga en cuenta «La eventual superación del plazo razonable del art. 6.1.» (posibilidad que ya había admitido la jurisprudencia alemana —S. de 10 de Noviembre de 1971e —antes de su generalización a través de una reforma legal) y, más aún, la «clausura» o sobreseimiento del procedimiento de investigación en marcha. Si, finalmente, el TEDH rechaza, en el caso enjuiciado, que haya habido «reparación» y haya desaparecido, por tanto, la condición de «víctima», ello se debe, primero, a que no existe un claro reconocimiento de la violación y, segundo, a que «no se ha justificado» que tales medidas «hayan remediado la situación de manera suficiente». De esta doctrina debe retenerse la potencialidad reparadora de la violación de tal derecho que el TEDH atribuye a mecanismo tales como la «atenuación» de las penas o el sobreseimiento de las actuaciones.

3. Su examen «de oficio»:

El TEDH (*Caso Foti y otros*, S. 10 de diciembre de 1982) ha establecido que los órganos creados por el Convenio no pueden «aportar hechos no señalados por el demandante ni por tanto verificar su compatibilidad con el Convenio» pero «sí son competentes para revisar a la luz del conjunto del propio Convenio las circunstancias por las que reclama un demandante. En el cumplimiento de su tarea, las instituciones establecidas... pueden dar a los hechos de la causa... una calificación jurídica diferente de la que les atribuye el interesado o, en caso de necesidad, verlos bajo otro ángulo».

Cuestión distinta (de la que existen múltiples precedentes, señalemos el *Caso Vallon* S. de 3 de julio de 1985) es que pueda ponerse fin al litigio en virtud de «acuerdo amistoso» entre las partes, sin condena propiamente dicha. En tales supuestos, las Sentencias que ponen fin al procedimiento contienen un fallo muy simple (procede «borrar el caso del Registro de asuntos») pero en su fundamentación jurídica se recogen los términos del acuerdo (que exigen al reconocimiento de la violación del derecho por parte del Gobierno afectado y, normalmente, una indemnización u otra forma de reparación) y, continuar de oficio el procedimiento en caso contrario) la mención de que no se encuentran «razones de orden público que justifiquen la continuación del procedimiento».

B) FONDO DEL ASUNTO

1. Período de tiempo a tomar en consideración:

La resolución del fondo del asunto a determinar si se excedió o no el tiempo razonable en el proceso somtido a su consideración. El primer tema que aborda, normalmente, el TEDH es el relativo a acotar el período de tiempo sobre el que se proyecta la queja, admitida y tramitada por la Comisión (*Caso Zimmermam y Steiner* S. 13 de julio de 1983). En el ámbito penal (*Caso Foti y otros*. S. 10 de diciembre de 1982) el diez a que debe identificarse con la «acusación», entendiéndose por tal «la notificación oficial de autoridad competente de la alegación de haber cometido una infracción penal», aunque, en ciertos casos, puede revestir otras formas y así, singularmente, la adopción de medidas que implicando dicha alegación «entrañen repercusiones importantes sobre la situación» personal o patrimonial del sujeto. El dies ad quem se identifica con la correspondiente sentencia firme. En el ámbito civil o laboral (*Caso Buchholz*. S. 6 de mayo de 1981) el dies a quo es el del inicio de la acción ante el Tribunal correspondiente y el dies ad quem el de la notificación de la correspondiente sentencia firme.

2. Principio General

La norma o principio general para la apreciación de la existencia o inexistencia de vulneración unánime del TEDH, la de que «el carácter razonable de la duración de los procedimientos, *debe ser apreciado en cada caso* teniendo en cuenta la circunstancias particulares del mismo». Así se ha declarado, entre otras, en las Sentencias de 27 de junio de 1968 (*Caso Neumeister*), 16 de julio de 1971 (*Caso Ringeisen*), 6 de mayo de 1981 (*Caso Buchholz*) 10 de Diciembre de 1982 (*Caso Foti y otros*) y 13 de julio de 1983 (*Caso Zimmerman y Steiner*).

3. Criterios a tener en cuenta para apreciar la existencia o inexistencia del plazo razonable:

Respecto a los asuntos penales, la jurisprudencia del TEDH (*Caso Ringeisen*, *Caso Neumeister*, y *Caso Buchholz*), viene estableciendo que ha de tenerse en cuenta *la complejidad del caso, la conducta de las partes y la conducta de las autoridades competentes*. A partir de la Sentencia de 13 de julio de 1983 (*Caso Zimmerman y Steiner*) se añade, de forma explícita en algunas ocasiones, el de las *consecuencias dañosas* derivadas del retraso.

Estos criterios se aplican por extensión, y con escasos matices, a los casos que afectan a procedimientos suscitados ante Tribunales administrativos en relación con derechos civiles y también a las reclamaciones de carácter laboral (S. de 28 de junio de 1978, *Caso Honing*).

a) Complejidad del asunto:

Este factor ha sido considerado, en alguna ocasión (generalmente en su combinación con otros factores: así el *Caso Ringeisen* como con causa justificante de las dilaciones sufridas. En términos generales, sin embargo, hay que consignar una resistencia del TEDH a atribuirle tal carácter. Así, en el *Caso*

Foti y otros afirmo que cometidas las infracciones «en público y constadas sobre el terreno no tenían por qué dar lugar a una instrucción difícil». Se trataba de insultos a la autoridad, manifestación sediciosa y obstrucción a la vía pública. En cuanto al «clima social» en que tales procedimientos se desarrollan en cuestión, según el Tribunal, que sólo constituirá «un elemento a considerar en el exámen de la conducta de la autoridad competente». En el *Caso Corigliano* pese a reconocer que la remisión del caso a otra sede territorial hizo algo más compleja la instrucción «el caso desde el punto de vista jurídico era relativamente simple, pues la instrucción se limitó al interrogatorio de los magistrados acusados, del Letrado Corigliano, así como el exámen de algunos documentos.

b) Conducta del demandante:

La utilización de medios «dilatorios» por el que luego demanda ha sido tenida en cuenta por el TEDH para desestimar las quejas formuladas. Así, en el *Caso Ringeisen* se indicaron como «medios dilatorios» «las innumerables demandas y recursos dirigidos no solamente a su puesta en libertad, sino también a la recusación de la mayor parte de los Magistrados competentes y a la remisión del asunto a otras jurisdicciones». En parecida línea el TEDH, en el *Caso Eckle*—Sentencia de 10 de junio de 1982—, dice que los demandantes «multiplicantes los incidentes—concretamente la utilización sistemática de las recusaciones de naturaleza retardaria y que ciertamente podían hacer pensar en una obstrucción deliberada». «Su comportamiento... —añade— constituye un hecho objetivo no imputable al Estado... y que debe considerarse para responder a la pregunta de saber si el procedimiento ha sobrepasado o no el plazo razonable». Pero, junto a tal doctrina, el TEDH establece también que «no es exigible una cooperación activa con las autoridades judiciales» (el propio *Caso Eckle* y el *Caso Corigliano*) llevándose a afirmar (*Caso Guincho*. S. de 10 de julio de 1984) que el demandante «no tenía ningún deber de comunicar el asunto al Consejo Supremo de la Magistratura» y que no se pueden tener en cuenta tampoco circunstancias no imputables al demandante (incomparecencia de testigos y abogados).

Una cuestión, a caballo entre la «conducta de las partes» y la «conducta de las autoridades», frecuentemente alegada por los Gobiernos para tratar de justificar las dilaciones, tratándose de procedimientos civiles y laborales, ha sido el llamado «Principio Dispositivo», «excusa» que ha sido rechazada tajantemente por el TEDH. Así, en el *Caso Buchholz*—Sentencia del 16 de mayo de 1981— se afirma que, pese a existir en el derecho alemán el «Principio de conducción de la litis por las partes» «no existe dispensa alguna a las autoridades judiciales para que aseguren la rápida tramitación de las acciones en los términos comprendidos en el artículo 6.1.» Dicha doctrina se ratifica en la Sentencia de 10 de julio de 1984 (*Caso Guincho*) con relación al Principio dispositivo vigente en el ordenamiento jurídico portugués.

c) **Conducta de las autoridades**

La jurisprudencia del TEDH (*Casos Honing, Foti y otros, Buchholz, Zimmerman y Steiner*) explicita el criterio general de que solamente la lentitud imputable al Estado puede llevar a la conclusión de que se incumplió la exigencia del «plazo razonable». De igual modo se establece el criterio general de que (*Caso Eckle*) no pueden «argumentarse eventuales lagunas de su ley interna cuando se trata de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del artículo 6.1 de la Convención». Un dato esencial, en todo caso (*Caso Guincho*) para detectar incumplimientos de la Convención es el constatar la existencia de «periodos en blanco» o de plena pasividad por parte de la autoridad judicial.

El TEDH ha admitido, en ocasiones (así el *Caso Foti y otros*) que *determinados factores políticos y sociales pueden justificar ciertas dilaciones. Así, en el citado Caso Foti*, se consigna que los disturbios acaecidos en Reggio Calabria entre 1970 y 1973 «justificaron» el traslado de los procedimientos a una sede territorial distinta, sin que el tiempo empleado en tales traslados pueda considerarse «irrazonable», reconociendo, incluso, que el clima político y social creado era de tal naturaleza que «los Jueces podían legítimamente temer, en caso de condenas precipitadas o severas un recrudescimiento de la tensión e incluso la repetición de los desórdenes».

d) **En especial, el aumento del volumen de la litigiosidad**

La doctrina del TEDH en este punto, podría sintetizarse en los términos siguientes: 1) El Convenio obliga a los Estados contratantes a estructurar su sistema jurídico, de forma que se garantice el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de su artículo 6.1. 2) Que no obstante una acumulación «temporal» (*Caso Buchholz*), «excepcional» (*Casos Buchholz y Eckle*) «imprevisible» (*Caso Zimmerman y Steiner*) y frente a la cual el Estado *asuma con rapidez remedios efectivos* (*Casos Zimmerman y Steiner y Guincho*) demostrando así su actitud «diligente», puede *excluir* la responsabilidad del Estado. 3) Que, por el contrario, si se trata de incrementos del volumen de trabajo, de carácter estructural y estable, el Estado no puede buscar en tal fenómeno una causa de justificación de las dilaciones.

En aplicación de tales criterios, el TEDH estimó, en el *Caso Buchholz*, «que las demoras en el Tribunal de apelación se originan en un período de transición significado por un aumento notable en el volumen de la conflictividad que resulta de un deterioro en la situación general de la economía. Habiendo apreciado el material depositado ante él y tomando nota de los esfuerzos de las autoridades para acelerar la tramitación de los asuntos ante los Tribunales laborales, el Tribunal estima que ni aún considerados en su conjunto, los retrasos atribuibles a los Tribunales competentes no exceden el tiempo razonable en los términos del artículo 6.1». En este supuesto el Gobierno alemán justificó ante el TEDH haber adoptado medidas eficaces para poner fin a tal situación desde el momento mismo en que el problema pudo ser detectado (en esencia, aumento inme-

diato de plantillas, en los órganos afectados, replanteamiento general de la planta de los Tribunales y reforma legislativa del procedimiento laboral).

Por el contrario, el TEDH rechazó tal «causa de justificación» en el *Caso Eckle* («por entender que el volumen de trabajo del Tribunal..., no tenía nada de excepcional»), en el *Caso Zimmerman y Steiner* (por entender «que la situación afectaba a la estructura como, por otra parte acaecía en muchos otros Estados contratantes» y que las medidas adoptadas por el Gobierno suizo «no se revelaron suficientes y eficaces, amén de subrayar, criterio después generalizado, que «hay un momento en que cualquier procedimiento se convierte en preferente por el mero hecho del tiempo transcurrido»), en el *Caso Milasi* (Sentencia de 25 de junio de 1987 por no tener carácter «provisional», sino estructural) y, entre otros, en el *Caso Guincho* (Sentencia de 10 de julio de 1984), sentencia esta última que prácticamente anticipa la sentencia del *Caso Sanders, S. A.*, al que luego haremos referencia. En Sentencia del *Caso Guincho*, El TEDH reafirma su doctrina general antes esbozada y rechaza la causa de justificación por entender que la «ruptura institucional» que representó la vuelta a la democracia y la vuelta malva de portugueses de las antiguas colonias generaban problemas estructurales en la Administración de Justicia que el Gobierno debió prever y corregir de manera inmediata y eficaz, afirmando que «dada la repatriación de cerca de un millón de personas, era esperable una expansión apreciable del trabajo». Como factor de «previsibilidad» de la situación recoge asimismo las denuncias de los Colegios de Abogados. En conclusión, el problema era «ya estructural y las medidas adoptadas insuficientes y tardías» afirmando también que «las excepcionales dificultades en que se encontraba Portugal no eran tales como para privar al demandante de su derecho a obtener justicia en un plazo razonable». A subrayar también que la Sentencia del TEDH analizó también la situación particular del concreto órgano judicial portugués en el que se produjo la dilación. Su, llamémosle «historia» es prototípica de lo que, con frecuencia, también ocurre en España, periodos de carencia con sustituciones, prórrogas de jurisdicción a su titular y fuerte crecimiento de los casos pendientes.

Debe subrayarse que, en el caso del Tribunal portugués, el Gobierno había adoptado una medida bastante enérgica, cual es la de enviar al Tribunal tres Jueces más y personal de Secretaría, sin que la misma fuera considerada suficiente y adecuada por el TEDH.

4. **EL VALOR RELATIVO DEL FACTOR OBJETIVO DEL TRANCURSO DEL TIEMPO**

De conformidad con el Principio General antes enunciado y en coherencia con los «criterios» que deben ser utilizados para dilucidar la existencia o no de vulneración de este derecho, fácilmente se comprenderá el «valor relativo» que el mero dato del transcurso del tiempo tiene para entender concurrente la violación del mismo.

El caso prototípico podría ser el *Caso Buchholz*, en el cual el período de tiempo fue de *cinco años* y no se apreció violación del derecho, mientras que, en el caso *Zimmerman y Steiner* fue *tres años y medio* y sí se apreció tal vulneración. El propio TEDH justificó este hecho indicando que mientras en el *Caso Buchholz* el procedimiento había pasado por tres jurisdicciones y se habían tomado numerosas medidas de instrucción o de otra naturaleza, en el caso *Zimmerman y Steiner* «existe un largo y único período de completa pasividad que sólo podría justificarse por circunstancias excepcionales».

Puede, con todo, tener algún valor indicativo el señalar las referencias temporales a las que, en combinación con otros factores, ha tenido ocasión de pronunciarse el TEDH, indicando por orden cronológico algunas de las más significativas:

a) En el *Caso Ringeisen* (16 de julio de 1971) pese a transcurrir un largo período de tiempo (la apertura de las investigaciones preliminares tuvo lugar el 21 de febrero de 1963 y la decisión final del 24 de abril de 1968) no se apreció violación del derecho al plazo razonable, por la acción combinada de la complejidad del litigio y la conducta obstruccionista del demandante.

b) En el *Caso Eckle* (15 de junio de 1982) pasaron *tres años* entre el «acta de la acusación» y la apertura de las sesiones del juicio oral, lo que, en palabras del TEDH, «supone evidenciar falta de diligencia».

c) En el *Caso Corigliano* (10 de diciembre de 1982) la fase instructora se prolongó *cuatro años y siete meses* que se estimó «incompatible con una buena Administración de Justicia, constituyendo una violación del artículo 6.1 del Convenio». Más interesante resulta aún una afirmación marginal del TEDH en el cuerpo de dicha Sentencia cuando dice: «de ahí que no se comprenda una decisión que ha supuesto un retraso de *siete semanas* (la de la audiencia del Letrado Corigliano por comisión rogatoria —exhorto—) ante el Tribunal de Reggio...». Es decir, el TEDH no «comprende» que tomar declaración por exhorto al querellante que vive en sede territorial distinta de aquella en que se presentó la querrela pueda tardar «siete semanas». Piénsese en los procesos españoles.

d) En el *Caso Guincho* (Sentencia de 10 de julio de 1984) la condena vino determinada, entre otros factores, por el hecho de haberse detectado períodos de pasividad de «más de seis meses» (de nuevo para cumplimiento de un exhorto) o «de un año y medio» (para la comunicación de un escrito de la parte demandada a la defensa de los demandantes).

e) En el *Caso Vallón*, supuesto en el que, como se dijo, el Gobierno italiano y el demandante (después de que la Comisión Europea se pronunciara en el sentido de haber violación del art. 6.1) llegaron a un «arreglo amistoso» en el que el Gobierno italiano reconoció la violación y abonó una indemnización al demandante (Sentencia de 3 de junio de 1985), hay un párrafo del informe de la Comisión (Informe de 8 de mayo de 1984) que merece especial cita: la Comisión «ha encontrado que la instrucción se retrasó *durante aproximadamente ocho meses* por la negligencia imputable a las autoridades italianas». Pues bien, tal fue el *único retraso constatable*. Se hace

obligado, de nuevo, pensar en el caso español.

f) En el *Caso Milasi* digamos finalmente, (25 de junio de 1987) se afirma que «el hecho de que transcurra un período de diez años hasta la sentencia definitiva evidencia que no puede considerarse como consecuencia de una crisis transitoria».

5. Reparación en sede de la jurisdicción internacional:

En este punto bastará con fijar sus pautas esenciales, que se producen a considerar de «extrema importancia» la exigencia del plazo razonable «para la correcta Adón de Justicia» (por ejemplo *Caso Guincho*) y, consecuentemente, a mantener una interpretación extensiva del alcance de la exigencia contenida con el Convenio y claramente restrictiva (progresivamente restrictiva) de las «causas de justificación». El Tribunal es, asimismo, plenamente consciente del carácter «subsidiario» de su intervención (en defecto o por incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados contratantes) y acude, de igual modo, a formas «sustitutorias» de reparación que, en la práctica totalidad de los casos, comprenden, en primer lugar, la expresa declaración de haber sido violado el art. 6.1. del Convenio Europeo (entendiendo, así el *Caso Corigliano*, en muchas ocasiones que el mero perjuicio moral —tensión psicológica perjudicial— se compensa adecuadamente con la comprobación por la Sentencia del TEDH de que se ha sobrepasado el plazo razonable) y, en segundo lugar, a la fijación de una «indemnización» por daños materiales que comprende tanto los originados directamente en el interior del Estado Parte como «consecuencia» de tal violación, como también los originados a consecuencia de la tramitación de la demanda individual ante las instancias europeas (dietas, alojamiento, viajes y gasto de Abogados, especialmente). Tales indemnizaciones, cuando se ha aportado ya el material probatorio correspondiente, se fijan en la propia sentencia y, en otro caso, en una especie de «incidente de ejecución». Resulta interesante constatar la constante utilización de criterios de equidad en la fijación de los montos indemnizatorios y la utilización sin complejos del «prudente arbitrio judicial».

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TC RELATIVA AL ARTICULO 24.2 DE LA CE: EL DERECHO A UN «PROCESO...SIN DILACIONES INDEBIDAS».

A) CONCEPTO

La Sentencia del TC de 25 de Noviembre de 1988 (223/1988) señala que el artículo 24.2 de la CE utiliza la expresión empleada por el artículo 14.3 c.) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de Diciembre de 1966, expresión que es similar, a su vez, aunque no idéntica, a la que consagra el ya comentado artículo 6.1. del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de Roma, de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España en instru-

mento publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

Ya las Ss del TC de 14 de marzo de 1984 (36/1984) y 23 de enero de 1985 (5/85) habían reconocido la directa aplicabilidad a nuestro Ordenamiento Jurídico del conjunto doctrinal elaborado por el TEDH, que ha quedado sucintamente expuesto en el apartado II de esta Ponencia, en tanto que legítimo interprete del referido Convenio internacional y conforme, asimismo, al valor interpretativo que a tales tratados otorga la CE (art. 10.7.CE).

No resulta fácil su caracterización conceptual. Se ha reconocido por el TC (así, en la Sentencia citada 223/88) que se trata de un derecho de «naturaleza prestacional», lo que, consecuentemente lleva consigo la obligación de los Poderes Públicos de hacer efectiva la realización del servicio, tanto en su aspecto funcional como en su aspecto orgánico. Los derechos fundamentales de contenido pretorioso, sin que, por tanto, las deficiencias en la organización de la prestación del servicio (o garantía material del derecho) hagan decaer la fuerza del derecho constitucionalmente protegido. Ello supone, en palabras del TC (sentencia citada), «que los jueces deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quiebran la efectividad de su tutela».

Se trata (en palabras de Gimeno Sendra) de un «derecho subjetivo de carácter reaccional, de suerte que la vulneración del mismo se realiza siempre como consecuencia de la omisión que realiza un órgano jurisdiccional...», omisión anterior que puede tener muy diversos orígenes, bien la falta de diligencia del propio Órgano Judicial, bien las deficiencias orgánicas y estructurales del aparato de Justicia (directamente achacable a los restantes Poderes Públicos, obligados a respetar sus compromisos internacionales y a colaborar —113 CE— en el curso del proceso, dado el valor que la Justicia tiene como uno de los «valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico» —1.1. CE.—) bien, finalmente, la falta de buena fé y prohibición de las partes en el proceso, en tanto puedan suscitar incidentes dilatorio injustificados, pese a las obligaciones de «buena fé» impuestas a las partes por la LOPJ —artículos 11.1. y 11.2.—. No es anecdótico, desgraciadamente, que la propia Administración Pública no haya respetado en demasiadas ocasiones esas elementales obligaciones de lealtad procesal, hasta el punto de haber provocado tres sentencias condenatorias de nuestro TC (37/82 de 16 de junio, 67/84 de 7 de junio y 109/84 de 26 de noviembre), al menos, en las que se ha podido apreciar una conducta obstruccionista en el ámbito contencioso-administrativo.

La S. del TC 36/84 de 14 de marzo, a la hora de definir qué deba entenderse por un proceso sin dilaciones indebidas, ha afirmado que se trata de «un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos y congruentes con su enunciado genérico. Requiere una concreción y apreciación de las circunstancias del caso para poder deducir de ellas la irracionalidad del retraso...» estimando, asimismo, como un dato esencial la existen-

cia de «tiempos muertos en que no se realiza actividad alguna utilizable y utilizada a los fines del juicio». Supone, como puede verse, una fiel transcripción a nuestro OJ del Principio General consagrado en esta materia por el TEDH.

La S. del TC 43/85 de 22 de marzo, por su parte, afirma que por proceso sin dilaciones indebidas hay que entender «el que se desenvuelve en condiciones de normalidad, dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción». Estos intentos de definición no pueden por menos que reputarse de tautológicos, por cuanto remiten a su vez a la caracterización de conceptos tales como «normalidad», «tiempo requerido» o «pronta satisfacción». Sí que tiene interés destacar sin embargo (STC 5/85 de 23 de enero) que no se puede identificar tal concepto con el mero retraso o incumplimiento de los plazos procesales, dado que no se ha constitucionalizado el derecho al respeto de los plazos procesales. Las dilaciones han sido entendidas por el TC como «...un supuesto extremo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como una irregularidad irrazonable...».

No parece especialmente útil, por tanto, tratar de elaborar una definición precisa y conceptual de este derecho constitucional (aunque en la doctrina lo ha intentado, entre otros, Gimeno Sendra) sino más bien explicitar sus rasgos peculiares, dado que el más característico es precisamente su «circunstancialidad», lo que determina que cualquier intento de acotar en una fórmula su contenido esencial este abocado a dejar fuera de sus fronteras precisamente su médula definidora.

B) SU DIFERENCIA CON EL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA

El TC, en sus SS de 22 de abril y 14 de julio de 1981, subrayó las constantes temporales que inciden en el llamado «derecho a la jurisdicción» (derecho a la «tutela efectiva» del art. 24.1 CE), por cuanto tal derecho debe satisfacerse «dentro de los razonables términos temporales en que las personas los reclaman...», factor temporal que llega a condicionar, al menos así lo afirmó inicialmente el TC, el propio derecho a la jurisdicción. Debe subrayarse, sin embargo, que ya en este primer momento el TC hablaba de que tal factor temporal «goza de autonomía normativa en el número 2 de la misma norma, al referirse a un proceso público sin dilaciones indebidas».

La S. del TC 26/83 de 13 de abril solventó, en todo caso, las dudas doctrinales que la jurisprudencia inicial del TC había planteado en torno a si la infracción del art. 24.2 conlleva necesariamente una vulneración simultánea del art. 24.1 o si, por el contrario, se trata de un verdadero derecho fundamental autónomo y distinto al de la obtención de una resolución motivada, al inclinarse decididamente por esta última tesis. Dicha Sentencia afirmó, en efecto, que «... desde un punto de vista sociológico y práctico puede afirmarse seguramente que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tute-

la judicial efectiva» pero que «jurídicamente, en el marco de nuestro Ordenamiento, es forzoso entender que se trata de derechos distintos que siempre han de ser considerados separadamente y que, en consecuencia también pueden ser objeto de distintas violaciones». En una Sentencia ulterior (esta vez, de 14 de diciembre de 1983) y en una línea semejante, se afirma que la «vulneración de la garantía más especial o específica» (la del art. 24.2) sólo en «una acepción lata» puede implicar «una denegación de la tutela contemplada en el número 1». No se trata, en suma, de derechos de contenido idéntico, de modo que el primero absorba el segundo, sino de derechos distintos y autónomos que pueden (y de hecho lo hacen frecuentemente) converger, pero no necesariamente, por cuanto es dudable concebir supuestos en los que, en rigor, debe considerarse satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva «aunque... con una tardanza excesiva irrazonable» determinante de una lesión «al proceso sin dilaciones indebidas».

El carácter «autónomo» del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha sido reconocido ulteriormente en múltiples sentencias del TC (así, en las SS 36/84 de 14 de marzo y 133/88 de 4 de julio). Esta autonomía alcanza su importancia si se tiene en cuenta que sólo a partir de ella es sostenible que su infracción ocasione el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento.

C) AMBITO DE APLICACION

La fórmula utilizada por el art. 24.2 de la CE es, desde luego más amplia que, la utilizada por el art. 14.3.c) del Pacto de Nueva York que, como es sabido, limita su ámbito de aplicación al proceso penal y, al propio tiempo, es también más amplia que la fórmula contenida en el art. 6.1 del Convenio de Roma que, como ya se dijo, al utilizar la expresión «derechos civiles» permite dejar fuera de su ámbito ciertos aspectos relativos a la fiscalización de la Administración Pública.

La norma española habla de «proceso público» (que debe entenderse —como subraya Gimeno Sendra— como sinónimo de «procedimiento judicial» incluídos los actos de jurisdicción voluntaria) sin especificación o adjetivación alguna y de ahí que tenga carácter omnicompreensivo y que abarque toda la tipología procedimental hoy existente, para cualquier orden o clase de jurisdicción y para cualquier modalidad procedimental en cualquiera de sus fases o instancias, de los que conocen todos y cada uno de los órganos a los que se atribuye la potestad jurisdiccional.

Así lo viene enseñando nuestro TC. En la S. 18/83 de 14 de marzo, habla de las «dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso». y la 5/85 de 23 de enero dice literalmente: «no ofrece duda que la doctrina jurisprudencial es inequívoca en cuanto a la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en todos los órganos jurisdiccionales». En las SS de 13 de abril y 7 de junio de 1984 se ha establecido por su parte que «la ejecución de sentencias es cuestión de ca-

pital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de derecho que proclama la Constitución» fijando la doctrina de que el cumplimiento o ejecución íntegra de las resoluciones judiciales está ínsito en el derecho consagrado en el art. 24.2 de la CE, vinculando por igual a todos los Poderes Públicos. La importante S. del TC 133/88 de 4 de julio que analiza la naturaleza jurídica de las «diligencias previas» (afirmando que constituye una «instrucción inicial indiferenciada» que sólo puede ser utilizada legítimamente para determinar la naturaleza del hecho, circunstancias *esenciales* del hecho, personas que en él han participado y procedimiento aplicable, fase que no puede prolongarse «por más tiempo del preciso para ello... so pena de convertirse, por corruptela, en un nuevo procedimiento desvirtuando su naturaleza...») deja, por su parte, perfectamente claro que el referido derecho constitucional (tal y como hemos visto ha declarado numerosas veces el TEDH) es perfectamente aplicable a esta fase investigadora o instructora, al señalar que «el objetivo de una duración razonable del proceso se pone particularmente en peligro si se dilata irrazonablemente dicha fase de instrucción, por tener una relevancia directa sobre la propia apertura del juicio», citando en apoyo de su tesis el Informe realizado por la Comisión Europea en los casos *Haase y Buchholz* (cuya Sentencia ya se comentó) de 12 de julio de 1977 y 6 de mayo de 1981.

D) CAPACIDAD Y LEGITIMACION

Sólo ostentan capacidad para el ejercicio de este derecho constitucional los sujetos de derecho privado, esto es, las personas físicas y jurídicas en tanto actúan en el marco y con sujeción a las normas de Derecho Privado. Así se infiere, con carácter normativo, del art. 42.2 de la LOTC que excluye la posibilidad de que los Poderes Públicos puedan ejercitar el recurso de amparo. Ello es consecuencia de que los derechos fundamentales están concebidos, en la generalidad de los casos, como derechos de exclusión frente al Estado. Y, mas particularmente, como observa Gimeno Sendra, ello es consecuencia, en el caso del concreto derecho constitucional que estamos estudiando, de «que el ejercicio de este derecho ha de comprometer a todos los Poderes del Estado». De esta peculiaridad pretende deducir Gimeno Sendra que «hay que excluir la posibilidad de que las Administraciones Públicas, aún actuando como sujetos de, y bajo las normas de Derecho Privado, puedan ejercitar el recurso de amparo... de modo que el titular del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha de serlo única y exclusivamente el ciudadano justiciable». Tal afirmación merece, en mi opinión, algunas matizaciones por cuanto, primero, su eventual exclusión del recurso de amparo no es óbice para que subsista, desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, el deber de tutelar también en beneficio de las Administraciones Públicas cuando actúan como sujetos de derecho privado, el derecho de todos los litigantes a un proceso «sin dilaciones indebidas» y, segundo, porque tal deber subsiste incluso respecto de aquellos proce-

sos en que las Administraciones Públicas actúan como tales sujetos de Derecho Público, con independencia de que pueda quedarles vedada la subsidiaria tutela de la jurisdicción constitucional. Entiendo, incluso, que en aquellos supuestos en que actúan como sujetos de Derecho Privado no habría tampoco razón para cerrarles el acceso al recurso de amparo, al menos en todos aquellos supuestos en los que la razón de la dilación indebida no radique en causas estructurales directamente achacables a la propia Administración Pública de que se trate, sino en otros factores achacables a la falta de diligencia del órgano judicial o a la actitud obstruccionista de la contraparte, o, incluso, a razones estructurales en las que ninguna incidencia o responsabilidad quepa imputar a la Administración Pública de que se trate.

La legitimación la ha de ostentar la persona física o jurídica que ha sido parte formal en el procedimiento judicial en el que se ha producido la dilación indebida. Esta es la regla general que consagra el art. 46.1 b) de la LOTC. Opina Gimeno Sendra que, en el caso de este concreto derecho, hay que mantener un criterio interpretativo estricto del referido precepto (a diferencia de la usualmente amplia y flexible interpretación que del mismo suele hacer el TC) pues «tratándose como se trata de una garantía procesal cuya lesión tan sólo han de sufrir las partes formales...» no se les puede «conferir legitimación activa a aquellas personas que, aún cuando pudieran sufrir los efectos de la cosa juzgada, no se hayan convertido en partes formales, dentro del proceso en que se ha constatado la dilación indebida».

E) CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA APRECIAR LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE LA DILACION INDEBIDA

El TC ha seguido, con algún matiz, la doctrina clásica (a partir de la ya comentada Sentencia del Caso *Zimmerman y Steiner* del TEDH en orden a fijar los criterios o pautas que deben tenerse en cuenta para apreciar la existencia o inexistencia de una «dilación indebida», de suerte que fija como tales la *complejidad del litigio*, la *conducta de los reclamantes*, la *conducta de las autoridades implicadas* y las *consecuencias dañosas que de la demora se siguen para los litigantes* o «tipo de interés que se ventila». Y así lo ha sostenido, entre otras muchas, en la S. 5/85 de 23 de enero y, más recientemente, en la 133/1988 de 4 de julio y en la 223/1988 de 25 de noviembre, sentencias en las que constantemente se hace referencia a buena parte de las Sentencias del TEDH antes citadas y, además, a las correspondientes al *Caso Lechner y Hess* de 23 de abril de 1987 y al *Caso Capuano* de 25 de junio de 1987, que no han sido comentadas por no añadir dato nuevo alguno de interés a los efectos de esta exposición.

Sin embargo, en la ya citada Sentencia 5/85 (y también en la 223/1988 en la que se habla del criterio «de los márgenes de duración ordinarios de los litigios del mismo tipo») se introdujo un quinto criterio (no tenido en cuenta por el TEDH) o elemento de contenido sumamente polémico, conforme al cual

habría que atender también a los *standars* de «actuación y rendimiento *normales* en el servicio de la Justicia». Sobre esta Sentencia recayó un Voto particular (de Tomas y Valiente) y a ella se ha reafirmado la muy reciente S. del TEDH de 7 de julio de 1989 que, aunque sea adelantar la referencia que se hará ulteriormente con más detalle, parece avalar los criterios del Voto particular y desautorizar alguno de los planteamientos de la mayoría contenidos en la Sentencia. Tal «quinto criterio» es, según entiendo, perturbador, por cuanto o bien se refiere a las pautas «habituales» en la *actual* práctica judicial, en cuyo caso existe el riesgo de confundir el concepto «normal» con el concepto «generalizado», cuando es evidente que una práctica generalizada puede ser contraria a la norma, o bien por «normal» entendemos los adecuados a la «norma», esto es los adecuados al tipo y regulación legal del procedimiento de que se trate, en cuyo caso dicho quinto criterio nada añadiría a la construcción clásica de este derecho constitucional.

F) LOS CRITERIOS, EN PARTICULAR

1. Complejidad del litigio:

El TC, a diferencia del TEDH, nunca ha reconocido este factor como determinante o decisivo en el originamiento de las dilaciones constatadas. La razón radica, simplemente, en que no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de las dilaciones indebidas. En su S. de 14 de marzo de 1984 tuvo ocasión de establecer el criterio general de que «resulta difícil mantener la complejidad en asuntos en los que ni siquiera el fondo de la litis ha comenzado a debatirse». Aplicando los criterios elaborados por el TEDH, podría indicarse que la clave está en el propio desarrollo interno del proceso, de suerte que cuando existe una respuesta jurisdiccional constante a los diversos problemas que se suscitan, sin períodos en blanco en inactividad, de suerte que su dilatación en el tiempo es simple consecuencia natural del tipo de problemas que el litigio suscita, no podrá hablarse de «dilación indebida», siendo la eventual dilación una consecuencia de una auténtica tutela judicial derivada en su caso de la complejidad de los problemas que tal tutela suscita.

2. Comportamiento o conducta de los reclamantes:

El TC, en sentencias de 14 de diciembre de 1983 y 14 de marzo de 1984, parece recoger la doctrina del TEDH de no ser «exigible una cooperación activa con las autoridades judiciales», al indicar que la mera pasividad de la parte que aguarda la decisión de Tribunal no justifica que se le impute la dilación, sin que pese sobre el demandante la carga de instar de la Administración el cumplimiento por parte de ésta de las prescripciones normativas que le incumben, aunque, ciertamente, la actitud diligente de la parte recordando el estancamiento o parálisis del procedimiento (S. 14 de marzo de 1983) contribuye a evidenciar el carácter indebido de la dilación.

Para que el retraso, dice la S. TC 133/88 de 4 de julio, pueda imputarse a la conducta «del querellan-

te sería preciso que su conducta procesal pudiera considerarse objetivamente como un obstáculo para el desarrollo del procedimiento, por obedecer a un lógica injustificadamente dilatoria de no colaboración o incluso de obstruccionismo. No basta la mera impericia de la parte, que no puede justificar la inactividad judicial, dado el impulso de oficio que caracteriza esta fase de instrucción en el proceso penal, al ser delitos perseguibles de oficio». Incluso, en el ámbito del proceso civil, el TC, con parecida energía a la del TEDH, sí ha señalado (S. del TC de 23 de enero de 1985 y art. 237 de la LOPJ) «que el Principio dispositivo ha de conjugarse con el impulso de oficio y, por lo tanto, la no petición de acusaciones subsiguientes por los litigantes nunca podrá ser fundamento de la irrazonable duración del proceso en cuanto nada cabe reprochar a las partes.

La utilización abusiva e indiscriminada de recursos puede ser un factor a tener en cuenta. Así el TC en su sentencia 193/88, de 18 de Octubre señala que «resulta contrario al derecho... a un proceso sin dilaciones indebidas que la ejecución de una sentencia pueda ser paralizada recurriendo las sucesivas providencias que pordeen esta ejecución y cuestionando así indefinidamente la forma de realizarla». Desde otro punto de vista, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede llegar a ser un factor equilibrador del «deficada la denegación de una concreta prueba, con la que no se producía indefensión, sino que respondía a la finalidad de no mantener indefinidamente abierto un proceso penal «en el que no se advierte la necesidad de continuar una actividad probatoria... derecho que ha de conjugarse con el del querellado a un proceso público sin dilaciones indebidas».

3. Conducta de las autoridades implicadas:

Constituye, sin duda, el factor decisivo a la hora de explicar la razonabilidad o no de la duración temporal de los procesos. El TC ha sido especialmente claro en múltiples ocasiones (así en la S. de 7 de junio de 1984) sobre la necesidad de que las medidas tendentes a evitar demorar procesales se adopten con todo el vigor y energía legalmente posibles a fin de remover toda obstaculización que acabe por infringir el artículo 24.2 de la CE.

Consecuentemente con la naturaleza «pretacional» de este derecho, el TC ha asumido sin vacilación la doctrina del TEDH en orden a indicar que comprende «no sólo las acciones y omisiones debidas a negligencia imputable al titular del órgano judicial, sino también las que tengan su causa última en defectos de organización o carencias estructurales (STC 5/85 de 23 de enero)», indicando en otras dilaciones que tengan su origen en defectos de estructura sería tanto como dejar vacío de contenido dicho derecho...» o que tal criterio (STC 223/88 de 25 de Noviembre) «... resulta del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales... que impide restringir el alcance y contenido de tal derecho constitucional, sobre la base de establecer distinciones sobre el origen de la dilación que el precepto constitucional no establece», añadiendo que corresponde tal interpretación, asimismo, a la preeminencia «del derecho a una recta y eficaz Administración. de Justicia en una sociedad democrática».

4. En especial, el aumento del volumen de la litigiosidad

La Sentencia de 14 marzo de 1984, en una línea muy próxima a la doctrina del TEDH, rechazó la tesis exculpatoria del MF basada en un aumento del volumen de la litigiosidad, afirmando con buen criterio que «...una práctica generalizada y habitual no tiene fuerza derogatoria de preceptos constitucionales», criterio éste, por cierto, no plenamente coincidente con el establecido en la ya aludida Sentencia 5/85 de 23 de enero. Dicha sentencia no parece asumir integralmente que, la acumulación de asuntos, aunque sea temporal, ha de ser, además, —para que funcione como causa de justificación. —según la doctrina del TEDH antes resumida, excepcional, imprevisible y debe estar acreditado, además, que el Estado hay asumido con rapidez remedios efectivos. A ella nos referiremos con mas detalle al tratar de la Sentencia del TEDH de Julio de 1989.

5. La clase o tipo de interés que se ventila a raíz de las dilaciones:

Este elemento ha sido tomado en consideración, en un doble sentido, por el TC. En primer lugar, en la Sentencia 5/85, como elemento (dado que se trataba de un asunto civil de escasa trascendencia, en el que el paso del tiempo no generaba graves consecuencias) para, en combinación con otros factores (en particular, los *standars* medios de tiempo utilizados en los Tribunales de Justicia para esta clase de procedimientos) entender que no debía estimarse la concurrencia de una violación del art. 24.2 de la CE. En segundo lugar, y en sentido diametralmente opuesto, ha tenido en cuenta este criterio para subrayar la exigencia de «un mayor rigor en el ámbito del proceso penal». Así, en la propia Sentencia referida (5/85) se afirma que «en material penal las exigencias son más rigurosas, pues están en entredicho valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes. Todo el conjunto de principios penales constitucionalizados así lo avalan...» diciendo temporales puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, la respuesta puede no ser la misma en el caso de otras materias, y esto porque no tiene igual incidencia la dimensión temporal en uno y otros casos».

En esta misma línea la STC 133/88 de 4 de julio establece que el retraso en la pretensión del actor puede suponer, en la medida en que en la misma estaban en juego algunos derechos fundamentales (derecho al honor, a la inviolabilidad del domicilio. .) una desprotección judicial de tales derechos fundamentales que se intentaban tutelar a través del ejercicio de la acción penal. Por otro lado, la prolongación de esta situación puede haber perjudicado también a las personas de los querellados, en cuanto les ocasiona una prolongación innecesaria de una situación de incertidumbre sobre la aceptación o rechazo definitivo de la acusación. Precisamente por ello «es en el proceso penal donde ha de exigirse con mayor rigor la razonabilidad de la duración del proceso», llegando a la conclusión de que «...dilatar irrazonablemente la fase instructora de unas diligencias previas cuando la investigación está suficientemente madura para adoptar una decisión de archivo o de incoación de sumario, supone vulnerar este derecho».

G) REPARACION DEL DERECHO VULNERADO EN SEDE DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Es claro que al TC, en esta materia, compete en primer lugar ponderar los daños que previsiblemente haya sufrido la parte reclamante por tal vulneración, correspondiéndole concretar las medidas que tenderán recomponerlo. Si el procedimiento se encuentra en una fase inicial (por ejemplo, en fase de diligencias previas) el TC ha venido entendiendo que el único efecto posible de la estimación del correspondiente recurso de amparo es el «de imponer el órgano judicial al acordar la adopción sin demora alguna» de la decisión correspondiente (en el caso de las diligencias previas, la adopción sin demora alguna de la declaraciones del art. 789 de la LECR). Si, por el contrario, el procedimiento se encuentra en una fase avanzada, nada debiera excluir el que, además, el correspondiente fallo contuviera la fijación de eventuales partidas compensatorias de tipo económico, que el recurrente deba recibir o, cuando menos, el pronunciamiento declaratorio de tener derecho al percibo de una indemnización adecuada.

El criterio inicial, sin embargo, (así la S. 37/82 de 16 de junio y Autos de 19 de enero de 1983 y 20 de julio de 1983 y 9 de mayo de 1984) era el que «la petición de indemnización no se corresponde con ninguno de los pronunciamientos que el TC puede efectuar al resolver los recursos de amparo». Son las Sentencias 18/83 de 14 de marzo y 36/84 también de 14 de marzo, las que iniciaron la evolución al afirmar que «la lesión de la Constitución, cuando no puede ser remediado de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que la lesión produce».

En la actualidad se acepta expresamente (así las Ss del TC 5/85 de 23 de enero y 43/85 de 22 de marzo) que la reparación de dicho derecho no puede consistir exclusivamente en el mero reestablecimiento del derecho a la tutela, mediante la condena por el TC al correspondiente órgano judicial, a la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sino que, además, se hace obligado acudir a la vía subsidiaria, conforme al art. 121 de la CE, consistente en la condena al Estado al pago de la oportuna indemnización al perjudicado.

IV. «EL CASO UNION ALIMENTARIA SANDERS, S.A.» S. del TEDH de 7 de julio de 1989

Recordemos, antes de nada, los antecedentes de hecho recogidos en la Sentencia del TEDH:

1. El 2 de mayo de 1979 Sanders, S.A. presenta ante un Juzgado de Primera Instancia (número 9) demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra diversos demandados, de los que sólo uno de ellos se persona en las actuaciones, declarándose rebeldes los restantes.

2. El 27 de noviembre de 1980 se recibe el pleito a prueba, que se practica hasta el 26 de marzo de 1981.

3. Por proveído de 28 de diciembre de 1981, el juez declara los autos conclusos para sentencia. Ya

es sabido que el plazo para dictar sentencia es de quince días.

4. El 10 de julio de 1983 Sanders, S.A. presenta un escrito ante el juez alegando violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

5. El TC rechaza el oportuno recurso de amparo por la reiteradamente citada Sentencia 5/85 de 23 de enero.

6. Entre tanto, el 17 de diciembre de 1983, el Juzgado número 9 dicta la correspondiente Sentencia en primera instancia (estimando en parte la demanda) reconociendo el retraso pero sin «justificar» las razones del mismo.

7. El 23 de diciembre de 1983, Sanders, S.A. recurre en apelación, llegando el expediente a la Audiencia el 25 de abril de 1984, estando la tramitación terminada y pendientes las actuaciones de señalar vista desde el 13 de septiembre de 1984. Una tercera Sala de lo Civil, creada entre tanto, se hace cargo del asunto con fecha de 27 de septiembre de 1985.

8. El 12 de mayo de 1986 se dicta la nueva sentencia (estimando en parte el recurso) que se notifica a las partes el 13 de septiembre del propio año.

Con igual carácter de «antecedentes», la S. del TEDH recoge la parte que estima central, a sus efectos, de la S. del TC y también del Voto particular de Tomas y Valiente. Veamos los extremos considerados esenciales:

A) Sentencia del TC:

1. Alude al criterio de «los derechos e intereses en juego» (estableciendo la ya aludida doctrina sobre el valor prevalente de tal derecho en el proceso penal) indicando que en el caso (civil) de autos las consecuencias gravosas se limitan, en lo esencial, a la pervivencia de una «anotación preventiva» y a los «daños morales» (aludidos vagamente) de donde deduce que. «Parece... que el factor tiempo no ha revestido en el caso concreto, una importancia capital» no mereciendo, por tanto, el proceso el carácter de «prioritario» y estando justificado que se resolvieran previamente «otros litigios más urgentes».

2. Alude, asimismo, al polémico criterio, ya indicado anteriormente, de la «norma en materia de nivel de actividad y de rendimiento de un Tribunal, teniendo en cuenta el volumen de los asuntos a resolver», considerando, de hecho, que la situación era «análoga» en otros Tribunales de Barcelona (lo que, en cierto modo, equivale a tratar de justificar la dilación por el hecho de ser habitual o generalizada criterio que ya se rechazó anteriormente).

3. Afirma que se trata de una acumulación «temporal» de asuntos que, en combinación con los otros criterios, puede «justificar» la dilación, lo que supone (pese a que el TC cite el *Caso Buchholz*) desconocer el conjunto de la doctrina del TEDH sobre el conjunto de rasgos que debe revestir la dilación por «acumulación de trabajo» (excepcional, coyuntural, imprevisible y mediando adopción urgente de medidas eficaces por el Gobierno) para actuar como justificación.

4. A la vista de tales criterios y en función del «tiempo total» invertido en el proceso (con lo que deja de considerarse la importancia de los «espacios en blanco» carentes de toda actividad judicial) termina afirmando que «los retrasos registrados en el curso del proceso civil... no son suficientes para autorizar a concluir una violación del art. 24.2 de la CE».

B) Voto Particular:

1. Se refiere en primer lugar a que «si la duración del incumplimiento tiene entidad bastante para que prima facie pueda ser considerada como constitutiva de una dilación no razonable... la carga de la justificación corresponde al órgano de cuya dilación se queja el justiciable» y de ahí que —así lo exige el propio 382.2 de la LEC al indicar que deberá consignarse «si se han observado las prescripciones legales»— el órgano judicial «debió... dar razón... suficiente para justificar, con datos y razones... aplicables al caso en cuestión, la anomalía denunciada». La Sentencia había considerado que de la falta de «justificación» de la dilación no cabía extraer consecuencias en orden a su carácter de «indebida». Esta necesidad de «ofrecer la explicación de su conducta», según el voto particular, se justifica también porque —recuérdese esta afirmación para la última parte de esta Ponencia— a los jueces compete «...velar por la tutela de tal derecho a la que está obligado entre otros preceptos por el art. 53.1 y 2 de la CE...».

2. En segundo lugar, observa el voto particular, el «tiempo total», aun visto en bloque, de más de *cuatro años y medio* es, en principio, «excesivo», máxime teniendo en cuenta aquella falta de explicación por parte del órgano judicial, indicando que, en tal situación (y ésta es, en mi opinión la parte medular de la discrepancia) «tampoco vale la estimación de los standars de actuación y rendimientos normales en el servicio de justicia... porque la frecuente tardanza excesiva... no puede reputarse como normal, pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente y... porque si continuase in crescendo el tiempo y la generalización del incumplimiento... y hubiese que tomar como regla para medir... ese medio hecho anormal, pero general, *ello equivaldría a dejar vacío de su contenido esencial de derecho fundamental*».

3. Finalmente, atendiendo el criterio de los espacios en blanco (por cuanto es observable un claro período de total inactividad judicial entre el 23 de diciembre de 1981 hasta el 17 de diciembre de 1983) termina afirmando que «es una dilación indebida a falta de justificación *ad casum* que pudo y debió aportar el titular del órgano judicial sin que la genérica y complementaria aportada por el Abogado del Estado o extraída de consideraciones generales pueda suplir la ausencia de aquella».

Dedica, a continuación, la Sentencia un apartado específico a la «Situación de las jurisdicciones en Barcelona», destacando, entre otros los siguientes datos:

1. El CGPJ, en su informe de 1982, recogía que cada Juzgado de Primera Instancia, debía resolver una media de 1.800 asuntos.

2. El Juzgado en cuestión (el número 9) se caracterizó, además, por numerosos períodos de baja por enfermedad de su titular y cambios de titular, con períodos en que estuvo cubierto el servicio deficientemente.

3. El Defensor del Pueblo, en su informe de 1985, denunció el gran número de reclamaciones relativas a la duración de los procesos civiles.

4. De 1981 a 1984 el volumen de los asuntos contenciosos se incrementó en las Salas de Apelación en un 62 por 100. En 1983 se crearon dos nuevas plazas de magistrado y en 1985 una tercera Sala de lo Civil a quien se confió los asuntos pendientes (964 de la Primera y 586 de la Segunda).

5. En junio de 1985 la Junta de Gobierno del C. de Abogados lanzó una campaña (con la firma de mil abogados) para denunciar la situación.

6. El Estado español ha adoptado medidas de carácter general como la creación del CGPJ, la LOPJ y la Ley de plantas y demarcaciones de 28 de diciembre de 1988, conforme a la cual a finales de 1992 el efectivo de jueces debe pasar de 2.000 a 3.750, y también medidas particulares para Barcelona, en tanto creó cuatro nuevos Juzgados de Primera Instancia en el año 1981, indicando la sentencia del TEDH el número concreto de plazas a crear en Barcelona según la Ley de Plantas.

Por lo que respecta a la «fundamentación jurídica» de la Sentencia hay que reconocer que no aporta novedades importantes sobre su doctrina tal y como ha quedado expuesta en el Segundo apartado de esta Ponencia, y de ahí que la admisión de esta «demanda individual» por el TEDH hubiese sido ya anunciada por los estudiosos de la materia. Veamos sus rasgos más salientes, teniendo en cuenta que no plantea ninguna «cuestión previa», entrando directamente en el «fondo del asunto». En la exposición seguiremos el mismo orden sistemático utilizado al exponer la doctrina general del TEDH:

1. **Período de tiempo a tomar en consideración:** De conformidad con la doctrina general ya expuesta, señala que el «dies a quo» es el 1 de julio de 1981 (por ser la fecha de la declaración española por la que se asume el derecho al recurso individual) y el «dies ad quem» el 13 de septiembre de 1986, día de la notificación a las partes de la sentencia dictada en apelación, lo que supone una duración total de 5 años, 2 meses y 13 días. El Tribunal no entra a considerar (al no hablar «queja» al respecto) la fase de ejecución (aún pendiente) de la Sentencia.

2. **Criterios a tener en cuenta para apreciar la existencia o inexistencia del plazo razonable:** Se refiere única y exclusivamente a los tres criterios clásicos de Complejidad del asunto, Conducta del demandante y Conducta de las autoridades:

a) *Complejidad del asunto:* Pese a tratarse de un dossier de 1.400 folios, el TEDH estima, frente a lo indicado por el Gobierno, que «el litigio no presentaba dificultades de hecho o de derecho especiales», subrayando las circunstancias de que sólo un abogado defensor intervino en la instancia y ninguno en la apelación.

b) *Conducta del demandante*: El Gobierno alegó, en primer lugar, el «Principio dispositivo» o principio de que «la responsabilidad de la marcha del procedimiento incumbe a las partes». El TEDH se limitó a recordar su doctrina antes expuesta (*Caso Buchholz* y *Caso Gvincho*) confirmada en otra Sentencia más reciente, la del *Caso Martins Moreira* de 26 de octubre de 1988. A subrayar que el propio TC español, como se dijo, ha rechazado tal argumentación. El Gobierno alegó asimismo que la parte no acudió antes (ni de nuevo) al TC y que no formuló reclamación alguna en la fase de apelación. El TEDH se limitó, de nuevo, a recordar su doctrina clásica, ya expuesta (*Caso Eckle*, *Caso Corigliano* y *Caso Guincho*) de no ser exigible una cooperación activa con las autoridades», amen de indicar que, en este caso, el demandante ya acudió una vez al TC y, ante su fracaso, no era razonable pedirle que vuelva a acudir a tal instancia.

c) *Conducta de las autoridades*: El TEDH de nuevo, como en el *Caso Gvincho* se fija (al igual también que el Voto particular) en los períodos de tiempo «en blanco», contabilizando un total de más de «tres años y medio de paralización» afirmación que «sólo se podría justificar por circunstancias muy excepcionales».

d) *En especial, el aumento del volumen de la litigiosidad*: En este punto, de manera muy análoga al Gobierno Portugués en el *Caso Guincho*, y tratando de ampararse en la consideración aislada y parcial del *Caso Buchholz*, el Gobierno español alegó una «sobrecarga inhabitual» de trabajo, como consecuencia de fenómenos tales como la emigración a Cataluña y términos más generales la «instauración de la democracia en España» y la consiguiente instauración de nuevos sistemas judiciales de protección, amen de las numerosas reformas legislativas que habrían generado una «tendencia a dirigirse de manera preferente a la Justicia para la resolución de los conflictos». El Tribunal Europeo recuerda, por un lado, su doctrina sobre las condiciones precisas para que tal «acumulación» pueda operar como «causa de justificación» y, por otro lado, su principio general de que «ratificando la Convención, España se obligó a organizar la Justicia de manera que le permita responder a las exigencias del art. 6.1».

Respecto de los requisitos precisos para que el aumento de la litigiosidad opere como causa de justificación, el TEDH afirma: a) que, a la vista de los factores indicados en sus antecedentes, no puede afirmarse que la acumulación era «temporal» o coyuntural, sino estructural, b) que no era imprevisible, sino, por el contrario, «era previsible tanto en general (la CE y sus consecuencias) como en particular en Cataluña» («por la fuerte emigración» de la que debía deducirse un incremento de la litigiosidad), y c) que frente a tal situación las medidas adoptadas por el Gobierno «fueron incompletas y tardías ya en la época en que se adoptaron», de suerte que, si en situaciones de «urgencia» es lícito «fijar un orden de tratamiento de asuntos en función de... su importancia» no puede olvidarse que «la urgencia de un litigio se incrementa por el simple paso del tiempo» y, sobre todo, que «si la crisis se prolonga y (los medios o remedios utilizados por el Gobierno» se revelan insuficientes, el Estado debe buscar otros reme-

dios, más eficaces, para conformarse a las exigencias del art. 6.1». Este último párrafo resulta interesante, por cuanto parece apuntar un cierto criterio de «responsabilidad objetiva» del Estado, en el concreto sentido de medirse su «diligencia» en función de observar si las «medidas adoptadas» fueron de hecho suficientes para evitar el «daño», esto es, la «dilación indebida», en una construcción que tiene alguna analogía con la clásica doctrina jurisprudencial interpretadora del art. 1.902 del CC. Si esta línea jurisprudencial se confirmara, se habría dado un paso más en la «intensidad» protectora que otorga el TEDH a la eventual vulneración del derecho al «plazo razonable». Digamos, para terminar esta referencia a la «insuficiencia» de los remedios puestos en marcha por el Gobierno, que la S. del TEDH se refiere también de manera concreta a la situación particular del Juzgado número 9 de Barcelona y de la correspondiente Sala de lo Civil. La sentencia se refiere, con detalle y minuciosidad, a las vacantes, sustituciones y aumento paralelo de trabajo experimentado en ambos órganos judiciales, constatando en particular la insuficiencia de la medida de nombrar dos magistrados más, en el año 1983, para tratar de paliar el retraso, falta de efectividad de la medida, que se evidencia —afirma el Tribunal—, por el hecho de haber tenido que proceder a crear una nueva Sala, con idéntico fin, en el año 1985.

El aspecto más importante, con todo, de la Sentencia que comentamos, en cuanto obliga a revisar la doctrina del TC en torno al «quinto criterio» (los standards normalizados de trabajo en los órganos judiciales) o, cuando menos, a reinterpretar tal criterio en línea con lo sugerido por el Voto particular de Tomas y Valiente, es su pronunciamiento relativo a que «En opinión de la Corte, el hecho de que tales situaciones lleguen a convertirse en corrientes no debería excusar la duración excesiva de un procedimiento», afirmación que, por otro lado, ya estaba implícita en el *Caso Martin Moreira* antes indicado. También acoge el criterio del Voto Particular cuando indica que «las jurisdicciones concernidas no han señalado ninguna particularidad del caso adecuada o apta para explicar una tal lentitud».

3. **Reparación del perjuicio**. A la vista de lo anterior el TEDH declara vulnerado el art. 6.1 de la Convención (pues «las innegables dificultades existentes en España no pueden privar a la Sociedad demandante de su derecho al plazo razonable») y asimismo fija una indemnización global (teniendo en cuenta la depreciación consecutiva a la inflación y gastos bancarios generados por la dilación) de un millón y medio de pesetas (la mitad de lo solicitado) más 1 peseta (como honorario de Abogado) y 220.170 pesetas (como gastos de estancia y desplazamiento a Estrasburgo) a favor del demandante y a cargo del Estado.

V. LA TUTELA Y REPARACION DEL REFERIDO DERECHO EN SEDE JURISDICCIONAL ORDINARIA: EN PARTICULAR, LA SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1989 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BILBAO

Gimeno Sendra («El derecho a un proceso sin di-

laciones indebidas». P.J. Número especial I. Enero de 1988) propone alguna forma específica de incidir los jueces ordinarios en el respeto a tal derecho «utilizando las medidas incorporadas a nuestro Ordenamiento por la Ley de reforma parcial de la LEC y por la LOPJ», las cuales, en su propuesta, pueden concretarse a las siguientes:

1. Una actividad negativa consistente en repeler los incidentes y excepciones manifiestamente dilatorios, deduciendo, si fuera necesario el oportuno testimonio por la comisión de un delito de fraude procesal (art. 112 de la LOPJ).

2. Una función positiva concretada en a) la remoción de obstáculos procesales que pudieran impedir la emisión de una resolución de fondo (art. 11.3 de la LOPJ y S. del TC 119/83 de 14 de diciembre y 43/85 de 22 de marzo) así como la sanación de los defectos no invalidantes de los actos procesales (arts. 242 y 243 de la LOPJ), b) la utilización de las medidas cautelares y de ejecución necesaria para la realización práctica de las resoluciones judiciales, deduciéndose, si fuera necesario, el oportuno testimonio por delito de desobediencia y c) la imposición del criterio del vencimiento en las costas al litigante que haya generado la dilación.

3. Finalmente, en los supuestos en que haya sido una de las partes litigantes quien haya provocado la dilación, la contraparte puede invocar la violación de tal derecho y solicitar la oportuna indemnización viniendo obligado el órgano judicial a acceder, en su caso, a dicha pretensión de condena en la Sentencia, con o sin reserva de liquidación, la cual habrá de ejecutarse a través del procedimiento de ejecución de sentencias.

Sentencia de 22 de febrero de 1989 A.P. de Bilbao

Asumo, desde luego, las indicaciones de Gimeno Sendra como algunos de los mecanismos de que disponen los jueces ordinarios para tratar de llevar la cotidiana vida de los Tribunales las exigencias derivadas del necesario respeto al estudiado derecho constitucional.

De igual modo resulta preciso asumir como plenamente admisible el mecanismo de reacción que pueden utilizar los Tribunales (especialmente en el ámbito del derecho privado) frente a las vulneraciones de tal derecho que tengan su origen en dilaciones causadas por la actitud dilatoria de la contraparte.

Con todo, resulta preciso constatar la estructural insuficiencia de tales remedios. Y es que, en definitiva, resulta forzoso concluir que mientras existe un abundante cuerpo jurisprudencial definidor de la naturaleza y, sobre todo, de los «mecanismos preparadores» de la violación de tal derecho, tanto en sede de la jurisdicción constitucional (activada a través del recurso de amparo) como en sede de la jurisdicción internacional tuteladora de los derechos humanos y de la libertades públicas (activada a través de los correspondientes recursos individuales ante la Comisión y, en su caso, el TEDH) no existe, desgraciadamente, cuerpo jurisprudencial que en sede ju-

dicial ordinaria, caracterice este derecho constitucional y, más importante aún, defina los mecanismos de reacción utilizar para tratar no ya de impedir tales vulneraciones, sino, muy especialmente, tratar de «reparar» las consecuencias dañosas derivadas o que puedan derivarse de la vulneración de tal derecho constitucional, muy especialmente en el ámbito del proceso penal, cuando la causa de tales dilaciones radique, precisamente, en el comportamiento de las autoridades, ya sea por negligencia judicial ya sea por los defectos estructurales del aparato de justicia.

Una excepción la constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de febrero de 1989, de Bilbao. Antes de pasar a comentarla convendrá indicar que se trata de una Sentencia firme. En efecto, en un momento inicial la referida sentencia fue recurrida por la Fiscalía del TS del País Vasco, pero, posteriormente, y tras ser examinada la Sentencia y el recurso por la Fiscalía General del Estado este último organismo ordenó que se desistiera del recurso, lo que el TS hubiera tenido la oportunidad (y también el TC) de pronunciarse sobre los criterios utilizados por la referida sentencia, pero es de esperar que tengan oportunidad de hacerlo en el futuro.

Resumamos brevemente la parte central de la referida Sentencia, empezando por una referencia a la base fáctica.

Los hechos enjuiciados tuvieron lugar la noche del 30 de septiembre de 1983, lo que, dada la fecha del juicio y de la Sentencia, suponía el transcurso de cinco años, siete meses y ocho días. Se trataba de un presunto delito de robo con fuerza en las cosas en un establecimiento de bebidas alcohólicas. El correspondiente atestado policial es de fecha 11 de noviembre de 1983 (un mes y medio después de ocurridos los hechos) en el cual el procesado reconoció su participación en los hechos. Con fecha 12 de noviembre de 1983 (un mes y un día después) existe una declaración ante el Juez de Instrucción en el que el procesado vuelve a reconocer su participación directa en los hechos. A partir de tal declaración, la fase de instrucción se limita a: a) tomar declaración y ofrecer el procedimiento al perjudicado (lo que tiene lugar el 4 de junio de 1984 —casi siete meses después—), b) a peritar lo sustraído y los daños causados (lo que tiene lugar casi tres años después, el 28 de enero de 1987), c) a decretar el procesamiento (20 de febrero de 1987), d) a tomar la declaración indagatoria (30 de marzo de 1987), e) a un reconocimiento médico forense del inculcado, conclusión del sumario y notificación de la conclusión con emplazamiento ante la audiencia, diligencias todas que se realizan con fecha 27 de mayo de 1987, llegando las actuaciones a la Sala el día siguiente. Ello supone, así pues, que en esta fase de instrucción se emplea un total de *tres años, seis meses y dieciséis días*.

La tramitación ante la audiencia se sucedió cronológicamente del siguiente modo. a) con fecha de 28 de mayo de 1987 se da traslado de las actuaciones del MF que, con fecha de 9 de julio de 1987, presenta el correspondiente escrito de conclusiones, b) en septiembre del propio año se abre el juicio oral, c) se da traslado a la defensa con fecha 19 de septiembre, devolviéndose las actuaciones calificadas

con fecha de 9 de diciembre (tiempo sensiblemente idéntico al empleado por el MF), d) por Auto de 29 de noviembre de 1988 (once meses y 20 días después) se señala el juicio para el 9 de febrero de 1989, fecha en que tuvo lugar la vista oral del juicio, dictándose la S. el día 22 del propio mes y año. Ello supone un período total de tiempo de *un año, ocho meses y veinticuatro días*.

El proceso penal en su conjunto en una única instancia duró, por tanto, un total de *cinco años, tres meses y diez días*.

Otros datos de hecho importantes que resultan de las actuaciones son los siguientes:

a) Que el inculcado, a todo lo largo del proceso penal, no permaneció un momento alguno en situación de rebeldía y no interpuso recurso interlocutorio de clase alguna.

b) El procesado, al tiempo de autos, era un adicto a la heroína habiendo realizado los hechos como medio de procurarse recursos económicos con los que atender su drogadicción. Después de ocurridos los hechos de autos, el procesado, al margen de toda intervención judicial, decidió someterse, de manera voluntaria e inmediata a los hechos, a tratamiento rehabilitador en un Centro terapéutico adecuado para enfermos de esta clase, habiendo permanecido internado en dicho Centro (o sometido a tratamiento) durante un periodo de tiempo próximo a los dos años, cesando tal tratamiento en el momento en que por el personal terapéutico se estimó que el procesado estaba rehabilitado y en condiciones de integrarse en la vida social normal. Tal estimación se reveló correcta ya que, en efecto, el inculcado logró desvincularse del mundo de la droga y, paralelamente, del mundo de la delincuencia, sin que existan reservas policiales ni judiciales posteriores a los hechos de autos.

Sobre tales premisas fácticas la S. de la AP de Bilbao, recuerda la doctrina tradicional del TEDH sobre los criterios o vectores utilizables para la determinación de la vulneración del derecho a un juicio en un «plazo razonable», citando, en particular la S. de 13 de julio de 1983 en el *Caso Zimmerman y Steiner* antes indicada, para concluir lo siguiente:

a) Que es mínima la entidad cuantitativa y cualitativa de las diligencias tanto en la fase sumarial como en la fase intermedia, y en consecuencia no resulta posible atender al factor de la «complejidad» del litigio para «justificar» las dilaciones indebidas.

b) Que la «conducta» del inculcado en modo alguno contribuyó a la producción de tales dilaciones, sin que pueda estimarse exista relación de clase alguna (ni objetiva ni subjetiva) entre tal extraordinaria dilación y su comportamiento.

c) Que, por el contrario, y sin entrar a valorar la conducta particular de los diferentes titulares de los sucesivos órganos judiciales intervinientes en el proceso, es lo cierto que la conducta de la Administración de Justicia (en tanto que Poder del Estado) ha sido notoriamente dilatoria por causas directamente achacables a las deficiencias estructurales (y no meramente temporales) del aparato de Justicia y que, desde luego, reside en su actuación la causa única de las dilaciones sufridas.

d) Que las consecuencias que de la dilación del proceso se han seguido para el procesado son par-

ticularmente graves, no ya sólo por producirse en el ámbito de un proceso penal, sino, sobre todo, porque:

1. De haberse celebrado el juicio dentro de «un plazo razonable» (esto es, dentro de los dos años siguientes a los hechos) el inculcado podría haberse acogido al régimen de medidas de seguridad sustitutivas de la prisión que para los toxicómanos delincuentes prevén los arts. 8-1 y 9-1 del CP, de suerte que el tiempo de internamiento en Centro terapéutico adecuado podría habersele computado como tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad, amén de la posibilidad de reducir el tiempo de internamiento inicialmente acordado por razón de la curación y rehabilitación del procesado.

2. Que al tratarse en la actualidad de una persona rehabilitada no cabe acudir, en este momento, a tales medidas de tratamiento terapéutico

3. Que, al tratarse de una persona rehabilitada e integrada en la normal vida social, la celebración misma del juicio, en esta fecha, constituyó un elemento de estigmatización absolutamente injustificado.

A la vista de lo anterior es obvio que, atendidos los cuatro criterios fijados, por el TEDH y también por nuestro TC, hay que llegar a la conclusión de que *no es en absoluto razonable* que la causa penal en cuestión haya tardado en ser «oida» un plazo superior a los cinco años y, en consecuencia, queda fuera de toda duda que se ha violado el derecho constitucional del inculcado a un proceso sin dilaciones indebidas. La Sentencia aluda también a la doctrina ya expuesta en torno a que «... no puede concederse a una práctica generalizada y habitual fuerza derogatoria de los preceptos constitucionales» (TC S. 36/84 de 7 de mayo).

El verdadero problema, con todo (tal y como reconoce la S. de la AP de Bilbao) radica en determinar cuales deben ser las consecuencias de tal violación, en el concreto marco del enjuiciamiento, esto es, en sede jurisdiccional ordinaria.

El punto de partida de la sentencia es la conocida doctrina del TC, conforme a la cual (y ello tiene su base clara en el art. 55.1 de la LOTC) el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo puede alcanzarse «liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado». Bien es cierto que, en muchos casos, (llegado el momento de la intervención del TC o, en su caso, del TEDH) no resulta ya posible adoptar una medida de esta naturaleza (bien porque el «daño» se haya producido y no sea reparable por vía directa, lo que es especialmente claro en el caso de los procesos penales, bien por producirse con ello daños a terceros, especialmente en los procesos civiles, ayunos de toda responsabilidad en tal vulneración) y para tales casos, subsidiariamente, y a fin de evitar que tal derecho pueda convertirse «en un derecho vacío y que su vulneración solo pueda ser mediada en términos puramente simbólicos» el TC ha acudido a la técnica de la reparación sustitutoria y subsidiaria implícita en la «indemnización».

Ya sabemos que, en particular, el TC ha acudido al mecanismo prevenido en el art. 121 de la CE que impone al Estado la obligación de indemnizar los daños causados por consecuencia del funcionamiento

anormal de la Administración de Justicia (la «dilación indebida» sería un supuesto típico) afirmando (en su Sentencia 36/84) que si bien el derecho a ser indemnizado «que puede resultar del art. 121 no es en sí mismo un derecho invocable en la vía de amparo constitucional, la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera por mandato de la Constitución, *cuando no pueda ser remediado de otro modo*, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce».

El nudo del problema, no obstante, radica en determinar cual debe ser la actitud de los Tribunales Ordinarios, detectada y declarada la violación de tal derecho, más aún cuando se aprecia que las principales consecuencias dañosas derivadas de la vulneración aún no se han producido y, más aún, sólo van a producirse, en lo esencial, en función y a partir precisamente de la resolución judicial en la que se detectó tal violación del derecho constitucional.

Una adecuada resolución del problema requiere de algunas bases previas:

a) La primera y más obvia es que tanto el art. 6.1 del Convenio Europeo como la jurisprudencia establecida por la Comisión y el TEDH dictadas en su desarrollo son de entera aplicación directa e inmediata por nuestros Tribunales, tal y como ha tenido ocasión de recordar nuestro TC en distintas Ss (así la 18/13 de 14 de Marzo y la 5/85 de 23 de enero, entre otras).

b) De igual modo es obvio que el Órgano judicial ordinario (como ocurre con los restantes derechos fundamentales y libertades públicas) está obligado a aplicar el correspondiente precepto constitucional (art. 24.2 CE) y la doctrina que en su desarrollo viene estableciendo el TC, y que, asimismo, y esto es lo fundamental, *debe restablecer* el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, (así se infiere de los arts. 9.1 y 53 de la CE y lo ha declarado el TC en su S. 55/83 de 22 de julio).

Dicho sintéticamente, a los Tribunales Ordinarios compete directamente evitar la vulneración y declarar la violación de tal derecho cuando ésta se haya producido y, lo más importante, «liberar al perjudicado de las consecuencias dañosas que tal dilación le haya ocasionado».

Es bien cierto que si el causante de la dilación es el propio «órgano judicial» o en general el Estado, el propio órgano judicial que detecte la violación del derecho difícilmente podrá acudir directamente a fijar la correspondiente indemnización a cargo del Estado como reparación sustitutoria, por cuanto tal forma de reparación sustitutoria tiene un concreto cauce jurisdiccional para su efectividad consistente en que el interesado dirija su petición al Ministerio de Justicia, siendo la resolución de éste revisable en la vía contencioso-administrativa (art. 293.2 LOPJ), cauce sin duda «privilegiado» (que se pretende justificar por razones estrictamente presupuestarias) pero cauce judicial «efectivo» (en el sentido del art. 24.1 CE) para que el perjudicado obtenga la tutela de los Tribunales.

Distinta cuestión es, sin embargo, la que se plantea cuando de lo que se trata es de determinar si cabe o no una reparación integral (o prácticamente integral) y *directa* de las consecuencias lesivas derivadas de la dilación, por cuanto tales consecuen-

cias gravosas se van a producir, precisamente, a raíz de la propia resolución judicial que detecto la vulneración. Cuestión esta que, por su propia naturaleza, es típica del proceso penal. Un dato esencial es comprender que tal forma de reparación *sólo* puede ser acordada precisamente en la propia sede jurisdiccional penal, al menos de manera plena, por cuanto no cabe, desde luego, acudir a cualquier otro procedimiento judicial ordinario para tratar de obtener una reparación de tal clase y por cuanto, por lo que se refiere a las sedes de la jurisdicción constitucional o internacional, los remedios que, en su caso, pudieran recaer siempre serían, cuando menos, tardíos y seguramente parciales. Amen de que, es importante subrayarlo, resultaría absurdo que detectada la violación de tal derecho constitucional por el correspondiente Tribunal Penal y conocedor este Tribunal de que las «consecuencias dañosas» derivadas de tal dilación se iban a producir, en lo esencial, por una cierta clase de pronunciamiento judicial, en tal sede ordinaria, el propio Tribunal procediera a dictar tal resolución y a producir, en consecuencia, tales resultados lesivos, a la espera de una ulterior intervención por parte del TC o del TEDH que, subsidiariamente, reparara los perjuicios o daños causados.

A la luz de las anteriores consideraciones, conviene recapitular el supuesto concretamente enjuiciado por la S. de 22 de febrero de 1989 de la AP de Bilbao, a fin de tratar de explicar el contenido final de su parte dispositiva.

Así, lo esencial es comprender que, en el momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia, dos tipos de consecuencias dañosas derivadas de tal dilación eran perfectamente detectables:

a) Por un lado, los daños inherentes a la estigmatización implícita en la celebración de un juicio respecto de una persona que ya «es otra persona» merced a su esfuerzo rehabilitador, extremo (el «daño derivado de la propia celebración del juicio») que, dice la Sentencia, es «irreparable como no fuese por la vía indemnizatoria que, obviamente, queda al margen de las facultades legales de este Tribunal», y

b) por otro lado, las «principales consecuencias dañosas» *que aun no se han producido»* concretadas a «la imposibilidad de acogerse a la medida alternativa a la prisión consistente en tratamiento terapéutico (lo que además le hace de peor condición a quien, en iguales circunstancias, haya sido enjuiciado sin tales dilaciones —art. 14 CE—) de suerte que el *daño esencial* derivado de la violación de tal derecho constitucional se producirá únicamente en el supuesto de que, o bien se ejecutase la pena privativa de libertad impuesta (que sería el supuesto más obvio) o bien se acudiera a mecanismos de remisión condicional de la pena (por la vía del art. 93 bis del CP introducido por la reforma de 24 de marzo de 1988, LO 1/88) supuesto este último en el que, si bien atenuadas, se seguirían produciendo consecuencias dañosas para el ciudadano cuyo derecho constitucional se ha violado, directamente derivadas de tal violación, por cuanto en este segundo supuesto la ejecución de la pena quedaría condicionada «por el período que se señale» a que el reo no vuelva a delinquir pues, en otro caso, el Tribunal debe-

ría ordenar «su cumplimiento», situación esta completamente distinta (en perjuicio del reo) a la que se hubiese encontrado si, respetándose su derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, el Tribunal hubiera podido hacer uso (como, desde luego, hubiese hecho) del mecanismo sustitutorio prevenido en los números 1 de los arts. 8 y 9 del CP., el cual hubiera permitido «dar por extinguida la condena» computando como tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad el tiempo de internamiento en el aludido Centro Terapéutico».

De manera sintética, la S. de la Ap de Bilbao concluye diciendo: «Tales consecuencias dañosas penden, en lo esencial, más que de la existencia de un pronunciamiento penal condenatorio, de *que efectivamente se proceda a la ejecución del fallo*». De ahí que, sigue diciendo la S., «el restablecimiento en la integridad de su derecho constitucional... debe girar en torno a la no ejecución de la pena privativa de libertad».

La Sentencia rechaza el expediente aparentemente más obvio (acudir al mecanismo de proponer indulto de la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta, con suspensión provisional de la ejecución de tal pena) por dos órdenes de razones: «no es adecuado acudir a tal expediente... mientras exista alguna posibilidad de reparación estrictamente judicial, por cuanto, primero, la vía del indulto, por definición, debe quedar reservada precisamente para tales supuestos, y, segundo, la vinculación de los Jueces y Tribunales a los mandatos constitucionales...».

Es en este punto en el que, según creo, la S. de la AP de Bilbao, introduce una cierta novedad teórica, al menos desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia habitual. Señala, en efecto, el Tribunal de Bilbao que la vinculación de los Jueces y Tribunales a los mandatos constitucionales...».

Es en este punto en el que, según creo, la S. de la AP de Bilbao, introduce una cierta novedad teórica, al menos desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia habitual. Señala, en efecto, el Tribunal de Bilbao que la vinculación de los Jueces y Tribunales a los mandatos constitucionales no se limita, necesariamente:

a) «...a las consecuencias implícitas en el principio de jerarquía normativa así, inaplicación al caso concreto de las normas legales contrarias a la Constitución o planteamiento de la oportuna «cuestión de inconstitucionalidad» respecto de las postconstitucionales, por sólo limitarse a las normas jurídicas con rango de Ley formal»

b) «...o a las consecuencias derivadas de la reiterada doctrina del TC (basada en el principio de conservación de las normas) en orden a la reinterpretación constitucional de la norma legal cuestionada o tachada de inconstitucionalidad, sino que, además...».

c) «Supone la concreta obligación por parte de los Juzgados y Tribunales de tener que optar, en el supuesto de pesar sobre el *un doble mandato normativo incompatible* (en el caso de autos, el mandato de hacer «ejecutar lo juzgado» —art. 117.3 CE— y, por otro lado, el no dejar vacío de contenido un derecho público subjetivo de rango constitu-

cional —el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE— que se reconoce violado, siquiera sus consecuencias más gravosas aun no se han producido por depender, en lo esencial, precisamente de la ejecución de «lo juzgado») *por aquel mandato que implique una «vinculación más fuerte*», lo que se traduce en la necesidad de repetir el «higher law», por emplear una terminología clásica en el constitucionalismo americano, o «derecho más alto», cuya caracterización no puede plantear problema alguno cuando, como en el caso de autos, uno de aquellos *mandatos normativos* es consecuencia directa y necesaria de uno de los derechos fundamentales —art. 24.2 CE— recogidos en la Sección Primera del Cap. II del Título I de la CE que, desde luego, vinculan (art. 53.1 CE—) a todos los Poderes Públicos y, por tanto, al Poder Judicial

La conclusión de la sentencia no puede ser ya, a estas alturas más clara y supone «entender que este Tribunal, vinculado por mandato normativo más fuerte, está directamente obligado a impedir por sí mismo... que se produzcan las consecuencias lesivas más graves directamente derivadas de la vulneración del derecho del inculcado a «un proceso público si dilaciones indebidas» y, en consecuencia, esta obligado a declarar *que no ha lugar a proceder a la ejecución de la pena impuesta*».

La Sentencia que les he comentado y analizado supone, según entiendo, un primer esfuerzo, en sede jurisdiccional ordinaria, para tratar de llenar de contenido un derecho fundamental que, hoy por hoy, en la vida diaria judicial no pasa de ser una invocación retórica. Supone también una implícita invitación a los Jueces y Magistrados a que comencemos a construir, entre todos, una caracterización precisa de tal derecho fundamental y, sobre todo, de los mecanismos de reparación y restablecimiento de tal derecho.

Casi todo, en esta materia, esta, según entiendo, por analizar y construir. Piénsese, por ejemplo, en la nueva lectura que es preciso dar al sentido constitucional de las penas (particularmente de las privativas de libertad), a su función rehabilitadora y resocializadora, en todos aquellos supuestos en los que, precisamente por violación del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, la ejecución de las mismas haya, supuestamente, de hacerse efectiva cuando ya no pueden cumplir tal finalidad constitucional, precisamente porque, entre tanto, el condenado ha logrado, por otras vías, su plena integración personal, familiar y social. No pueden ignorarse tampoco las insinuaciones realizadas por el TEDH sobre la eventual oportunidad de proceder al «sobresimiento de las actuaciones» como medio reparador cuando, ya en la fase de instrucción, se ha violado gravemente tal derecho protegido por el Convenio de Roma. En esta línea se hace preciso recordar el voto particular que el juez *Zekia* hizo a la S. del TEDH —*caso Neumeister*— de 27 de junio de 1968, cuando afirmó que «es deseable... que los Tribunales se esfuercen en conocer la verdad... especialmente en una causa penal pero... si se producen grandes retrasos, se deban o no al interés de la Justicia, sería preferible, llegado el caso, *zanjar la cuestión resolviendo las dudas en favor del interesado*», posibili-

dad procesal que, por cierto, prevé el ordenamiento interno alemán, como, de igual modo, la posibilidad, al menos, de que tales dilaciones en el enjuiciamiento puedan llegar a poder constituir una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Se trata de una materia, en todo caso, que por su propia construcción doctrinal siempre requerirá de una particularizada y atenta valoración judicial, pero, con todo, un adecuado cumplimiento por parte del Poder Legislativo de sus responsabilidades internacionales contraídas en el marco europeo requeriría no solamente —como explícitamente ha puesto de relieve el TEDH— de un incremento de plantillas orgánicas y medios personales y materiales al servicio de la Justicia (lo que, obviamente, está en curso), así como la introducción en nuestros Códigos

procesales de las reformas oportunas «tendientes —como dice Gimeno Sendra— a la consagración del principio de aceleración del procedimiento» del derecho constitucional vulnerado, tanto por la vía de «generalizar» la posibilidad legal de que el juez pueda proceder a la no ejecución de las penas impuestas, cuando tal mecanismo sea el único viable para reparar las consecuencias dañosas directamente derivadas de la violación de tal derecho, como por la vía de la introducción del instituto de la caducidad de la acción penal. Lo anterior no es obstáculo, sin embargo, para que, entre tanto, los jueces y fiscales, cada uno en sus respectivos ámbitos, traten de vitalizar este derecho constitucional en su práctica diaria.

PUBLICIDAD Y SECRETO SUMARIAL.*

Jesús PECES MORATE

I. EL MANDATO LEGAL DE SECRETO:

El secreto de lo que nosotros denominamos «sumario» desapareció de las legislaciones continentales para el denunciado o imputado desde que aquellas recogieron el principio de publicidad para las partes, consagrado por el artículo 14 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, aneja a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793. Sin embargo, los textos legales decimonónicos se negaron a admitir la publicidad general de las actuaciones sumariales. Los redactores de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal rechazaron la tendencia de ciertas escuelas «radicales» (en expresión de su Exposición de Motivos), que intentaban extender el sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de la publicidad, contradicción e igualdad, que vinieron a regir exclusivamente desde la apertura del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia firme. Se justificaba tal exclusión por la desigualdad real entre el individuo que delinque y el Estado, que, en posición analoga a la víctima, precisa alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor.

Las reservas de las tareas de investigación e instrucción quedó recogida en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al decir que «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley», previniendo seguidamente con sanciones disciplinarias a quienes, sin ser funcionarios públicos, revelaren indebidamente el secreto del sumario, porque si lo hiciese un funcionario incurriría en las responsabilidades que señala el Código Penal en su artículo 367.

Con extremosa interpretación, una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1928 decía que «la enorme difusión que la prensa proporciona, hace mayor el daño que la Ley, con ordenamiento previsor, trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión, por medio de la prensa, de las actuaciones judiciales, degeneren en crítica de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencias». El abismo que

separa esta concepción de la orientación anglosajona, se evidencia con la regla que el *common law* ha mantenido desde que el juez Eduardo Coke declarase, en 1612, la gran importancia de que todas las causas sean oídas, juzgadas y determinadas abiertamente, informando también la práctica de los Tribunales en los Estados Unidos de América del Norte, de manera que el juez Frankfurter en 1950, con ocasión de la sentencia *Maryland v. Baltimore Radio Show Inc*, llegó a decir que «una de las demandas de la sociedad democrática es que el público sepa lo que ocurre en los tribunales, y lo conozca por medio de la prensa, a fin de que el referido público pueda juzgar si nuestro sistema de justicia penal es justo y ajustado a derecho».

La rigidez de los sistemas normativos dificulta una respuesta general satisfactoria al conflicto entre publicidad y secreto, mientras que el *judge made law* permite una más fácil acomodación a los hechos. De aquí que las soluciones legales y jurisprudenciales en aquéllos hayan sido insuficientes para construir teorías susceptibles de salvar la antinomia.

Ante los «leading case», por el contrario, nos encontramos con una casuística valiosa, que ha consolidado, como fundamental, el valor de la publicidad del proceso, que sólo puede limitarse para garantizar no tanto la represión del delito cuanto un juicio justo e imparcial. Dicey (*An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1885) marcaba la diferencia histórica entre la libertad de expresión en Inglaterra y en Francia en la menor regulación de que había sido objeto en la primera frente a una mayor interferencia del poder público en la segunda. El monopolio legal, a través del ordenamiento procesal, penal o administrativo, ha dificultado el equilibrio entre publicidad y secreto, ha entorpecido las soluciones, enturbiando una práctica prudente que armonizase derechos e intereses, y ha propiciado una trayectoria vacilante según la interpretación de los preceptos aplicables. Se ha oscilado entre el hermetismo y la locuacidad, motivada ésta, no tanto por un protagonismo publicitario de los jueces, cuanto por la no siempre fácil exégesis de las normas que consagran el derecho fundamental a la libre información y las que imponen restricciones a esta por razón de la instrucción sumarial.

* Este texto es parte de la ponencia presentada por el autor en el Seminario sobre «El poder judicial en el conjunto de los po-

deres del Estado y de la sociedad» Universidad Menéndez Pe-
layo (Santander) Cursos de Verano, 1989.

II. SISTEMA VIGENTE

El secreto sumarial es una excepción a la regla constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales, permitida por el artículo 120.1 de la Constitución. Los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan una fase del proceso penal, preparatoria del juicio, reservada y, en consecuencia, limitativa de la publicidad y de la libertad de información. Mientras se averigua la perpetración de los delitos y se constatan las circunstancias que puedan influir en su calificación, se asegura la persona y las responsabilidades económicas de los culpables, cabe la excepción prevista constitucionalmente a la publicidad de las actuaciones judiciales.

La legitimidad de esta excepción radica en su rango legal y en su conformidad con los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, y 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950. En la interpretación realizada de este último precepto por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1983 (casos *Pretto y Axen*) y de 22 de febrero de 1984 (caso *Sutter*), el principio de publicidad no es aplicable, desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al juicio oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia.

El Tribunal Constitucional, en sentencia pronunciada por su Sala Segunda con fecha 31 de enero de 1985 (Ponente Sr. Tomás y Valiente) declaró que «esta genérica conformidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y por lo mismo requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta». Tanto esta sentencia como la ulterior del mismo Tribunal, de fecha 4 de octubre de 1988 (Sala Primera, Ponente Sr. Díaz Emil), exigen que el secreto de las actuaciones sumariales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, porque la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información, sino más amplia y genéricamente como un impedimento al conocimiento por cualquiera, incluidas las partes en algún caso, de las actuaciones de esta etapa del proceso en aras de alcanzar una segura represión de delito.

Para restringir la publicidad de las actuaciones sumariales y el derecho de defensa del justiciable se requiere, no sólo su previsión en una norma con rango de Ley, sino la justificación de la limitación en cada caso concreto con base en la protección de otro bien o derecho constitucionalmente relevante, así como la congruencia y proporcionalidad entre la medida aplicable y la consecución de aquellos valores.

Las restricciones legales, y debidamente justificadas, de la publicidad del sumario no pueden alcan-

zar a la comunicación o recepción de información veraz por cualquier medio de difusión, cuando los datos revelados se han obtenido legítimamente y al margen de las actuaciones sumariales. Esta parece la orientación recogida por la conocida sentencia *Sunday Times*, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 26 de abril de 1976, y la doctrina establecida por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de enero de 1985, al decir ésta que «aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán ser objeto en difusión, pero sólo en la medida en que aquello que se quiere difundir haya sido obtenido ilegítimamente... Tal secreto implica que no puede transgirse la reserva por medio de revelaciones indebidas o a través de un conocimiento ilícito. Pero no significa que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulta limitado o velado por otro derecho fundamental) sean arrebatados a la libertad de información».

Ante un ilimitado derecho a informar verazmente sobre datos o noticias obtenidos legítimamente y al margen de las actuaciones judiciales, se ha planteado si tal situación ha de considerarse positiva, en tanto que evita restricciones a la libertad de información o si, por el contrario, tiene un aspecto negativo, en cuanto priva al juez que instruye un sumario de una facultad que puede ser no sólo conveniente sino imprescindible para la recta administración de la justicia. Se ha citado el sistema americano, en el que, en determinados supuestos y con amplias garantías, un juez puede ordenar la no publicación de una información sumarial (Espin Templado. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1986. I nº 2, página 146), señalando como garantías imprescindibles la de su estricta necesidad, la concreción de la información prohibida y la limitación temporal. No obstante, en la actualidad, no parece que sea posible, con nuestro vigente sistema jurídico, impedir la publicación de hechos o datos lícitamente obtenidos fuera de las actuaciones procesales.

Especial atención merece la posible declaración judicial de secreto para las partes, permitida por el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su redacción por Ley de 4 de diciembre de 1978. Según este precepto, las partes personadas pueden conocer las actuaciones sumariales e intervenir en todas las diligencias que se lleven a efecto, si bien el juez de instrucción, mediante Auto, podrá declarar el procedimiento secreto total o parcialmente para aquéllas por tiempo no superior a un mes, debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Con esta regla, a nuestro entender, se viene a regular el principio de publicidad para las partes. Sin embargo, la sentencia, antes referida, del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1988, con el fin de justificar la prórroga de la reserva de las actuaciones sumariales para las partes, asimila el contenido de dicho precepto, no al principio de publicidad, sino al derecho de defensa del justiciable. Así declara que «el derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de

publicidad, sino que es tan solo manifestación del derecho de defensa del justiciable»

De tal apreciación deduce la comentada sentencia que, al tener las partes, una vez alzado el secreto, oportunidad bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, de conocer y contradecir la prueba que se hay practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario, es legítimo prorrogar el secreto para las partes con la finalidad de impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos.

Finalmente, la indicada sentencia declara que es inaceptable una interpretación estricta (después calificada de rígidamente formalista) del artículo 302 citado, según la cual la prórroga del plazo máximo de secreto sumarial, que en dicho precepto legal se establece, ocasiona, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión.

Ya se vincule el contenido del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al derecho de defensa del justiciable o al principio de publicidad del proceso para las partes, lo cierto es que ambos son derechos fundamentales, reconocidos por el artículo 24.2 de la vigente Constitución, y, según el artículo 53.1 de la misma, sólo por Ley pueden regularse, la que habrá de respetar su contenido esencial. En este caso, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal regula, en su artículo 302, tales derechos, lo que, en nuestra opinión obliga a respetar los términos estrictos del propio precepto legal, que fija el límite máximo del secreto para las partes en un mes y habrá de alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

La muy autorizada doctrina del Tribunal Constitucional se ha elaborado, en parte, sobre la interpretación que las sentencias aludidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 1983 y de 22 de febrero de 1984, hacen de los citados artículos 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1959. Estas, después de constatar la diversidad que presenta el principio de publicidad en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, concluyen que aquél hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y al pronunciamiento de los fallos. No puede olvidarse, sin embargo, que dichas sentencias contemplan la garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, pero no aluden al control que las partes (imputado, procesado, querellante, etc.) pueden ejercer sobre la actividad jurisdiccional instructora, que vienen garantizando por el principio de publicidad del proceso para las partes y por el derecho de defensa (contradicción), ambos reconocidos constitucionalmente como fundamentales, y por lo mismo sólo restringibles por Ley y no por decisión judicial, aunque ésta sea motivada.

No obstante, cualesquiera que puedan ser las discrepancias con tal sentencia, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es la expuesta y, según el artículo 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha-

brá de servir a los jueces para interpretar y aplicar las disposiciones relativas al secreto sumarial.

Las pautas marcadas por la jurisprudencia constitucional han de orientar la práctica judicial al hacer uso de las facultades previstas en los artículos 229.2, 232.2 y 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los dos primeros fijan claramente el carácter excepcional de la limitación de la publicidad, tanto general como para las partes, exigiendo su previsión legal y la motivación por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades. El último impone a los funcionarios judiciales, que custodian los pleitos y causas, la obligación de facilitar a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubiesen sido declaradas secretas conforme a la Ley. Es destacable que el precepto no circunscribe el derecho a ser informado a las partes, sino que se refiere a los *interesados*. A nuestro entender este concepto, definido en el ordenamiento administrativo, es más amplio que el de parte y abarca a todo aquel que, aún sin tener el carácter procesal de parte, tenga un interés directo o indirecto en el proceso. Alegado y acreditado tal interés, no puede serle negada la información que pida, salvo que por disposición legal o decisión judicial se hubiese declarado el secreto de las actuaciones. La asociación *Jueces para la Democracia*, en su reciente Congreso Extraordinario sobre el proceso penal (San Sebastián 22, 23 y 24 de junio de 1989), ha expresado que «no debe ser ciceroneo en la facilitación a los interesados, que debidamente acrediten su condición de tal, de información sobre el estado de las actuaciones judiciales».

III. LA PRACTICA

Recientemente el periodista Francisco Gor (Revista *Procuradores*, febrero-marzo 1989) se lamentaba de que «si la doctrina está clara, la práctica es titubeante y poco propicia a reconocer los amplios márgenes que una sociedad libre y democrática otorga al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y a la información, quienes están al frente de los poderes del Estado se repliegan sobre sí mismos y procuran cerrar a cal y canto o filtrar a su conveniencia las fuentes que delanta su actividad. Esto, que es perceptible en el ámbito del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública en general, también se produce en el área de actividad del Poder Judicial. Ajenos en gran medida al cambio cualitativo que ha supuesto el paso del Estado autoritario al democrático, quienes ejercen la función jurisdiccional en juzgados y tribunales siguen tan cerrados como en el pasado ante la demanda de información sobre lo que ocurre en su interior. Nadie se ha preocupado por dar una respuesta global e institucional que haga posible el ejercicio del derecho a la información en este área pública, y los periodistas se ven obligados a mendigar informaciones que obtiene o no según el humor del juez o del funcionario de turno».

El análisis referido no es rigurosamente exacto.

Ciertamente la práctica judicial es titubeante, pero no responde a una insensibilidad hacia los valores democráticos ni, en términos generales, al talante del juez, sino a la dificultad de encontrar el equilibrio entre significados que, en ocasiones, aparecen enfrentados.

El vigente sistema normativo, aun sutil y certeramente interpretado, no impone a los jueces un permanente esfuerzo de ajuste y acomodación, y esto resulta extremadamente árido para un funcionario. Se ha repetido hasta la saciedad, sin apenas encontrar eco, que una parte de los grandes males que aquejan a algunas Administraciones de Justicia, provienen de la estructura orgánica funcional de los jueces. La rutina y el automatismo, la incompetencia y la mediocridad, el corporativismo y la intriga, todos vicios característicos de los sistemas funcionariales, no son el medio más idóneo para hallar la respuesta adecuada en cada momento a esa comprometida, delicada y espinosa tarea de lograr un fiel balanceo entre la reserva exigida para la realización de la Justicia y el derecho a una información libre, objetiva y veraz.

Hechos acaecidos en los últimos años en nuestro país son suficiente demostración de la necesidad de contar con una información sobre actuaciones de empresarios, jueces, políticos, policías u otros funcionarios. Basta recordar sumarios como los del síndrome tóxico, la desaparición de Santiago Corella, la corrupción de jueces, los GAL, la «mafia policial», para rendirse ante la evidencia del valor de la información como medio de desenmascarar conductas.

La publicidad durante el sumario ha servido para mantener el temple de la actuación judicial. ¿Cabe albergar alguna duda sobre la importancia de que los ciudadanos sepan si se investiga o no, si se hace de una u otra manera y quiénes se oponen o favorecen la instrucción? A raíz de la decisión judicial de no investigar el empleo de los fondos reservados al Ministerio del Interior, se ha suscitado uno de los más interesantes debates públicos sobre el significado de las razones de Estado.

En otros casos, las informaciones han sido causa de confusión y tergiversación, no tanto por su objeto cuanto por el modo de publicar, y esta responsabilidad atañe primordialmente a sus autores. La búsqueda de la noticia para conseguir la primacía informativa se ha hecho con olvido del contraste de veracidad. A veces, por un llamativo reclamo se han pretendido el rigor y la objetividad. Las fuentes de información no siempre han sido los jueces, los secretarios judiciales o los funcionarios de la oficina judicial. Las revelaciones se hacen también por los abogados, la partes o la policía. Es posible que si los propios jueces ofreciesen la publicidad conveniente sobre hechos y actuaciones, no estricta y necesariamente reservados, la información fuese fidedigna y carente de aquellos vicios.

En general, los jueces son más proclives a facilitar información acerca de los aspectos formales de la instrucción que de sus contenidos. No parece, sin embargo, que deba existir diferencia alguna de tal naturaleza, sino que, la instrucción como un todo será o no objeto de reserva según los principios que quedaron expuestos en el capítulo precedente. Decíamos que no son infrecuentes las informaciones

de hechos o actuaciones del sumario facilitadas por funcionarios, abogados, partes o policías, a pesar de lo cual éstas, salvo excepciones, no provocan decisión judicial alguna para evitarlas, prohibirlas o sancionarlas. Tal permisividad es consecuencia, en unos casos, de su inevitabilidad debido al acceso que unos y otros, por razón de su oficio o del ejercicio de sus derechos, tienen a la investigación, y en otros porque la mejor garantía del buen hacer de todos, empezando por el juez, es el conocimiento público de su actividad. El Ministerio Fiscal ha de afrontar también la responsabilidad, no siempre ejemplarmente asumida, de informar sobre las pretensiones que ejercite o no durante el proceso, con expresión de las razones de sus decisiones, y lo mismo cabe decir que las demás partes que intervengan. En cualquier caso, los principios aludidos son de vigencia general durante toda la instrucción, y es el juez quien ha de velar por su cumplimiento para la mejor realización de la Justicia.

Las continuas informaciones de prensa (otro tanto sucede en cualquier medio de comunicación) sobre hechos y datos de los sumarios que se instruyen son prueba del interés por conocer lo que se hace por los jueces y por el Ministerio Fiscal. Quienes mejor pueden satisfacer la demanda informativa son los protagonistas de la investigación o instrucción, siempre que con sus revelaciones no quede en entredicho su imparcialidad y se preserve la limpieza del proceso. Si en un momento determinado la publicidad puede ser nociva al fin de la instrucción, creemos acertado declarar el secreto total o parcial para las partes personadas en la forma establecida por nuestro ordenamiento, o bien ser cuidadosos para evitar la publicidad general, no dando facilidades indebidas, que prohibir, secuestrar o sancionar la publicación.

De aquí que no nos pareciese totalmente justificada la alarma que llevó al Consejo General del Poder Judicial al acuerdo que, en sesión plenaria, adoptó el día 5 de noviembre de 1986, en el que se decía: «El Consejo viene observando, con creciente preocupación, la actitud de diversos jueces y magistrados que, en medios de comunicación estatales y privados, realizan manifestaciones en relación con materias sometidas a su potestad jurisdiccional. En razón, cabalmente, del respeto por la imparcial actuación de quienes tienen encomendada la delicada tarea de administrar justicia, el órgano de Gobierno del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho a la información, de la libertad de expresión garantizada respecto a todos y del conocimiento del estado que se encuentren los procedimientos judiciales, entiende que es de todo punto necesario poner fin a tales conductas, y, a tal efecto, en sesión del Pleno de 5 de noviembre de 1986, ha adoptado el siguiente acuerdo:

Primero: Recabar de todos los miembros integrantes del Poder Judicial, apelando a su arraigado sentido de prudencia y discreción, la eliminación de tales actitudes y manifestaciones públicas, que aun siendo minoritarias, pueden comprometer la independencia jurisdiccional, núcleo esencial de la función de jueces y magistrados.

Segundo: Recordar a todos los jueces y magistrados, a través de los señores presidentes de las Au-

diencias Territoriales, el deber que les impone su estado jurídico de abstenerse de formular declaraciones públicas en relación con materias o asuntos sometidos a su decisión jurisdiccional.

Tercero: Atendiendo a la demanda social de información en problemas de que conoce la Administración de Justicia, así como al lícito derecho de los ciudadanos de recibir veraz y objetiva información de tales materias, el Consejo emprende la puesta en marcha de Servicios u Oficinas de Información en determinados órganos jurisdiccionales, con objeto de garantizar a todos los ciudadanos esa información veraz.

Este acuerdo fue ampliamente contestado por los medios de comunicación, que los calificaron de «Ley del silencio». La Junta de Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid replicó con otro acuerdo, en el que afirmaba la competencia exclusiva de los jueces para informar, bajo su personal responsabilidad, de los asuntos sometidos a su conocimiento. En definitiva, el Servicio u Oficina de Información anunciados sólo podría recibir datos o noticias de los propios jueces encargados de la instrucción de las causas, con lo que no sería sino un intermediario, cuya singularidad podría estar en seleccionar o filtrar la información a los medios de comunicación, lo que no parece acorde con el valor de una información objetiva y veraz.

No me parece que fuese oportuna aquella admonición del Consejo General del Poder Judicial a los jueces en un momento en el que se iniciaba la apertura de cauces de comunicación entre la Justicia y los ciudadanos, tradicionalmente cegados por actitudes como las reflejadas por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1928. No estábamos aquí sobrados de planteamientos como los expuestos por Bentham cuando afirmaba que: «Donde no hay publicidad no hay justicia porque la publicidad es el alma misma de la justicia», ni de actitudes judiciales como las que formularon el *leading case* según el que «con reconocimiento del principio de una justicia abierta se asegura que la administración pública de la justicia estará sujeta al escrutinio público. La justicia se hace públicamente para que pueda ser discutida y criticada en público» (Borrie and Lowe's *Law of Contempts*. 1983, pág. 184).

Cuando los jueces estaban abriendo las puertas y ventanas de los Palacios de Justicia a la sociedad, el que alguno se excediese con escándalo de muchos, nos justificaba una advertencia general a todos, pues habría sido suficiente advertir a los charlatanes, siempre con suma prudencia porque se ensayaba un mecanismo hasta entonces desconocido. Habitados nuestros jueces a valerse de las muletas de la Ley escrita y de una jurisprudencia inalterable, quedaron perplejos y confusos ante una situación nueva, constituida por un principio fundamental de publicidad de las actuaciones judiciales y una invertida práctica secretista. El resultado fueron las minoritarias actitudes y manifestaciones denunciadas por el Consejo General del Poder Judicial, con el tiempo derivadas en otras que, sin comprometer la independencia e imparcialidad de la jurisdicción, ofrecen a los ciudadanos la información que demandan sobre la administración de justicia.

Tuvo, sin embargo, el mentado acuerdo del Con-

sejo General del Poder Judicial un claro y firme acierto, al advertir a los jueces acerca del riesgo de comprometer su imparcialidad, y la limpieza del proceso, con una publicidad innecesaria o desmedida y con una información precipitada. El Consejo, con certera visión, no previno de los peligros de la publicidad para evitar la impunidad de un posible hecho delictivo (razón última y principal del secreto del sumario según nuestra doctrina tradicional), sino que señaló un valor muy superior, cual es el de la imparcialidad del juzgador, necesario para obtener la tutela judicial efectiva. Tal llamada de atención pudo provocar, juntamente con otros factores, la reflexión del colectivo judicial hasta llegar a la situación actual, en que la publicidad e información sobre las actuaciones judiciales de instrucción son generalmente prudentes, atendiendo a los bienes en conflicto para proteger el superior de la consecución de la justicia del caso concreto.

IV. UN DIFÍCIL EQUILIBRIO:

La justificación de la instrucción secreta está fundamentalmente en el logro de la represión de los delitos y en evitar la impunidad. La armonización del principio básico de publicidad de las actuaciones judiciales con el sigilo propio de la instrucción se manifiesta compleja, singularmente desde que son los jueces los encargados de esta. Con sagacidad, Julio B. J. Mayer ha dicho que «el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor» (*Doctrina Penal* n.º 1. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1987, pag. 660).

Podemos observar cómo en los sistemas en los que el juez no tiene encomendadas las tareas de la investigación material, sino meramente la de recibir las pruebas o datos, aportados por las partes, para decidir las pruebas o datos, aportados por las partes, para decidir si se abre el juicio contra el acusado o imputado, o bien para, a la vista de aquellos elementos probatorios, resolver sobre la privación de libertad o de cualquier otro derecho, la publicidad de tales actuaciones no tiene más límite que el de las garantías de imparcialidad y neutralidad del juicio, mientras que, cuando el juez posee la iniciativa y dirige las pesquisas, el sigilo de estas tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su finalidad de averiguación de la verdad de los hechos. Así lo reconocieron expresamente las dos citadas sentencias del Tribunal Constitucional de fechas de 31 de enero de 1985 y 4 de octubre de 1988.

Es difícil en nuestro sistema procesal la aplicación de los principios establecidos por el *common law*, donde la jurisprudencia y la doctrina han asumido como inexcusable el valor de la publicidad para que exista auténtica justicia, de manera que las libertades de expresión, publicación e información no puedan suprimirse, o reducirse gratuitamente, salvo que pueda causarse un perjuicio real en los administradores de la justicia. El perjuicio de jueces y jurados es el riesgo fundamental que justifica, en este siste-

ma, las limitaciones a la publicidad y al derecho a la información. En el nuestro, al igual que en los demás que atribuyen la investigación material al juez, existe otro factor, valorado como fundamental por doctrina y jurisprudencia, que es el del éxito de la instrucción a los fines fijados por el artículo 299 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (constatación de la perpetración del delito y sus circunstancias, averiguación y aprehensión de los delincuentes).

Aún siendo imposible desentenderse de este objetivo, tendente a evitar la impunidad, opino que la práctica judicial va abriendo camino a la orientación de limitar la publicidad en tanto en cuanto perjudique la imparcialidad del juez y la limpieza del proceso. Las excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales vienen determinadas, más que por un secreto establecido legalmente, por la protección de los derechos fundamentales, constitucionalmente amparados (artículo 24 de la vigente Constitución), de obtener la tutela judicial efectiva y ser sometido a un juicio justo e imparcial. De aquí el acierto, al que antes nos referíamos, del Consejo General del Poder Judicial, al aludir en su acuerdo como valores superiores, a los que debe supeditarse la publicidad de las actuaciones judiciales, los de la imparcialidad del juzgador y la neutralidad del juicio.

En la sentencia, tantas veces citada, del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985, si bien se señala, como causa fundamental del secreto sumarial, la segura represión del delito, hay un atisbo de esta otra orientación más acorde con la esencia de la jurisdicción como instancia neutral y arbitral, amparadora de libertades y derechos, al decir que no pueden ser arrebatados a la libertad de información uno o varios elementos de la realidad social salvo que su conocimiento esté vedado por otro derecho fundamental. Aunque la sentencia no hizo más precisiones, debe entenderse que si el conocimiento de algún hecho o suceso perjudica a los derechos fundamentales indicados de un juicio justo e imparcial o a una efectiva tutela judicial, su publicación puede y debe ser prohibida por el juez encargado de velar por tales derechos. Este mismo criterio parece deducirse de la otra sentencia referida del mismo Tribunal Constitucional, de fecha 4 de octubre de 1988, al destacar como valor protegido, a través del secreto del sumario, el de la justicia. Valor éste que obtiene su plena efectividad con un proceso limpio y un juicio justo.

El rigor en las informaciones, en evitación de prejuicios en el juzgador, se olvida con harta frecuencia, de manera que, en ocasiones, pelagra seriamente la imparcialidad de la decisión judicial. No es imprescindible citar casos concretos, pero todos conservamos en la memoria situaciones en las que el juez se ha visto obligado a realizar un esfuerzo sobrehumano para resolver con libertad de criterio y sobreponerse al cúmulo de datos, informaciones u opiniones difundidas, unas veces a favor y otras en contra del denunciado, querrellado, procesado o acusado. Si estos hechos no se remedian, una vez establecido el jurado, cuya reinstauración confiamos

que sea en breve, empeorara la situación al crear prejuicios en los miembros de aquél.

A pesar de que con la «contempt of court act» británica de 1981, aprobada como consecuencia de la sentencia ya citada «Sunday Times» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 26 de abril de 1976, se pretendió, tal como manifestaba la comisión Phillimore, que la balanza se inclinase un poco más en favor del derecho a la libertad de expresión, aun prevaleciendo el interés de la Administración de Justicia sobre este, sin embargo se incurre en «contempt» en el caso de publicaciones que hagan comentarios sobre el carácter del acusado, que revelen sus antecedentes penales, que manifiesten que el acusado ha confesado la realización del delito, cuando se lleve a cabo un juicio paralelo, se publiquen entrevistas con testigos o la fotografía del acusado si hay problemas de identificación, o se hagan comentarios sobre testimonios bien para infra o supervalorarlos. (Borrie and Lowe's: *Law of contempt*. 1983, págs. 95 a 99).

El sistema de valores constitucionalmente consagrado y las escuetas, pero, en nuestra opinión, expresivas declaraciones del Tribunal Constitucional, creemos que son fundamento para entender que el juez de la causa tiene potestad, que habrá de emplear, para limitar el derecho a informar verazmente sobre datos o noticias obtenidas legítimamente y al margen de las actuaciones judiciales, cuando las informaciones puedan lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo e imparcial, no así cuando aquellas informaciones, obtenidas lícitamente y fuera del proceso, comprometan simplemente la segura represión del delito.

No creo aventurado afirmar que el sustraer la investigación, indagación o pesquisa de los delitos, de las competencias del juez, para atribuírselas al Ministerio Fiscal, facilitará en gran medida la solución de la antinomia que supone el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales y la existencia de una excepción, tan general que de hecho se ha convertido en otro principio práctico, cual es el secreto de esas actuaciones judiciales encaminadas a la averiguación de los delitos y de sus responsables. Sin entrar en esta candente polémica, sobre la que hace tiempo tuve ocasión de pronunciarme (Jornadas de Derecho Procesal, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en Madrid los días 26, 27 y 28 de enero de 1984), considero válido sostener, como brillantemente lo ha hecho el magistrado Varela Castro en el reciente Congreso extraordinario de Jueces para la Democracia, celebrado en San Sebastian, los días 22, 23 y 24 de junio de 1989, que la investigación no constituye actividad jurisdiccional y sólo en cuanto tenga una fase contradictoria ha de ser atribuida al juez. Esta instrucción contradictoria tendrá las características propias del juicio: igualdad de partes, oralidad y publicidad, de manera que la actuación judicial no vendrá mediatizada en ningún caso por un fin espurio, como es la segura represión del delito, sino que estará presidida por el principio que configura la esencia misma de la jurisdicción, que es la decisión de un conflicto entre partes iguales.

El valor real del llamado *juez natural* se ha igno-

rado y sustituido por el del «juez predeterminado por la Ley», como si esta tuviese virtualidad taumatúrgica para, por sí misma, convertir al juez impuesto en *juez natural*. El significado de éste repele toda beligerancia, y quiérase o no, el inquisidor siempre es beligerante, y de aquí que tienda al sigilo para que su tarea pueda llevarse a cabo con más facilidad. Mientras la investigación siga encomendada a los jueces, éstos se debatirán entre dos polos, cediendo al que más fuerza represente según las circunstancias y condiciones objetivas y personales. Por un lado estará su obligación de investigar celosamente en evitación de la impunidad de los delitos, empleando los medios que la Ley pone a su alcance, por otro, intervendrá su conciencia de que la jurisdicción se asienta, entre otros pilares, sobre la publicidad y la paladina realización. En definitiva, el dilema exigirá un permanente y difícil equilibrio, que sólo su buen sentido, prudencia y experiencia le permitirán lograr.

BIBLIOGRAFIA

- Borrie and Lowe's. *Law of Contempt*. Butterworths. Londres, 1983.
- Cordoba Roda, J.: «Libertad de expresión y secreto sumarial» *Actualidad Jurídica*, IV, Barcelona, 1981
- Chichilla Marin, C.: «Derecho de informacion, libertad de empresa informativa y opinion publica libre». *Poder Judicial* nº 3 Septiembre, 1986.
- Díez-Picazo, Luis Maria.: «Parlamento, proceso y opinión pública» (en torno a ciertos limites del principio de publicidad de los poderes publicos). *R. Española de Derecho Constitucional*. Año 6, nº 18 Septiembre-Diciembre, 1986.
- Espin Templado, E.: «Secreto sumarial y libertad de informacion» *R. Jurídica de Cataluña*, 1986. I, nº 2.
- Fairen Guillen, V.: «Notas sobre el principio de publicidad del proceso» en *Temas de Ordenamiento procesal*. Tomo I. Madrid. Editorial Tecnos, S.A., 1969.
- «Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su caracter técnico o político» *R. De Derecho Procesal Iberoamericana*. Nº II-III abril-septiembre, 1975
- Fayos Gardo, A.: «La *Contempt of Court Act* británica de 1981 El desacato al tribunal cometido por los medios de comunicacion social». *La Ley* Año VIII Nº 1793. 8 de septiembre de 1987
- Gor, Francisco.: «Jueces y periodistas». *Procuradors*. Febrero-Marzo, 1989.
- Jimenez Aguirre, J.M.: «Libertad de informacion y secreto sumarial» (comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985, recurso de amparo 358/1984) *Revista General de Derecho* nº 507. Diciembre, 1986.
- Jueces para la Democracia. Congreso Extraordinario sobre el Proceso Penal San Sebastian, 22, 23 y 24 de junio de 1989* Edita Jueces para la Democracia Singulamente la Ponencia del Magistrado Varela Castro, paginas 17 a 25, y las Ponencias de la Seccion Territorial de Valencia sobre preparacion del juicio, paginas 43 a 51, y de Andalucia y Cataluña sobre la publicidad en el proceso penal, paginas 37 a 39 y 62-64.
- Muñoz Machado, S.: *Libertad de prensa y proceso por difamacion*. Cap. II. La informacion sobre procesos judiciales. paginas 123 a 130; Cap. III: IF) anotación marginal sobre las difamaciones vinculadas a procesos judiciales. paginas 163 a 169, II 4) Informacion sobre juicios y difamacion sobre juicios y difamacion, paginas 182 a 186 E Ariel Barcelona, 1988
- Peces Morate, J. E.: «Derecho a la comunicacion social y deber de informacion: Difusion de noticias y publicidad de los procesos judiciales» en *O Ministerio Público numa Sociedade Democratica* Sindicato dos magistrados do Ministerio Publico LIVROS HORIZONTE. LISBOA, 1984.
- Pulitanó, Domenico. «Potere d'informazione e Giustizia: per un controllo democratico sulle istituzioni». *Giustizia informazione* a cura de N. LIPARI, Laterza, Bari 1975; pag. 137 a 173.
- Rodriguez Ramos, Luis; Alvarez Pérez, Terenciano, Rodriguez, Pedro. «La publicidad del sumario» en *LIBERTAD DE EXPRESION Y DERECHO PENAL* EDESA, Madrid, 1985 Paginas 157 a 202
- Romero Coloma, A. M.: *Derecho a la intimidad, a la informacion y proceso penal*. Editorial Colex. Madrid, 1987.
- Sentis Melendo, S.: «Comentario a *Il segreto istruttorio*» de G Domenico Pisapia». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Año 1965. nº 1, paginas 171-178

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

Magistrados suplentes, jueces sustitutos y jueces en régimen de provisión temporal

Eduardo CALVO

I.—El artículo 117.3 de la Constitución Española establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Es tradición entre nosotros que esos Juzgados y Tribunales a los que el precepto transcrito atribuye de forma exclusiva y excluyente la función jurisdiccional estén integrados por jueces y magistrados «de carrera», es decir, por una categoría específica de funcionarios que desarrollan la función de modo permanente y profesionalizado. Sin embargo, tal exigencia no aparece contenida en el texto constitucional, cuyo artículo 122.1 se remite a lo que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto a la constitución de los órganos jurisdiccionales, aunque exige, eso sí, que en la propia Ley Orgánica se regule «el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único».

Cumpliendo el mandato constitucional, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo LOPJ) ha venido a regular de forma detallada el estatuto jurídico de los jueces profesionales o de carrera que, de ordinario, integran los Tribunales y Juzgados. Pero dicha Ley contempla también la posibilidad de que, en determinadas circunstancias o para determinado tipo de órganos judiciales, la función jurisdiccional sea desempeñada por personas que no integran la Carrera Judicial. Tal es el caso de los magistrados suplentes, jueces sustitutos, jueces de provisión temporal y jueces de paz.

Puesto que la categoría de los jueces de paz responde a unos postulados específicos, muy diferentes a los de las restantes figuras mencionadas, limitaremos este comentario a los tres primeros supuestos, cuya nota común es la de constituir otros tantos mecanismos de cobertura provisional y transitoria de la función jurisdiccional en situaciones de ausencia o inexistencia de titular en un Tribunal o Juzgado

En principio parece acertada la existencia de una previsión legal para estas situaciones de vacancia transitoria que inevitablemente se producen y cuya falta de cobertura ocasionaría una notable perturbación en el funcionamiento del órgano jurisdiccional afectado. Sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, desarrollada en este punto por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987 (B.O.E. de 22 de julio), establece una regulación a la que pueden formularse diversas observaciones. Asimismo, tendremos ocasión de analizar hasta qué punto el mencionado Acuerdo reglamentario del Consejo General y, sobre todo, la forma en que el mismo viene siendo aplicado, han podido determinar una cierta desnaturalización de las previsiones de la Ley Orgánica.

II.—En primer lugar se observa que la Ley articula unos mecanismos ordinarios de sustitución entre los propios magistrados y jueces de carrera, y establece luego la previsión del magistrado suplente, juez sustituto y juez de provisión temporal como remedio de carácter subsidiario para cuando resulten insuficientes aquellas formas de sustitución interna entre jueces profesionales. Pues bien, este esquema legal resultaría sin duda más completo si incluyese expresamente la posibilidad de que tales tareas de suplencia fueran desempeñadas, con preferencia incluso sobre cualquier otro candidato, por quienes se encuentren realizando el preceptivo curso en el Centro de Estudios Judiciales tras haber superado las pruebas selectivas o el concurso de méritos para acceder a la carrera judicial. Es indudable que la efectiva actuación jurisdiccional de estos aspirantes constituiría el complemento ideal en su proceso de formación, al tiempo que con ello se reduciría sensiblemente la necesidad de acudir a otros auxilios de carácter exógeno para la provisión transitoria de vacantes.

No resulta válida la objeción de que tales aspirantes no tienen aún la condición de juez, pues esta

misma circunstancia negativa también concurre en aquellos licenciados en derecho que son nombrados jueces sustitutos o jueces de provisión temporal, y, a fin de cuentas, los alumnos del Centro de Estudios Judiciales tienen el mérito añadido de haber superado unas pruebas selectivas, encontrándose ya próximos al efectivo acceso a la condición de juez. Tampoco cabe pensar que el desempeño de la función jurisdiccional fuera a perturbar su proceso de formación, cuando lo cierto es que no haría sino mejorarlo y completarlo, siendo posible, en todo caso, compatibilizar uno y otro tipo de actividades, integrándolas en un mismo esquema de formación y selección. En este sentido, debe tenerse presente que, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Consejo General a las que más adelante aludiremos, las plazas vacantes en la plantilla judicial afectan principalmente a los juzgados con menor carga de trabajo, lo que indudablemente facilitaría el cometido del juez en prácticas, quien, además, contaría así, con un período de experiencia directa en un juzgado de pequeña entidad antes de obtener su primer destino como juez de carrera, destino en el que presumiblemente encontrará un volumen de trabajo muy superior.

En todo caso, aunque la Ley Orgánica no contempla expresamente la posibilidad a que se ha hecho referencia, es lo cierto que tampoco la excluye. Puede afirmarse, por ello, que sin necesidad de acometer una reforma legal, bastaría con introducir las previsiones necesarias en el Reglamento del Centro de Estudios Judiciales y, si acaso, en el desarrollo reglamentario llevado a cabo en estas materias por el Consejo General del Poder Judicial, para que la propuesta aquí sugerida pudiese encontrar una efectiva realización.

III.—En relación con los *magistrados suplentes*, la Ley Orgánica señala que su actuación podrá tener lugar cuando no asistiesen magistrados (de carrera) en número suficiente para constituir Sala y por circunstancias imprevistas y excepcionales no pudiese cubrirse la ausencia con otros magistrados profesionales que estuvieren libres de señalamiento. A tal efecto, «podrá haber en las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia una relación de magistrados suplentes que serán llamados, por su orden, a formar las Salas...» (artículos 199 y 200.1 LOPJ).

Conforme a las previsiones de la propia Ley (artículos 200.2, 201 y 202 LOPJ), los magistrados suplentes se nombran por el Consejo General del Poder Judicial a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior respectivo entre personas que no siendo jueces profesionales reunan, sin embargo, los demás requisitos exigidos para el acceso a la carrera judicial. Producido el nombramiento, que tiene carácter honorífico, retribuido¹ y temporal, los suplentes cuya actuación efectiva resulte necesaria

forman parte de la Sala con plenitud de Jurisdicción. Para garantizar que su presencia sea siempre minoritaria, se impone como límite el que no pueda concurrir más de un magistrado suplente para formar Sala (artículo 201.1 in fine LOPJ).

Los anteriores preceptos han sido desarrollados por el citado Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987, en cuyos artículos 9 a 24 se ofrece una reglamentación conjunta para magistrados suplentes y jueces sustitutos en todo lo relativo a convocatoria anual de las plazas, requisitos necesarios para el nombramiento, forma de presentación de solicitudes, criterios de preferencia, tramitación del expediente (con propuesta de la Sala de Gobierno y resolución por el Consejo General), régimen de incompatibilidades, estatuto personal y causas de cese en el cargo.

Transcurridos ya dos años de vigencia del citado Acuerdo reglamentario, se observa en primer lugar que si en la Ley Orgánica la existencia de una relación de magistrados suplentes se deja prevista como una mera posibilidad, correspondiendo a las Salas de Gobierno la facultad de proponerla, en la práctica, todos los Tribunales Superiores y Audiencias sin excepción cuentan con una relación anual de magistrados suplentes cuyo nombramiento es objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado. Y, más aún, aunque el texto de la Ley sólo contempla esta forma de suplencia para los Tribunales Superiores y las Audiencias Provinciales, el Acuerdo del Consejo General ha propiciado su extensión al resto de los Organos colegiados mediante una Disposición Adicional en la que se posibilita el nombramiento de magistrados suplentes también para el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y el extinguido Tribunal Central de Trabajo.

Junto a esta generalización del nombramiento de magistrados suplentes para todos los órganos colegiados, hay que señalar que la actuación efectiva de aquéllos también se ha hecho cotidiana, pues por regla general se acude al suplente sin agotar previamente las posibilidades de sustitución ordinaria previstas en el artículo 199 LOPJ antes citado. Además, en algunos casos (así en el Tribunal Supremo y alguna Sala del Tribunal Superior) la figura del magistrado suplente se ha utilizado en forma desnaturalizada, pues no opera allí como mecanismo para la cobertura transitoria de ausencias o vacantes sino como atípico reforzamiento de la plantilla ordinaria del órgano judicial. Es decir, el magistrado suplente no actúa en sustitución de un titular sino que viene a incrementar el número de componentes de la Sala.

Por otra parte, la determinación de un concreto orden de preferencia entre los aspirantes (artículos 201.3 LOPJ y 10, regla 4, del Acuerdo) y el establecimiento de un severo régimen de requisitos, incompatibilidades y prohibiciones (artículos 10, reglas 1 y 3, y 19 del Acuerdo), que excluye el nombramiento de una buena parte de los posibles candidatos, han

¹ En la actualidad, el régimen retributivo de los magistrados suplentes, basado en el cómputo de los días de actuación efectiva, viene establecido en el artículo 9.1 a) del Real Decreto 391/1989, de 21 de abril («BOE» 22 de abril), por el que se establece la cuantía del complemento de destino de los miembros del Poder

Judicial y del Ministerio Fiscal, en relación con el apartado a) de la Disposición Adicional 9 del Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo («BOE» 19 de marzo) sobre indemnizaciones por razón del servicio y en Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de junio de 1988

determinado que las relaciones de magistrados suplentes publicadas cada año estén integradas principalmente por jubilados de la carrera judicial y, en muy inferior número, por jubilados de otros Cuerpos de la Administración y juristas del ámbito universitario, dándose la circunstancia de que en su mayoría obtienen la renovación del nombramiento en años sucesivos.

Así, se ha originado una suerte de planta o relación estable de magistrados suplentes, paralela a la de magistrados de carrera en activo, en la que incluso puede hablarse de plazas vacantes y de concursos singulares para su provisión. En concreto, el artículo 24 del Acuerdo del Consejo General parece presuponer la existencia de una «plantilla» de suplentes y sustitutos, en cuanto establece unas normas para la provisión de «las vacantes que por cualquier causa se produjeran en los cargos de magistrado suplente o juez sustituto en el curso del año judicial».

IV.—Las anteriores consideraciones pueden darse en gran medida por reproducidas en lo tocante a *jueces sustitutos*, toda vez que su régimen jurídico lo determina la Ley Orgánica mediante remisión al de los magistrados suplentes (artículo 212.2 LOPJ) y, por su parte, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 15 de julio de 1987 ofrece una reglamentación conjunta de ambas figuras, salvo en aspectos muy concretos en los que el diferente tratamiento viene dado únicamente por la distinta naturaleza, unipersonal o colegiada, del órgano para el que unos y otros son designados.

Conviene insistir en que la Ley Orgánica establece primeramente diferentes reglas de sustitución entre los jueces de los diferentes órdenes jurisdiccionales (artículos 210 y 211 LOPJ), contemplando luego la posibilidad de que un juez sustituto ejerza la jurisdicción pero sólo «en los casos en que no sea posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos precedentes» (artículo 212 LOPJ). En la práctica, sin embargo, salvo en las capitales con mayor número de juzgados, no suelen agotarse previamente aquellos mecanismos prioritarios de sustitución sino que se acude directamente al juez sustituto.

El Boletín Oficial publica cada año un relación de jueces sustitutos nombrados por el Consejo General a propuesta de las respectivas Salas de Gobierno para los distintos órganos unipersonales de cada Territorio. Es claro que muchos de los nombrados como sustitutos no actúan de modo efectivo salvo, si acaso, durante la vacaciones del titular del juzgado. Pero existe también un considerable número de juzgados que, encontrándose vacantes durante largos periodos, son atendidos de modo continuado por el juez sustituto, quien, por regla general, obtiene la renovación anual de su nombramiento y desempeña ininterrumpidamente la función durante periodos de tiempo que a veces se miden por años. Se da entonces la circunstancia de que es el juez sustituto quien confiere continuidad a funcionamiento del juzgado, hasta el punto de que la esporádica presencia de un juez titular llega a ser contemplada por aquél como una perturbadora interrupción de su normal actividad.

Puesto que los jueces sustitutos perciben su re-

tribución en función de los días de actuación efectiva (artículo 9.2 del Real Decreto 391/1989 antes citado), no es de extrañar que aquellos juzgados que presumiblemente van a permanecer vacantes por más tiempo sean los más solicitados por los aspirantes al cargo de sustituto. Por otra parte, parece natural que los jueces de carrera tiendan a ocupar preferentemente los juzgados con una carga de trabajo más razonable, dejando vacantes, si les queda opción para ello, aquellos otros sobre los que pesa un mayor número de asuntos a resolver. Vemos así cómo la existencia de vacantes en la plantilla judicial puede acabar determinando que los juzgados con mayor volumen de trabajo sean precisamente los que resultan encomendados a los jueces sustitutos.

Aunque más adelante se hará referencia a las medidas adoptadas por el Consejo General del Poder Judicial para paliar las disfunciones resultantes de una excesiva movilidad judicial y de la concentración de las vacantes en los juzgados de mayor carga de trabajo, las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo con el mayor rigor la selección del candidato más idóneo para el cargo de juez sustituto, especialmente respecto de aquellos juzgados en que presumiblemente vaya a tener aquél una actuación efectiva y continuada.

A tal efecto, la Ley Orgánica otorga preferencia a quienes «hayan desempeñado funciones judiciales o ejercido profesiones jurídicas o docentes en estas materias», excluyendo en todo caso el nombramiento de quienes ejerzan las profesiones de Abogado o Procurador (artículo 21.2 en relación con el 201.3 LOPJ). Por su parte, el Acuerdo reglamentario del Consejo General (artículo 10, regla 4, apartado f) extiende la prohibición a quienes hubieran ejercido durante los dos últimos años los cargos de Abogado o Procurador ante la Audiencia o Juzgado para el que se pretenda el nombramiento de magistrado suplente o juez sustituto.

El citado Acuerdo reglamentario no contempla el nombramiento de jueces sustitutos específicamente adscritos a los juzgados de cada orden jurisdiccional. De este modo, el nombramiento confiere la condición genérica de juez sustituto de una determinada población, y «en las localidades donde existan juzgados de diferentes órdenes jurisdiccionales, la adscripción de los jueces sustitutos a cada uno de ellos la realizará la Sala de Gobierno atendiendo principalmente al grado de especialización jurídica que tuviesen acreditado los jueces sustitutos que en cada momento se encontraran disponibles» (artículo 15 *in fine* del Acuerdo). A tal fin se establece que las solicitudes de los candidatos deberán contener «relación de méritos que e estime oportuno alegar y, en su caso, grado de especialización en las disciplinas jurídicas propias de uno o varios órdenes jurisdiccionales» (artículo 10, regla 3, apartado e).

Pese a que el sistema descrito viene a poner fin a la práctica anterior en la que se hacía de forma autónoma la convocatoria de plazas y el nombramiento de los entonces denominados «magistrados de trabajo suplentes», parece que en este campo ha vencido la inercia autonomista de la Jurisdicción Laboral, pues ya en el curso del año 1989 el Boletín

Oficial del Estado ha publicado diferentes acuerdos de nombramiento de «jueces sustitutos de los social», figura carente de toda base normativa pero cuya consagración como versión actualizada de los antiguos «magistrados de trabajo suplentes» parece inevitable.

V.—En cuanto a los *Jueces en régimen de Provisión Temporal* la Ley Orgánica prevé su nombramiento para supuestos de vacancia prolongada de un juzgado, en los que pueden no resultar adecuadas las fórmulas ordinarias de sustitución previstas para situaciones más transitorias.

Cuando una plaza de juez resulta desierta en un concurso, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior habrá de valorar si el juzgado vacante puede ser atendido adecuadamente mediante sustitución por el titular de otro juzgado, o mediante prórroga de jurisdicción o comisión de servicio, o si, por el contrario tales medios ordinarios resultan previsiblemente inadecuados o insuficientes. En este último caso, la Sala de Gobierno remitirá al Consejo General propuesta motivada para su provisión en régimen temporal. Corresponde al Consejo decidir si procede o no adoptar este régimen extraordinario pero, una vez tomada esta decisión en sentido favorable, compete a la Sala de Gobierno respectiva la convocatoria del concurso así como su resolución y el consiguiente nombramiento del juez de provisión temporal (artículos 428 a 431). Del nombramiento efectuado por la Sala de Gobierno se dará cuenta al Consejo General del Poder Judicial, que lo dejará sin efecto si no de ajustarse a la Ley (artículo 431.3 LOPJ).

Aunque en la práctica se ha originado un cierto confusiónismo entre la figura del juez sustituto y la del juez de provisión temporal, de modo que no hay un criterio certero para determinar cuándo se opta por una u otra fórmula, en principio puede afirmarse que la provisión temporal constituye un régimen aún más extraordinario o excepcional, por cuanto arranca de la certeza de que el juzgado carece de titular, nombrándose temporalmente a una persona para que desempeñe efectivamente la función jurisdiccional, en tanto que la provisión legal del juez sustituto tiene como fundamento la mera posibilidad o eventualidad de una ausencia o vacancia. Partiendo de esta distinción, no resulta fácil comprender la razón por la que el nombramiento de los jueces sustitutos se reserva al Consejo General del Poder Judicial, teniendo las Salas de Gobierno una mera facultad de propuesta de candidatos (artículo 152.2.3 LOPJ), habiéndose especificado reglamentariamente que aquella propuesta no tiene carácter vinculante (artículo 13., párrafo segundo del Acuerdo del Consejo General) y, sin embargo, tanto la selección como el nombramiento de los jueces de provisión temporal quedan encomendados a la Sala de Gobierno (artículo 152.2.5 LOPJ) correspondiendo al Consejo General tan sólo la función de fiscalizar la legalidad de aquel nombramiento.

En este caprichoso reparto de competencias, parece que la Ley Orgánica ha querido contrarrestar la mayor atribución competencial a las Salas de Gobierno en el nombramiento de jueces de provisión temporal, estableciendo en su artículo 431.2 un or-

den de preferencia entre candidatos más minucioso y pormenorizado que el enunciado para el nombramiento de magistrado suplente o juez sustituto en el artículo 201.3 de la propia Ley.

Por lo demás, los nombramientos de provisión temporal se hacen por un año, que podrá prorrogarse por otro más con arreglo al mismo procedimiento (artículo 432.2 LOPJ). Por vía reglamentaria se ha concretado que dicha prórroga podrá acordarse por una sola vez y requerirá la previa autorización del Consejo General (art. 7 del Acuerdo).

Durante el desempeño del cargo, los jueces de provisión temporal quedarán sujetos al estatuto jurídico de los miembros de la carrera judicial, con derecho a percibir remuneración (art. 432.1 LOPJ). El aspecto retributivo se encuentra regulado actualmente en el artículo 9.2 del Real Decreto 391/1989 de 21 de abril («BOE» de 22 de abril) que lo cifra en un 85 por 100 de las retribuciones básicas del juez titular, excluidos trienios, y un 100 por 100 del complemento de destino, con derecho a pagas extraordinarias y vacaciones.

En la Ley Orgánica aparecen reguladas con algún detenimiento las causas de cese en el cargo de provisión temporal (art. 433) incluyéndose entre ellas, claro es, el transcurso del período de tiempo para el que fue nombrado y el hecho de que fuere nombrado un juez titular para la misma plaza

Por otra parte, y para evitar que la situación excepcional se perpetue, el artículo 428.2 LOPJ establece que «en las convocatorias de oposiciones habrán de incluirse todas las plazas vacantes, incluidas las servidas por jueces de provisión temporal», añadiendo que estas últimas «deberán anunciarse en los concursos ordinarios al menos una vez al año».

La estricta observancia del precepto legal no ofrecería mayores dificultades si se contase con una plantilla judicial razonablemente cubierta y si no existiesen tan considerables desigualdades en la carga de trabajo que pesa sobre los Juzgados de diferentes localidades. Pero en tanto subsista en la plantilla judicial un número de vacantes tan importante como el existente en la actualidad, es indudable que el precepto últimamente transcrito habrá de colocar a los rectores de la política judicial ante la difícil disyuntiva de guardar rigurosa observancia a la letra de la Ley o articular una vía de excepción en aras de un mejor servicio público judicial. En efecto, el ofrecimiento de todas las plazas vacantes a las sucesivas promociones de nuevos jueces, así como la inclusión de todas ellas al menos una vez al año en los concursos de traslado, tal y como prescribe la Ley, determinaría un considerable aumento de la movilidad de los jueces y una sistemática vacancia de aquellos Juzgados con mayor carga de trabajo.

En esta situación, el Consejo General del Poder Judicial ha considerado necesaria la adopción de determinadas medidas. De un lado, por Acuerdo de julio de 1987, se establece un período mínimo de un año de permanencia obligada de los jueces de carrera en su primer destino. De otra parte, y en virtud de Acuerdo de 26 de septiembre de 1985, se excluye de las convocatorias de oposiciones y de los concursos ordinarios de traslado hasta un total de 235 vacantes correspondientes a los Juzgados con me-

nor volumen de trabajo, a fin de que los jueces de carrera ocupen aquellas plazas que más necesitan ser prontamente cubiertas de modo permanente.

Ciertamente, la solución adoptada resulta discutible desde un punto de vista de estricta legalidad, pero debe reconocerse que viene en gran medida forzada por la situación antes descrita, y no parece fácil sugerir una respuesta a corto plazo que resulte más acorde con la literalidad de la norma y que no sea, al propio tiempo, gravemente perturbadora para la organización del sistema judicial y, en definitiva, para el interés general de la comunidad.

En todo caso, sí hay un punto en que la decisión del Consejo General no resulta explicable y, en buena medida, puede ser tachada de incongruente. Así, supuesta la necesidad, por las razones ya expuestas de política judicial, de excluir un determinado número de Juzgados de las convocatorias de oposiciones y de los concursos de traslado, no se entiende la razón por la que sólo un número relativamente pequeño de tales vacantes (99, según la Memoria de 1988) dan lugar al nombramiento de un juez provisional temporal, en tanto que el resto de las plazas (296, según resulta de la propia Memoria) se encomiendan a un juez sustituto. Tal anomalía constituye una clara desnaturalización de la figura del sustituto y comporta, según se dijo, un notable desconcierto a la hora de diferenciarla del juez de provisión temporal.

Puede pensarse que el Consejo General prefiere el nombramiento de un juez sustituto, que a fin de cuentas es de su propia competencia, en lugar de acudir a la fórmula del juez de provisión temporal a posteriori. También cabe imaginar que las Salas de Gobierno no están haciendo uso de la facultad de proponer la adopción del régimen extraordinario de provisión temporal y sea éste el motivo de que predomine el nombramiento de jueces sustitutos. Cualquiera que sea la causa, se obtiene la impresión de que una y otra figura no tienen unos perfiles netamente diferenciados y que la distinción trazada en torno a ellas por la Ley Orgánica acaso carezca de fundamento.

VI.— *A modo de conclusiones pueden destacarse las siguientes:*

1. En la regulación que hace la Ley Orgánica del Poder Judicial de los magistrados suplentes, jueces sustitutos y jueces de provisión temporal, se echa en falta una previsión específica para que tales cometidos de suplencia puedan ser desempeñados por los alumnos del Centro de Estudios Judiciales, que ya han superado las correspondientes pruebas selectivas o concurso de méritos y se encuentran próximos a su nombramiento como integrantes de la carrera judicial.
2. La ordenación legal de estas figuras adolece de una notable artificiosidad, estableciéndose diferentes categorías que en la práctica vienen a cumplir un mismo cometido y que carecen, por tanto, de la suficiente substantividad. Se establecen, además, diferencias no justificadas en el procedimiento y en la competencia para el nombramiento.
3. En todo caso, las diferencias de la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial no ofrecerían graves problemas si existiese una plantilla judicial razonablemente cubierta y estabilizada, pues la aplicación de tales normas podría quedar entonces reducida a un limitado número de situaciones, siempre inevitables pero en definitiva anecdóticas.

Sin embargo, el importante número de vacantes existentes en la actualidad ha conferido a esta normativa un protagonismo que no parecía previsto en la mente del legislador, y ha determinado al Consejo General del Poder Judicial a llevar a cabo un desarrollo reglamentario y, sobre todo, una puesta en práctica de aquellas previsiones legales, así como a la adopción de determinadas medidas complementarias de política judicial, en términos en parte explicables desde el punto de vista de las necesidades de la Administración de Justicia, pero no siempre fáciles de conciliar con el texto de la Ley Orgánica.

INTERNACIONAL

Democracia formal y Derechos Humanos en Colombia

Nubia SERRANO WHITTINGHAN

Todos los signos de la realidad colombiana, señalan sin lugar a equívocos, una quiebra absoluta de los derechos humanos, especialmente el derecho a la vida. Ningun sector social ha escapado de este fenómeno: dirigentes políticos, magistrados, jueces, periodistas, docentes, sindicales, campesinos, profesores, estudiantes, religiosos, activistas de derechos humanos, colombianos todos, que han perecido en el fragor de un conflicto que amenaza todos los cimientos de una sociedad en gravísima crisis. Cada día de 1988 perecieron más de doce personas en razón a los enfrentamientos ideológicos, lo que arrojó el impresionante saldo de 3.600 asesinatos, se cometieron más de 60 masacres, definidas como muerte colectiva de 5 o más personas, en las cuales perecieron más de 600; en los primeros cuatro meses de 1989 fueron asesinadas más de 700 personas por motivos políticos y se cometieron más de 25 masacres, diseñadas y ejecutadas por los tenebrosos grupos paramilitares o escuadrones de la muerte¹

La agudización de este conflicto, de esta guerra sucia, se da en Colombia dentro de grandes contrastes de nuestra vida nacional, a pesar de la preocupación del régimen por mantener la máscara de estado de derecho; gobernando desde hace 40 años, salvo breves interrupciones, con el mecanismo de *estado de sitio*², al que siempre está presto y listo a revitalizar, degenerándose en un Régimen autoritario con marcado sabor militarista debido al peso político de las fuerzas armadas en las decisiones de Gobierno y que actúan siempre dentro de la doctrina de la Seguridad Nacional, concepción ideológica acogida no sólo en los sectores del aparato militar y de seguridad del Estado, sino también en sectores de la clase dirigente del país que consideran que las soluciones a la vasta gama de conflictos sociales y políticos que agobian a Colombia, sólo pueden imponerse por la «razón» de las armas y de la violencia.

Un sistema democrático que convive además con

agrupaciones de sicarios, mercenarios, o grupos paramilitares, que como lo certificara ante el Congreso de la República, el Ministro del Interior, en agosto de 1987, ascienden a 138 que actúan para frenar la creciente protesta social y desarrollar a fondo la guerra sucia dadas las enormes desigualdades sociales, económicas y políticas en Colombia. Esta violencia se ha ensañado contra los sectores populares y ni el Poder Judicial ha escapado puesto que una comisión judicial integrada por dos jueces, dos secretarios y diez técnicos de la policía técnica, el pasado 18 de enero fué masacrada a manos del grupo paramilitar «los masetos», que por lo demás se ha establecido de manera oficial, recibió instrucción militar de asesores israelíes.

Esta situación se enmarca también en la crisis del sistema político por el predominio de los dos partidos tradicionales, liberal-conservador, que durante 20 años se alternaron el poder, por mandato constitucional, dejando sin opción a corrientes del pensamiento diversas; pacto denominado Frente Nacional, que se aplicaba a todas las escalas de la administración con rigor matemático en la distribución de los cargos y que aún se aplica en los dos máximos organismos de la judicatura. Por ello ante el surgimiento de nuevas fuerzas políticas, estas son físicamente eliminadas, como ocurre con el nuevo partido político la Unión Patriótica, surgido de los acuerdos de paz suscritos entre el Gobierno de Belisario Betancurt y el movimiento armado, que ha visto caer a más de 1.000 de sus militantes, entre ellos a su presidente y candidato a la presidencia de la República Jaime Pardo Real, en menos de cuatro años de existencia. Parece que en Colombia, produce miedo ejercer la democracia.

Por su parte el Gobierno colombiano, ha mantenido una actitud y ha proyectado una imagen al exterior de impotencia y de víctima de la violencia de las dos extremas, invitando a su «compasión» y solidaridad irrestricta. Fácil manera de eludir sus deberes y responsabilidades constitucionales y legales, para garantizar la plena vigencia de la Demo-

¹ Informe del Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos en su VI Congreso, 1989.

² Decreto legislativo 1038/84 de 30 de abril. Última declaratoria de estado de sitio

cracia, mientras cientos de miles de inermes ciudadanos caen abatidos en ciudades y campos. Si bien es cierto, el Gobierno adoptó algunas medidas para combatir estos grupos paramilitares, fruto de las presiones y exigencias de diversas organizaciones sociales internacionales y nacionales, tales como la creación de una comisión de alto nivel con funciones de asesoramiento y coordinación contra los grupos paramilitares; limitación de la colaboración de los civiles con las fuerzas armadas para actividades no agresivas, al prohibir la entrega de armas de uso privativo de las fuerzas armadas³, también se observa que los asesinatos y violaciones generalizadas de los derechos humanos, se acentúan y que la Comisión de alto nivel, sólo se reunió por primera vez en agosto de este año —las medidas fueron expedidas en abril—, debido a la toma que del Ministerio del Interior hicieron dirigentes de la Unión Patriótica exigiendo acciones eficaces para la defensa de la vida de sus militantes, puesto que en sólo 8 días les habían asesinado a 12 de sus cuadros directivos.

Comportamiento económico

En este terreno se puede decir que existen dos países, el país de la opulencia en oposición al país de la miseria. El producto interno bruto, valor agregado de la economía, sobrepasó el 5 por 100 cifra destacable en el contexto Latinoamericano, con crecimiento de los ingresos internos, producto de la inyección de capitales provenientes del narcotráfico, incorporado en casi todos los sectores de la economía. A pesar de la mejoría de estos indicadores económicos, según datos oficiales, uno de cada cuatro colombianos vive en condiciones de miseria: desempleo de un 15 por 100 de la fuerza de trabajo en los grandes núcleos urbanos y otro tanto en los sectores de la economía informal; la inflación a diciembre de 1988 llegó a un 30 por 100; el encarecimiento constante de los productos básicos de la canasta familiar, debido a la incidencia de los costes del servicio de la deuda externa, influido su crecimiento por la devaluación constante de la moneda, ha dejado además sin capacidad adquisitiva los salarios, especialmente al salario mínimo que equivale a 85 dólares, es decir unas 12.000 pesetas y que lo devenga el 70 por 100 de la población económicamente activa; los gastos improductivos, gastos militares y servicio de la deuda externa consumen el 54 % del presupuesto nacional. Estos guarismos explican el empobrecimiento generalizado de la población.

Violencia y Paramilitarismo

Misiones internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional, Comisión Internacional de observación judicial presidida por el premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, Pax Christi, Justicia y Paz. El grupo de trabajo sobre desaparición

forzada de la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas, (OIT) *American Watch*, entre otras, han palpado esta cruda realidad resaltando en sus informes con enorme preocupación, la existencia en Colombia de grupos de justicia privada o paramilitar con vinculación a ellos de miembros de las fuerzas armadas y de los servicios de seguridad del estado, tanto activos como en retiro, comprometidos en las desapariciones de personas, ejecuciones extrajudiciales y torturas dentro de un marco de creciente amedrantamiento, inseguridad y zozobra debido a las constantes amenazas y crímenes que a diario se cometen.

El Director ejecutivo de *American Watch* en declaraciones dadas al diario *The New York Times*, el 31 de agosto afirmó «Los traficantes establecen alianzas con la policía y las fuerzas armadas y han terminado incluyendo entre sus enemigos a políticos de partidos tradicionales, jueces, periodistas y a cualquiera que quiera hacer de Colombia una democracia funcional». Agregó que los asesinatos cometidos por los narcotraficantes colombianos tuvieron la «complicidad de militares y policías basada en la corrupción o en el virulento anticomunismo común a todos ellos».

Sin duda alguna, la mafia del narcotráfico ha generado en Colombia mucha de la violencia que hoy desangra al país pero también es cierto que en muchos de estos casos han actuado en colaboración o con la complicidad de los organismos de seguridad del Estado, como arriba se expresó por el director de ese prestigioso organismo de derechos humanos.

Son múltiples las denuncias y los casos en los cuales se les implica en violaciones de los derechos fundamentales. Citemos ejemplos:

En febrero de 1983 el entonces fiscal General de la Nación, Carlos Jiménez Gómez denunció a 58 miembros de las fuerzas armadas como pertenecientes al grupo paramilitar, *Muerte a secuestradores*, M.A.S.

El Ministro de la Defensa de entonces, General Fernando Landazal Reyes, rechazó en tono airado las acusaciones y los militares comprometidos fueron absueltos. Gozan de fuero militar y por tanto son juzgados por sus pares.

En la masacre de trabajadores bananeros en la zona de Urabá, nordeste de la provincia de Antioquia, la juez encargada de la investigación dió a conocer la responsabilidad de varios miembros del batallón voltigeros en comunión peligrosa con elementos del M.A.S., en vínculos con el narcotráfico, ganaderos y agentes de seguridad del Estado. La juez tuvo que abandonar el país pero su padre fue asesinado en mayo de este año.

La juez que prosiguió el diligenciamiento María Elena Díaz, fue asesinada el pasado mes de agosto.

El 19 de abril el máximo Tribunal de lo contencioso, dictó sentencia contra la Nación por el crimen del juez Juan F. Sarmiento a manos de tres miembros del departamento de seguridad —DAS—, afir-

³ Reglamento de combate de contraguerrillas. Resolución 05/69, artículo 185 del Comando General del Ejército para la crea-

ción de juntas de autodefensa

mó: Queda perpleja la sala ante la indefensión en que se encuentran algunos funcionarios jurisdiccionales, especialmente los que pertenecen a la justicia penal, ante delinquentes que en mal momento son aceptados como colaboradores de los órganos del Estado y que ejercen su actividad criminal con la complacencia, en muchos casos de sus superiores».

Sobre el asesinato del presidente de la Unión Patriótica, el ex magistrado Jaime Pardo Leal, se conoció un informe secreto del Ministerio de Defensa, en el que se revelan llamadas efectuadas ante el sindicato de este magnicidio, el narcotraficante Gonzalo Rodríguez Gacha, a números telefónicos correspondientes al comando de caballería del ejército.

En cuanto a los hechos del Palacio de Justicia en donde murieron once magistrados del máximo Tribunal y un centenar de empleados y funcionarios, se ordenó la investigación de quienes dirigieron los operativos militares por violación de los acuerdos de Ginebra, torturas y desaparición de varias personas entre civiles y guerrilleros.

En el caso de la investigación por la masacre judicial, el director de Instrucción Criminal Carlos E. Lozano, en declaraciones a la prensa afirmó: «lo que sucede es que uno no sabe a la hora de pedirles protección o cuando por cualquier motivo es necesario revelarles detalles de una investigación, cual de ellos puede estar al servicio de la ultraderecha. Hay que depurar las Instituciones Armadas del Estado, porque además ya no le están haciendo caso ni al presidente de la República».

Con posterioridad a estas declaraciones fue denunciado por el General y Ministro de la Defensa ante el Tribunal Supremo y días después Lozano Tovar presentaba renuncia «voluntaria» de su cargo. Con posterioridad a la masacre, varios campesinos de la región donde ocurrió el genocidio, asfixiados por la cruda violencia se decidieron en colaborar con las autoridades para la identificación de sus autores, pero todos fueron asesinados y uno de los investigadores de la policía técnica judicial, Francisco Hernández, también fue asesinado el 9 de junio de 1989 en Bogotá.

Justicia y Democracia

Cabe preguntarse entonces, qué ocurre con la justicia, qué papel juega dentro de este estado crítico de cosas, esa descomposición generalizada y esa alarmante impunidad.

La característica de la situación actual es la existencia de una disimilitud, el fetiche de la apariencia venerada de un estado de derecho y la reivindicación más sentida de la vigencia de un real Estado de derecho. Los derechos ciudadanos y los derechos sindicales son expresiones subversivas y por tanto sujetas a tratamiento policiaco y paramilitar.

En la Rama jurisdiccional se ha instrumentalizado una estructura profundamente antidemocrática con la aquiescencia de la clase dirigente y que le ha impedido jugar el protagónico papel en la defensa de principios democráticos del derecho y se expresa en:

— El bipartidismo, según el cual solo pueden acceder a los cargos dentro de los máximos organismos de la justicia quienes formen parte de los dos partidos tradicionales, dejándose sin ninguna oportunidad a quienes no se encuentren dentro de este estrecho marco confesional en detrimento de mentalidades preclares y progresistas.

— Cooptación y carencia de una carrera judicial derivados de la subversión por inaplicación de las normas constitucionales y legales sobre la materia que ha generado la inestabilidad laboral y el sometimiento de sus integrantes a penosas e indignas sesiones electorales cada dos años, periodo máximo de permanencia en los cargos, y que ha desviado a magistrados y jueces del análisis institucional sobre los graves problemas de la justicia.

— Falta de autonomía presupuestal, que la ha colocado en una mayor postración. Presupuesto raquítico que conlleva a precarias condiciones de remuneración puesto que un Magistrado del Máximo Tribunal de Justicia no alcanza a devengar ni 150.000 pesetas mensuales; ausencia total de un sistema de seguridad social, de planes de vivienda y dotación adecuada y mínima de los despachos judiciales, amen de la sobresaturación de causas en consideración al desmesurado aumento de la criminalidad y al obsoleto y caduco sistema investigativo, a pesar de que tan solo son denunciados el 20.4 por 100 de los delitos contra la vida de las personas.

— Las garantías a la vida, el asesinato, masacre —cerca de 150 magistrados y jueces han sido asesinados en los últimos cinco años—, las amenazas de muerte que a diario se producen a tal punto que hoy más de 1.200 jueces del área penal se encuentran asediados por tan grave y preocupante flagelo, ha obligado a magistrados, jueces y fiscales a abandonar el país o bien a renunciar a sus cargos para proteger su vida y la de sus familias.

¿Cómo sostener entonces la existencia y vigencia de un Estado de derecho? ¿Cómo explicar que estas situaciones de postración abandono y desidia, son resultantes de una actitud pasiva, cuando no omisiva de parte de quienes en el país dirigen sus destinos?

¿Cómo aclarar al mundo democrático que se han limitado a su crítica acerva pero que nada han adelantado en su modernización, adecuación y protección, puesto que una eficaz acción investigativa podría acercarse a sus propias actividades ilegales y que además en situaciones de riesgo contra sus privilegios o ante la elevación de la protesta social, contaban con el expediente de la justicia penal militar, en ejercicio del estado de sitio?

Difícil resulta explicar como se ha desinstitucionalizado el Estado de Derecho, por el abuso del ejercicio del estado de excepción al que han constituido en soporte de arbitrariedad, impunidad y desbordamiento de las facultades presidenciales al legislar en todas las materias de la administración pública, desconociendo las mínimas garantías procesales, el derecho a la defensa, dejando sin operancia el recurso del *habeas corpus*, entre otras medidas, en últimas legitimando las violaciones a los derechos humanos.

Todas estas situaciones fueron el germen y hoy la razón de la existencia de la *Asociación Nacional*

de Magistrados, Jueces y Empleados que en su lucha diaria por la vigencia de una democracia plena y la defensa de los principios democráticos del derecho, las han recogido en su ideario programático, con enormes costes en vidas humanas.

En consideración al fallo de inconstitucionalidad declarado por la Corte Suprema de Justicia de la norma que le atribuía competencia a la Justicia penal militar para juzgar civiles en 1987, el régimen se ha preocupado por recuperarle un ambiente al estado de sitio y para ello y entre tanto ha ideado otros mecanismos y fórmulas, como la creación de una jurisdicción especial de orden público con competencias poco definidas pero con procedimientos recordados en perjuicio de los derechos de los procesados, en lo que el ex fiscal general, Serpa Uribe ha dado en llamar «Derecho penal terrorista», así como creación de jefaturas militares en zonas declaradas con perturbación del orden público con absolutas facultades en todos los órdenes.

Son pues, mecanismos y acciones estructuralmente antidemocráticos que trascienden al plano de la credibilidad ciudadana y profesional en desmedro de la seguridad jurídica que se debe ofrecer a los asociados, puesto que esa alarmante impunidad, no puede ser imputable, ni mucho menos, a la Rama jurisdiccional, sino al Gobierno que peligrosamente conduce al país a la pérdida de la legitimidad del Estado ante la pasividad e incapacidad asumida para frenar la barbarie de la guerra sucia y no garantizar la vida e integridad de los jueces. La impunidad reinante, pues, se ha constituido en el instrumento idóneo de consolidación del terrorismo de Estado con sus nefastas secuelas. De allí la afirmación del ex fiscal Jiménez Gómez, «La crisis de la justicia es un flagelo y una consecuencia del decaimiento general de la fe en las instituciones, del antiestatismo y del anticonstitucionalismo».

Guerra al Narcotráfico

Resulta ineludible hacer algunas apreciaciones sobre el clima de violencia que hoy se afronta en lo que el Presidente Barco ha denominado «guerra contra el narcotráfico» y sobre los resultados concretos de las medidas adoptadas por estado de sitio para combatir estas mafias.

Vale la pena hacer algunas consideraciones previas, pese a lo complejo del fenómeno.

La carencia de perspectivas futuras en materia económica de enormes capas de la población, las llevo a la realización de actividades arriesgadas pero altamente rentables y tentadoras. Primero fue la extracción de esmeraldas y el cultivo y exportación de la marihuana y más tarde la cocaína.

Lo cierto es, que el capital del narcotráfico ha penetrado todos los sectores de la sociedad, el mundo de los negocios, los medios de la comunicación, la industria, el capital financiero, el comercio, los deportes y algunas instituciones del Estado: valga decir que ha logrado modificar considerablemente toda la estructura política y social con notorias incidencias en el sector laboral y del capital del monopolio y latifundio. En los últimos diez años como forma de

lavar los dineros del narcotráfico se calcula que la mafia ha hecho inversiones en tierras e inmuebles del sector urbano y rural, de cerca de cinco mil quinientos millones de dólares, según informa la federación de lonjas en noviembre de 1988, habiendo adquirido cerca de un millón de hectáreas en zonas de colonización aptas para el desarrollo de la ganadería y productos agrícolas y claro esta el cultivo de sustancias alucinógenas. Se ha venido desplazando en consecuencia, el cultivo de productos agrícolas tradicionales con las obvias repercusiones en la economía global del país, no solo por la vinculación de grandes sectores humanos a esta actividad, sino también como ya se ha dicho, porque sectores de estas mafias mantienen estrechas relaciones con militares y grupos paramilitares que han provocado el éxodo masivo de familias campesinas a los núcleos urbanos, víctimas de la guerra sucia y que se han visto precisadas a vender o abandonar sus propiedades por la falta de garantías para desarrollar su labor y defender la vida.

El innegable poder económico del narcotráfico ligado con el militarismo ha institucionalizado el terrorismo y al mismo tiempo les ha permitido llegar a la esfera de la política, bien financiando a un buen sector de parlamentarios de los partidos tradicionales en sus campañas electorales, ya creando sus propios movimientos políticos, como el movimiento de renovación nacional, *Morena*, que en pasados meses surgiera, reafirmando en su programa la preservación de los grupos de autodefensa o paramilitares, razón de su existencia.

En todo este proceso si bien han tenido que enfrentar medidas represivas impulsadas por algunos sectores, escasos por cierto, de la clase dominante en Colombia, también lo es que algunos gobiernos les han hecho concesiones para la entrada de sus capitales en la economía legal, decretando amnistías tributarias para capitales no declarados. Caso del Gobierno de Belisario Betancurt y del actual de Barco Vargas en 1986.

Así pues, se hace necesario el balance las medidas adoptadas en esta guerra.

Más de once mil detenidos y solo dos o tres posibles extradiciones, pero solo con cargos relacionados con el lavado de dólares mientras la cúpula continúa en libertad.

Los bienes decomisados y que tanta espectacularidad han causado, según afirman los estudiosos del constitucionalismo colombiano, pueden quedar sin respaldo legal con las consiguientes demandas contra la nación por los daños que las mismas hubiesen sufrido y los perjuicios causados, ya que se invierte en los decretos la carga de la prueba en el sentido que la persona cuestionada debe probar la licitud en la adquisición de esos bienes. Propiedades que por lo demás, se valoran en tres veces más que la «ayuda» ofrecida por el gobierno norteamericano de sesenta y cinco millones de dólares, para su erradicación.

Afloran en este análisis otros interrogantes acerca del por qué no se han realizado operativos sobre regiones señaladas de tiempo atrás en los informes del Departamento administrativo de seguridad, DAS, policía secreta del Gobierno, como los núcleos de las actividades de los narcoparamilitares; tampoco

existe explicación suficiente de las razones por las cuales no se ha producido ningún pronunciamiento oficial sobre los contactos de mercenarios israelíes y británicos con los narcotraficantes, máxime cuando estos han dicho que su actividad la ejercieron con asentimiento de algunos oficiales del ejército colombiano.

Causa preocupación la abusiva intervención del Gobierno estadounidense en asuntos internos del país, so pretexto de combatir el tráfico de estupefacientes, cometiendo toda clase de atropellos contra los ciudadanos y discriminando los productos comerciales. La ayuda militar ofrecida —carros, tanques, helicópteros artillados, desembarco subrepticio de asesores militares—, no entendemos cómo puede afectar el comercio de estupefacientes filtrado en las estructuras del Estado y en cambio se teme que la misma sirva para reprimir y acallar la protesta social fruto de la recesión económica que afrontan enormes capas sociales.

Al lado de estas medidas, se han adoptado otras que limitan el derecho a la movilización, las garantías individuales y los derechos de asociación y acción política de los sectores populares, así:

— Se incrementaron las penas para los delitos políticos de rebelión y sedición, que son ajenos al narcotráfico.

Se restringe aún más el derecho de defensa al aumentarse los términos para que los organismos militares mantengan en incomunicación a los retenidos para quienes además no les es dable la invocación del Recurso del *habeas corpus*.

Aspecto éste que ofrece inquietud, puesto que Colombia presenta una de las cifras más altas de desaparición de personas y estas determinaciones pueden conllevar a más violaciones de los derechos humanos.

- Se suprime el jurado de conciencia.
- Se recortan los términos procesales.
- Se prohíbe la expedición de copias de los pro-

cesos, en razón al ocultamiento del nombre del juez investigador.

— La extradición por vía administrativa, solo refleja la debilidad del gobierno para garantizar que la justicia se aplique en forma efectiva y sin traumas, y conlleva a socavar aún más la soberanía nacional.

Ahora bien, la principal y válida ayuda que se podría ofrecer sería la de adelantar una campaña internacional para erradicar su consumo, de modo que deje de ser el fabuloso negocio que hasta el momento ha sido, y se asuma una nueva mentalidad para abordar los problemas de precios y mercados justos para los productos y materias primas, así como políticas agrícolas sustitutivas y competitivas en el campo mundial. Mucho antes de entrar a exigir a los países productores, el inició de una guerra sin cuartel han debido adoptar similares políticas en sus sectores financieros como el levantamiento de la reserva bancaria, de modo que la ofensiva fuese equilibrada. Obviamente, su preocupación radica en las dificultades de orden económico que presupone la salida de grandes sumas de dólares al año, sin su control y manejo.

Esta guerra desatada contra el narcotráfico, tampoco puede hacer olvidar a la comunidad internacional la responsabilidad del Estado y sus fuerzas armadas, en las múltiples violaciones de los derechos humanos: no puede impedir que se opine sobre la intervención extranjera en su territorio y mucho menos que se deje de respaldar las causas democráticas por la plena vigencia de los derechos fundamentales y de una real democracia.

En síntesis, que la causa de la solidaridad sea con el pueblo colombiano y la defensa de sus derechos humanos, para la obtención y realización de sus más altos ideales de paz, democracia y justicia social, acciones que llevarían a obtener soluciones efectivas y a remover instituciones desuetas que den paso a una democracia verdaderamente participativa con el concurso y consenso de legitimidad de toda la sociedad civil.

EL MERCADO UNICO EUROPEO Y EL PAPEL DE LA JURISDICCION

Domenico GALLO¹

1 Carácteres generales. Las observaciones críticas de Spinelli

Altiero Spinelli el 16 de enero de 1986, en una de sus últimas intervenciones en el Parlamento Europeo, comentaba con embarazo y amargura la mediocridad del compromiso alcanzado en la conferencia intergubernativa de Luxemburgo y que llevaría poco después a la aprobación del Acta Unica y lamentaba que «la montaña de los trabajos del Parlamento, del comité Dooge, de las cumbres de Milán y Luxemburgo y de la conferencia intergubernativa, haya parido tan sólo un miserable ratoncillo, que muchos sospechan sea un ratoncillo muerto.²» Pasando después al exámen del «ratoncillo» parido por la montaña Spinelli observaba: «El Acta Unica habla de la instauración del mercado único, de la capacidad monetaria, de la cohesión de la política regional, de la investigación, del desarrollo tecnológico, de la ecología, de la política social, de la cooperación política. Lo importante y decisivo no es tanto la definición, siempre muy aproximativa, de estas políticas, sino la definición, esta vez precisa, de las instituciones y de los instrumentos necesarios para realizarlas.

Ahora debemos constatar en primer lugar que el Consejo (de ministros) ha mantenido intacto el monopolio en el Campo de las decisiones legislativas, es decir, ha mantenido intacta la estructura no democrática, sino oligárquica y burocrática de la legislación comunitaria.

Lo que se ha sustraído a la competencia de los parlamentos nacionales continúa en las manos, no del Parlamento europeo, sino de algunos altos funcionarios nacionales y de algunos ministros que evaden, de hecho, cualquier directiva y control políticos.»

Pasando al papel del Parlamento, Spinelli observaba polemicamente: «El Consejo (de ministros) atribuye al Parlamento, en los siete u ocho casos en que se ha decidido que el voto no sea por unanimidad, el derecho (¡escuchad, escuchad!) de ser consultado dos veces, en lugar de una sólo y de saber que sus peticiones serán sólo acogidas por unanimidad, cosa que el Consejo puede hacer ya ahora porque puede por unanimidad cambiar como quiera el texto que tenga a la vista.»

Después Spinelli concluía con amargura: «Honrables colegas, cuando votamos el proyecto de tratado para la unión os recordaba el apólogo heminwayano del viejo pescador que capturó el mayor pez de su vida, vió como lo devoraban los escualos y llegó al puerto con la raspa del pescado. Nosotros también hemos llegado ya al puerto y también sólo con la raspa del gran pez. El Parlamento no debe por este motivo ni resignarse ni renunciar. Hemos de prepararnos para salir otra vez y temprano a mar abierto, provistos de los mejores útiles para capturar el pez y protegerlo de los escualo.»

Si la amargura del viejo Spinelli, que veía concluir con una pesada, aunque no definitiva derrota, el sueño federalista que había constituido el *life-motive* de su vida, es plenamente compartible, como lo es también su lucido e implacable análisis de las arrugas del Acta Unica, resulta necesario sin embargo librarse de cometer el error de creer que se ha detenido el proceso de integración europea.

2 El proceso de integración según el Acta Unica

El proceso de integración europea, por el contrario, según el programa delineado por los tratados y hasta ahora trabajosamente realizado experimentará una muy fuerte aceleración y alcanzará su ápice vayan realizándose las medidas previstas en el Acta Unica y destinadas a la instauración progresiva del mercado interno (el llamado mercado unico).

Según la norma del artículo 13 del Acta Unica: «el mercado interno comporta un espacio sin frontera internas, en el que esta asegurada la libre circulación de las mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales.»

Es esta perspectiva los principios funcionales del sistema de las Comunidades Europeas, que han dado lugar al régimen de las cuatro libertades (de circulación de las mercancías, de las personas, de las capitales y de los servicios) alcanzan su plena realización e incluso resultan superados.

En efecto, en esta óptica el mercado interno no es más que una simple mercado común concebido según el modelo de la economía liberal, pero se con-

¹ Texto de la ponencia presentada al VIII Congreso de *Magistratura Democrática*, celebrado en Palermo durante los días 28 de octubre a 1 de noviembre de 1988. Escrito en colaboración con A. Scaramuzzino, M. Betti, P. Scelsi y A. Perduca

² Altiero Spinelli *Battaglia per l'Unione*, publicación del Parlamento Europeo, pp 40 y ss

vierte en un espacio sin fronteras, un espacio común, político, económico, social, cultural, que puede ser disfrutado por todos los ciudadanos comunitarios

Estos son los principales cambios:

- 1) eliminación de los obstáculos físicos, además de los jurídicos, que se oponen al tránsito de los ciudadanos, de las mercancías y de los capitales en las fronteras de los Estados miembros: lo que quiere decir pura y simple abolición de las fronteras internas, desaparición de las mismas incluso como barreras físicas:

Para hacer posible en concreto este proyecto será necesario:

- 2) promulgar una detallada disciplina técnica comunitaria para los bienes industriales que asegure la posibilidad de circulación sin restricciones y, al mismo tiempo, trabajar para armonizar las disciplinas nacionales en materia de seguridad, higiene, sanidad pública, protección del ambiente, etc., etc.

En este cuadro será necesario introducir una nueva regulación comunitaria de las sociedades. Además de garantizar la libre circulación de las personas, con la exclusión de todo control y de toda formalidad en la frontera será preciso dictar una disciplina para la aproximación de las legislaciones sobre armas y estupefacientes y en materia de acceso y permanencia de los ciudadanos de terceros países en los Estados miembros.

- 3) Trabajar por la abolición de las fronteras fiscales. Lo que comporta la necesidad para los Estados miembros de homogeneizar la tasa del IVA y de los impuestos indirectos. Tendrá que abolirse el sistema del retorno de los impuestos a la exportación y de las sucesivas imposiciones en el país importador. El IVA y los impuestos indirectos se pagarán exclusivamente en el Estado de producción. Por otra parte, para evitar una posición de privilegio para los países más fuertes como exportadores tendrá que constituirse un fondo de compensación.
- 4) Incrementar los fondos estructurales de la Comunidad. Para contrastar los efectos perversos del régimen de libre circulación de capitales, que tenderá a favorecer las áreas más fuertes en perjuicio de las más débiles económicamente, está previsto un incremento de las inversiones de la Comunidad, orientado a reducir el desequilibrio entre las distintas regiones y el atraso de las menos favorecidas (art. 130 A del Tratado, introducido por el art. 23 del Acta Única), mediante el potenciamiento de los fondos con fines estructurales (Fondo Agrícola de Orientación y de Garantía, sección orientación, Fondo Social Europeo, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, así como mediante la acción del Banco Europeo de Inversiones (BEI). Según el Libro Blanco redactado por la Comisión el 14 de junio de 1985, para el pleno desarrollo del mercado interno será necesario dictar antes de 1992 cerca de 300 directivas que tendrán que ser oportunamente recibidas en los Estados miembros.

Todo esto supondrá que en algunos sectores, en particular el 80 por 100 de la normativa nacional, será de origen comunitario.

En este cuadro la Comunidad Económica Europea se presenta como un sistema en evolución destinado a modificar su propia fisonomía, en el marco de una siempre creciente, y ya irreversible, integración entre los Estados miembros, aunque resulta fácil prever que la secuencia programada podrá sufrir algunos retrasos.

La construcción de Europa está en curso de un modo acelerado, pero la que está naciendo no es la Europa de los ciudadanos, de las libertades individuales, de los derechos sociales, de las instituciones democráticas. El espacio común proyectado corre el riesgo de quedar más que nada en un mercado unificado en el que quepa desplegar la máxima libertad económica, sin que la misma pueda verse limitada por unas robustas estructuras institucionales, capaces de asegurar la participación democrática de los pueblos europeos en la programación de su propia vida en común y unos poderes de control de legalidad eficaces y a la altura de los desafíos que plantea el mercado único. Es preciso, por tanto, someter a examen una serie de nudos estructurales con lo que resulta necesario enfrentarse.

3 Libertad de capitales y poderes de control

El primer problema que se hace evidente es el de la extensión y la eficacia de los poderes de control de legalidad de la autoridad judicial.

La primera observación que cabe hacer al respecto es que nos encontramos en presencia de una objetiva reducción del papel de la jurisdicción como garante de la legalidad.

En el cuadro de la filosofía liberal que constituye todavía el motor del proceso de integración no es una casualidad que la libertad de circulación de capitales tenga precedencia entre las cuatro libertades fundamentales.

En efecto, según la directiva aprobada por el Consejo el mes de junio de 1988, en la primera mitad de 1990 deberá hacerse efectiva la liberalización de los movimientos de capitales en el interior del mercado único europeo.

Se da la circunstancia de que la libertad de circulación de capitales y la correlativa de prestaciones de servicios bancarios, financieros y de seguros, aparte los aspectos de carácter estructural que no resulta posible profundizar aquí (baste pensar en el problema de la relación entre el flujo de capitales y políticas fiscales, en la previsible concentración de capitales en aquellos Estados que ofrecen mayores oportunidades fiscales y en el peligro de acentuar las desigualdades, exonerando a tales fuentes de riqueza de la forma mínima de solidaridad constituida por la obligación de concurrir a levantar las cargas financieras necesarias para mantener los servicios de la colectividad), comportan consecuencias inmediatas, desde varios ángulos, en orden al ejercicio de los poderes de control de la autoridad judicial, que no han sido objeto de la mínima consideración en sede comunitaria. Lo primero que salta a la vista

es el problema de la exigibilidad y eficacia de las investigaciones bancarias y patrimoniales en los procesos de mafia, puesto que el artículo 14 de la Ley Rognoni/La Torre —es obvio— sólo vale para Italia, careciendo de relevancia el hecho de que ya ahora en tales procesos se efectúan investigaciones bancarias en el extranjero sirviéndose de instrumentos de colaboración internacional ya existentes (instrumentos destinados a resultar prácticamente inutilizables, una vez transformada la dimensión cuantitativa y cualitativa de las investigaciones). Pero también incluso en temas de justicia menor y ordinaria se plantean particulares problemas de concreta practicabilidad de las actuaciones jurisdiccionales.

Dos ejemplos tomados de la experiencia judicial son particularmente ilustrativos:

- a) En las investigaciones dirigidas a determinar el efectivo crecimiento de las rentas empresariales o de trabajo autónomo de un sujeto y, por consiguiente, la eventual diferencia con la declarada al fisco, el examen de la documentación bancaria se ha manifestado como un instrumento precioso para apreciar el nivel de riqueza disfrutada por el contribuyente investigado. Es evidente, sin embargo, que tal instrumento únicamente puede utilizarse con éxito si la autoridad judicial que se sirve de él opera en un contexto en el que se encuentre definido el número de las instituciones de crédito a las que recabar informaciones y si estas últimas tienen la obligación de colaborar.

La apertura sin más y sin previsión de algún tipo de canalización de las operaciones transnacionales y sin la predisposición de fórmulas de interacción entre las autoridades investigadoras —judiciales o no— haría inactuables ambas condiciones de practicabilidad de la investigaciones.

- b) Un típico expediente para la ocultación de parte de las rentas producidas consiste en la simulación contable de costes, obtenida mediante la adquisición de documentos falsamente acreditativos de cesiones de bienes o prestaciones de servicios a título oneroso, con la colaboración de terceros complacientes. Normalmente la determinación de la inexistencia de una causa real subyacente a tales documentos, se alcanza mediante la constatación de las características económicas, productivas, organizativas, etc., del sujeto emisor de los mismos.

Un mercado europeo actuado en plena libertad paralizaría cualquier iniciativa de la autoridad nacional frente a movimientos aparentes de bienes y/o servicios entre agentes económicos de dentro y fuera del Estado, susceptibles de control eficaz solamente por parte de un sistema informativo comunitario.

Se ha creado, por tanto, una situación en la que el control de legalidad en materia de delitos económico-financieros y de hechos ligados a la gran criminalidad organizada esta destinado a verse fuertemente debilitado y el papel de la jurisdicción penal objetivamente reconducido al angosto recinto del control poco menos que exclusivo de la desviación marginal.

No se ha previsto ninguna intervención en el programa para completar el mercado interno con vista a garantizar la operatividad y la eficacia de los controles judiciales, ni siquiera bajo el perfil de la aproximación de las legislaciones, como no sea la adopción de una directiva en materia de extradición (dirigida a simplificar los correspondientes procedimientos), problema —en definitiva— secundario³

Esta situación de debilitamiento del papel de la jurisdicción —obviamente— no es sólo un problema que interese a la Magistratura italiana, sino que afecta a todos los países miembros; de aquí la posibilidad y la necesidad de llegar a una iniciativa política concorde y unitaria en sede europea, aprovechando el cauce de coordinación creado por MEDL (*Magistrats Europeenes pour la Democratie e les Libertes*), y abriendo un fructífero diálogo con las fuerzas progresistas europeas.

4 La crisis de la Ley y la crisis en la Ley en el ordenamiento jurídico comunitario

Se hace evidente, en segundo término, la crisis de la Ley, de las fuentes de producción jurídica en el ordenamiento comunitario que, aunque había madurado ya antes del Acta Única, en el nuevo sistema alcanza una potencialidad explosiva.

El proyecto de completar el mercado interno conlleva un extraordinario desarrollo cuantitativo de la legislación comunitaria, al que corresponde un relevante salto de cualidad debido a que en sectores cada vez más extensos y determinantes de la vida económico-social está destinado a crecer el peso específico de la legislación comunitaria hasta ocupar el puesto del 80 por 100 de la normativa nacional. No se trata solamente de ocuparse del control comunitario para la prevención del afta epizoótica o de las condiciones sanitarias para la producción y el comercio de los moluscos y los crustáceos. La normativa comunitaria se extenderá a la legislación sobre armas, estupefacientes, derecho de asilo y situación jurídica de los prófugos, englobará casi toda la legislación nacional en materia de sanidad, seguridad e higiene de productos industriales, constituirá la base de toda la disciplina relativa a la protección del ambiente, pondrá a punto un nuevo derecho mercantil y tributario.

Esta nueva situación tensará al máximo y hará entrar en crisis la teoría, aceptada por la Corte Cons-

³ Si en materia civil está en gestación un «proyecto preliminar de convención relativa a la competencia jurisdiccional y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial» que debería establecerse entre los países integrados en la CEE y en la EFTA (cfr. el texto correspondiente en *Documenti Giustizia*, n. 3-4/1989), en tema de asistencia penal no se ha previsto nin-

guna innovación, ni en el marco de la CEE ni en otros, permaneciendo todavía esta materia regulada por la Convención Europea de Asistencia Judicial en Materia Penal, suscrita en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y por el Protocolo Adicional a la Convención Europea de Asistencia Judicial en Materia Penal, también suscrita en Estrasburgo, el 17 de marzo de 1978

titucional italiana, de los dos ordenamientos (nacional y comunitario), como sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por los tratados⁴. Esta teoría aún cuando, en su completa elaboración, ha tenido el mérito de aproximar Italia a Europa y de resolver un peligroso conflicto jurisprudencial con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, frente al masivo crecimiento de la legislación comunitaria, esta cada vez más destinada a asumir un carácter de *factio iuris* y no puede dar razón de la progresiva alteración del sistema de fuentes de producción normativa. Y es precisamente éste el sector en el que es más estridente lo que se ha definido como el déficit democrático de la Comunidad.

Ahora bien, en un espacio de pocos años, sectores cada vez más amplios de la vida económico-social de los pueblos europeos están destinados a ser regulados por una normativa proveniente de un órgano, el Consejo (de Ministros), que no está plenamente legitimado en el plano democrático en cuanto no es expresión directa de la soberanía popular y no responde directamente de su actuación frente al pueblo soberano, mientras se llega al absurdo de que el órgano parlamentario, expresión directa de la voluntad popular, tiene únicamente derecho a ser consultado dos veces en las pocas materias en que el Consejo no decide por unanimidad.

Así, es precisamente en el marco europeo donde probablemente se realiza el sueño de los teóricos de la gobernabilidad tecnocrática y neoautoritaria, con la creación de un poder legislativo completamente en manos del ejecutivo (más bien de los ejecutivos nacionales) y totalmente desvinculado de las trabas y los fastidiosos obstáculos del régimen parlamentario. No se ha equivocado Craxi al afirmar que la abolición del voto secreto en la Cámara (debilitando el papel del Parlamento) nos aproxima a Europa.

Otro factor de deslegitimación democrática de la función legislativa del Consejo deriva del hecho de que, salvo pocas excepciones se ha mantenido el principio de unanimidad. Esto podría representar una cláusula de salvaguardia de la soberanía nacional, pero, en realidad se resuelve en una forma de debilitamiento democrático de ese legislado porque con este sistema las decisiones, en definitiva, resultarán adoptadas por el Estado que disienta, titular

del poder de veto, que impondrá sus decisiones a los demás.

Si se tiene en cuenta que en este momento el Estado siempre potencialmente disidente es la Inglaterra de Margareth Thatcher, el cuadro desolador que resulta es que un puñado de conservadores ingleses orienta una normativa que debe valer para todos los pueblos de la Comunidad.

5. La crisis de la Ley comunitaria y la crisis del juez

El juez ordinario, desde el primer momento, ha sido llamado a desempeñar un papel de primer plano en la construcción de Europa como consecuencia de que la Comunidad Europeas sobre todo un ordenamiento jurídico cuya vigencia efectiva está en función de la medida en que los jueces nacionales den aplicación directa a sus normas, inaplicando las nacionales eventualmente en conflicto

En este cuadro es claro desde hace ya tiempo, merced a una larga elaboración de la *Corte Costituzionale* que las normas provenientes del ordenamiento comunitario, los reglamentos comunitarios (y, a nuestro juicio las directivas de inmediato cumplimiento), ocupan un puesto privilegiado en el sistema de fuentes en cuanto que el derecho comunitario: «debe aplicarse siempre, tanto si sigue como si precede en el tiempo a la leyes con el incompatible»⁵. Por otro lado tampoco la normativa de rango constitucional en conflicto puede constituir un obstáculo al desarrollo de nuestro ordenamiento del derecho comunitario, salvo la posibilidad, del todo remota, de una violación «de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o de los derechos inalienables de la persona humana.»⁶

Por tanto, el juez debe aplicar siempre el derecho comunitario, dejando de aplicar, si fuera necesario, las leyes ordinarias, aún posteriores, renunciando incluso a todo control de constitucionalidad, salvo violación de aquellos principios fundamentales del ordenamiento constitucional que, difícilmente, el ordenamiento comunitario podría lesionar.

En el debate jurídico producido a partir del Congreso de Rimini⁷ sobre el eterno tema de la legitimación democrática de los poderes del juez, se ha puesto bastante en evidencia la crisis de la ley y por consiguiente de la relación juez/ley⁸, pero también

⁴ Esta teoría fue originariamente elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que fijó sus perfiles fundamentales en la sentencia Costa/Enel de 15 de julio de 1964, completandola en su desarrollo en la Sentencia Simmenthal del 8 de marzo de 1978 (Pueden consultarse ambas resoluciones en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, números 20, pp. 1127 y ss., y 21, pp 130 y ss.: en los dos casos en traducción y con comentario de J Manrique Cfr asimismo: D Ruiz Jarabo: «Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas»; en varios autores: *Iniciación al estudio del derecho comunitario europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1984, pp 196-199 y 211-231) (N del t)

La relación entre ambos ordenamientos se ha considerado una relación de integración, dado que el comunitario está destinado a integrarse en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, la *Corte Costituzionale* italiana discrepa en este punto, pues en su sentencia 174/84 afirma que las nor-

mas derivadas de la fuente comunitaria «continúan siendo extrañas al sistema de las fuentes internas»

⁵ *Corte Costituzionale*, Sentencia de 8 de junio de 1984, n. 183. (Puede verse referencia a esta sentencia en D Lopez Garrido. *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo* Tecnos Madrid, 1986, pp 113 116) (N del t.)

⁶ *Corte Costituzionale*, Sentencia de 27 de diciembre de 1973, n. 183 (Puede verse referencia a esta sentencia en D Lopez Garrido, op. y loc. cit.) (N. del t.)

⁷ Se hace referencia al VII Congreso Nacional de *Magistratura Democrática*, celebrado en Rimini durante los días 1 al 4 de mayo de 1986. Las actas se encuentran recogidas en el volumen *Transformazioni sociali e ruolo della magistratura Democrazia e cultura della giurisprudizione*, Maggioli Editore, Rimini, 1988. (N del t.)

⁸ Cfr. Salvatore Seneo: «Democrazia, sovranità popolare e giurisprudizione», en *Questione Giustizia*, n. 2/1987.

se ha reafirmado el carácter básico de la sujeción del juez a la ley⁹, como anillo de enlace irrenunciable entre soberanía popular y ejercicio de la jurisdicción¹⁰ y por lo consiguiente como momento fundamental de legitimación democrática de los poderes del juez.

Ahora bien, en una situación de creciente deslegitimación democrática de la función legislativa, es evidente que se produce (o quizás se acentúa) una crisis de legitimidad también del poder jurisdiccional.

La crisis latente de la ley comunitaria está destinada por eso a explotar, afectando de lleno al sistema de legitimidad de la jurisdicción.

También bajo este último perfil la crisis no concierne y no se refiere solamente a la magistratura italiana, sino que es un problema de la jurisdicción en todos los países miembros. De aquí la consiguiente necesidad de encontrar un terreno común de acción con la magistratura de los demás países europeos en la lucha para superar el *déficit democrático* del proceso de integración europea, que nos transtorna, tanto en Berlín como en Roma, en Madrid como en Amsterdam.

6. La aplicación del derecho comunitario

Sería, sin embargo, totalmente erróneo reaccionar frente a esta situación oponiendo *resistencia* a la penetración de la normativa comunitaria con el uso exasperado del formalismo jurídico. El ordenamiento comunitario llama al juez, como se ha visto, a ejercer un papel de gran responsabilidad en la construcción de la integración europea. Y este papel está destinado a verse potenciado en la presente fase de actuación del Acta Unica. Basta tener presente que las cerca de 300 directivas que tienen que aplicarse y dictarse en los próximos cuatro años, difícilmente podrán ser siempre y prontamente recibidas en la legislación nacional. Serán inevitables los retrasos, sobre todo en las materias de gran relevancia económico-social, como la protección del ambiente y la tutela de los consumidores, donde la insuficiente legislación italiana ha ido siempre a remolque de la comunitaria. Por ello, el problema de la aplicabilidad directa de las directivas comunitarias¹¹ por parte del juez nacional saldrá al limbo de las abstracciones doctrinarias para confrontarse con la cotidiana experiencia jurisprudencial. Y por consiguiente el juez se verá llamado a colocar muchos ladrillos en la construcción comunitaria y a concluir responsablemente a la actuación del proceso de integración europea. Proceso al que desde luego nosotros no haremos oposición, aún cuando nos toque diagnosticar sus profundas limitaciones para poder reaccionar frente a ellas.

⁹ Cfr. E. Pacciotti «Observazioni sul rapporto giudice-legge», en *Questione Giustizia*, n. 2/1987, así como L. de Ruggiero «La legittimazione del potere del giudice in Italia», en *Questione Giustizia*, n. 1/1988.

¹⁰ Cfr. D. Gallo «Spunti per una riflessione in materia dcnsi dello Stato di diritto, legittimità del giudice e nuovi movimenti», en S. Mannuzzu-F. Clementi (eds.), *Crisi della giurisdizione e crisi della politica, Studi in memoria di Marco Ramat*, Franco Angeli Milano, 1988, pp. 252 y ss.

7. Conclusiones

Examinando más a fondo el «ratoncillo» de que hablaba Spinelli, resulta que es en realidad un gigante, aunque, valga la expresión, un gigante-niño.

En este momento esta en curso un grandioso proceso constituyente, las cartas están aún sobre la mesa y la partida por jugar, porque el mediocre compromiso de Luxemburgo no puede soportar la prueba de la historia. Lo que queda claro es que el conflicto no se plantea entre quienes quieren y quienes no quieren a Europa. En el fondo el Acta Unica no realiza la no-Europa, sino una cierta idea de Europa, de la unificación *económica* de Europa que es funcional a la dirección *profética* de la nueva derecha y que tiende a reducir drásticamente el área del Estado social y del Estado de derecho, en la línea del gastado eslogan: «menos Estado y más mercado¹²».

En esta situación sería ilusorio buscar la salvación volviendo atrás.

Ahora ya no es posible salvar la soberanía nacional (y por consiguiente la democracia) en un sólo país. Los procesos de mundialización del poder económico, político y militar, el carácter dramático de la relación norte/sur del planeta, el peligro de catástrofe ecológica que a todos incumbe, hace tiempo que han roto las fronteras.

Por eso Europa si no adquiere una nueva identidad colectiva la perderá para siempre.

No es posible en la actualidad practicar una política exterior autónoma cuando desde nuestras bases (como de las inglesas) parten los bombarderos americanos que van a descargar sobre Trípoli; ni es posible tutelar con autonomía la seguridad nacional cuando en el cielo de Ustica¹³ un avión civil fue abatido por un misil lanzado desde un avión militar y un sistema militar supranacional impone un impenetrable secreto de hecho, para impedir la identificación de los responsables, que el Estado italiano no está en condiciones de superar; ni es posible defender la integridad de la biosfera italiana, ni la calidad de las aguas del mar territorial, ni actuar a nivel nacional para cambiar la relación norte/sur.

No seremos desde luego nosotros los que nos oponemos a la desaparición de las fronteras entre los pueblos europeos, por el contrario, lo celebraríamos.

No tiene sentido por eso oponerse a la integración económica europea, aunque estamos convencidos de que ese proceso puede llevar consigo desequilibrios regionales. Sin embargo, hemos de ser conscientes de que el espacio común europeo no puede y no debe ser tan solo el espacio de los ca-

¹¹ Cfr. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia Sace, de 17 de diciembre de 1970.

¹² No por casualidad Margaret Thatcher, en una intervención en el congreso del Partido Conservador descartó incluso a largo plazo, la hipótesis federalista, ratificando el carácter solamente *económico* de los acuerdos comunitarios. Cfr. *La Repubblica*, 15 de octubre de 1988.

¹³ Cfr. «Caso Ustica ¿Quién disparó el misil?», *El País*, 1 de octubre de 1989 (N del T).

piales o de los factores de producción, sino que tiene que convertirse en una casa común que pueda ser dignamente habitada por todos los ciudadanos europeos; ha de llegar a ser también un espacio común de la jurisdicción que pueda ejercitar de manera independiente y eficaz el control de legalidad del ejercicio de los poderes, función esencial en un ordenamiento democrático: un espacio común de sólidas instituciones democráticas y representativas que aseguren el pluralismo social en todas sus expresiones y garanticen la prosecución de aquel ca-

mino de libertad, fraternidad e igualdad, iniciado hace ahora 200 años en el corazón de la civilización europea.

Parafraseando a Spinelli cabe decir que debemos prepararnos para salir un vez más y temprano a mar abierto, pertrechados con los mejores medios para pescar un proyecto de instituciones democráticas europeas y para protegerlo de los escualos del neoliberalismo torvo y autoritario.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBÁÑEZ)

ACTIVIDADES DE LA M.E.D.L.

El pasado día 30 de septiembre, se celebró en Bruselas la anunciada Asamblea General de la *Asociación de Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades* (M.E.D.L.) a la que concurrieron tres miembros de *Jueces para la Democracia*. A esta reunión asistieron representaciones de los distintos sindicatos, asociaciones y grupos de jueces y fiscales que forman parte de la asociación europea; en concreto acudieron miembros de los colectivos de magistrados de Italia, Portugal, Holanda, República Federal Alemana, Francia, Bélgica, Grecia y España. Precisamente la incorporación formal de la *Asociación griega de Magistrados por la Democracia y las Libertades* fue aprobada en esta reunión, puesto que las actividades desarrolladas hasta el momento por los compañeros griegos en M.E.D.L. se habían realizado a título de invitados.

Del conjunto de temas tratados en la Asamblea hay que destacar dos: la renovación parcial del *Bureau* —constituido por el Presidente de la Asociación, dos Vice-presidente y Tesorero— y la aprobación de una moción sobre la situación del poder judicial en Colombia con motivo de la asistencia a la reunión de Antonio Suárez, presidente de la Asociación colombiana que reúne a los jueces y demás funcionarios judiciales de ese país (ASONAL JUDICIAL).

Siguiendo la línea ya discutida en la reunión de París de septiembre de 1988, se eligió como nuevo Presidente de M.E.D.L. a François Guichard, miembro del *Syndicat de la Magistrature*, quedando el Presidente saliente, Christian Wettinck como coordinador de la revista de la Asociación que está en proyecto. Por otra parte, se apuntó la conveniencia de cubrir una de las vicepresidencias, que había quedado vacante por el paso de Guichard a la presidencia, proponiéndose por los compañeros del *Sindicato de Magistrados del Ministerio Público* que esa vacante fuera ocupada por el miembro del Consejo de Administración de la Asociación *Jueces para la Democracia*. La propuesta fue aprobada por la Asamblea, de manera que el *Bureau* o secretariado queda constituido en la actualidad por François Guichard —presidente—, Salvatore Senese —Vice-presidente, miembro de *Magistratura Democrática*—, Ana Pérez Tórtola —Vice-presidente por *Jueces para la Democracia*— y Heinz Stotzel —tesorero, por la R.F.A.—.

Antonio Doñate dio cuenta a la Asamblea de la actividad hasta hora desplegada por la Comisión de nuestra Asociación de Relaciones con Latinoamérica y en particular del encuentro con compañeros latinoamericanos que tuvo lugar en nuestro último Congreso de San Sebastián, en el que se aprobó un primer documento de intenciones que se incluye a

continuación, así como de las gestiones realizadas por la propia Comisión, fruto de las cuales había sido precisamente la presencia en la reunión del compañero colombiano Antonio Suárez, quien expuso la dramática situación que atraviesa su país en los últimos años y las especialmente penosas circunstancias que rodean la actividad judicial en Colombia (ver artículo publicado en *El País* el pasado 3 de Octubre). Esta última intervención motivó la necesidad de articular un decidido apoyo a la magistratura y a todos los componentes del poder judicial colombiano para que el ejercicio de la actividad jurisdiccional pueda ser realizado en condiciones de independencia y libre de coacciones y amenazas, materializadas hasta el momento con un saldo de más de doscientas cincuenta víctimas sólo dentro del colectivo judicial. Ese apoyo se concretó en la misma reunión a través de la redacción y aprobación por unanimidad de una moción, a cuya difusión internacional se comprometieron todos los asistentes, y que se incluye a continuación.

MOCION DE APOYO A LA MAGISTRATURA COLOMBIANA APROBADA EN LA ASAMBLEA GENERAL DE M.E.O.L.

1.1. ASONAL JUDICIAL de Colombia, que agrupa a 17.000 miembros entre jueces, fiscales y funcionarios de justicia de dicho país, fue invitada por *Jueces para la Democracia* de España, para informar sobre la situación del Poder Judicial en Colombia, con ocasión de la Asamblea General de la Asociación de *Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades* (MEDL) celebrada en Brusela el 30 de septiembre de 1989.

1.2. Se ha puesto en conocimiento de la asamblea que de 1980 a julio de 1989, 220 miembros de la función judicial han sido asesinados, decenas de otros reciben diariamente amenazas de muerte y algunos ven como son asesinados sus pariente más próximos.

1.3. Estas prácticas criminales originariamente no tenían ligazón con el tráfico de drogas, pues estaban vinculadas a la lucha contra el terrorismo y las actuaciones del ejército o de grupos paramilitares. La guerra abierta por el gobierno colombiano a instigación de los U.S.A., únicamente ha venido a acentuar tales prácticas: 20, miembros de la función judicial han sido asesinados desde el 1º de enero de 1989.

2.1. Según el análisis de la asociación colombiana compartido con la asamblea general de MEDL, el estado de sitio próximo a guerra civil en que se encuentra el país, coloca a la función judicial colom-

biana entre la espada y la pared en perjuicio de las cualidades de independencia y eficacia indispensable para el mantenimiento de un Estado democrático:

- Así, de una parte, pese a su rol de guardianes de la legalidad en un estado de derecho, los magistrados y funcionarios de justicia están obligados a aplicar una normativa de emergencia cuya conformidad con normas internacionales protectoras de los derechos humanos y su propia constitucionalidad son criticables. Y el mismo Tribunal Supremo está siendo objeto de presiones oficiales en el ejercicio de control de constitucionalidad.
- Y de otra parte, el estatuto y las indignas condiciones de trabajo de los magistrados y funcionarios de justicia así como los irrisorios medios materiales proporcionados por el Estado hacen imposible su protección frente a las amenazas y ataques físicos que les dirigen, no solamente la mafia de la droga, sino también la criminalidad ordinaria y de grupos paramilitares infiltrados hasta el seno del ejecutivo.

2.2. MEDL reafirma con la asociación colombiana que el mantenimiento continuo de un estado de emergencia favorece la desnaturalización de la función del juez como garante de la paz civil por medio del derecho.

2.3 MEDL aprueba las iniciativas tomadas por las asociaciones nacionales de Portugal (S.M.P.P.) y de España (J.p.D.) y manifiesta su apoyo sin reserva al difícil combate que llevan los magistrados y funcionarios judiciales colombianos para proteger la independencia, la dignidad de su función y los principios del estado de derecho, al mismo tiempo que intentan reprimir la delincuencia organizada en cualquiera de sus manifestaciones.

2.4. MEDL interesa del gobierno colombiano que adopte con urgencia las medidas materiales adecua-

das para salvaguardar el derecho a la vida y a la integridad de los miembros de la función jurisdiccional, así como la que proporcione a la magistratura colombiana los medios necesarios para ejercer plenamente su actividad con dignidad.

Bruselas, 30 de septiembre de 1989

DOCUMENTO DE INTENCIONES*

En la ciudad de San Sebastian (España), a los veinticuatro días del mes de junio de mil novecientos ochenta y nueve, se reúnen los Magistrados y funcionarios judiciales de diferentes países europeos y latinoamericanos que firman al pie, que, compartiendo además un compromiso para desarrollar los valores e ideales de la democracia en el seno y en la actuación concreta de estos poderes, expresan la necesidad de crear, desarrollar y reforzar vínculos de mutua cooperación, apoyo y solidaridad, tanto a nivel de operadores judiciales en forma individual, a nivel de las asociaciones nacionales formadas o a formar se bajo estas mismas inquietudes y compromisos.

A tal efecto, se comprometen a explorar canales de asociación, intercambio cultural y apoyo recíproco tendientes a promover y facilitar la difusión de los principios democráticos y pluralistas en sus distintos sistemas judiciales, asegurar la independencia interna y externa de sus integrantes, su reclutamiento y su adiestramiento sin condicionamientos ideológicos o de extracción social, establecer sistemas adecuados de autogestión, promover una mayor conciencia de la función judicial en la tutela y protección efectiva de los derechos humanos y la realización sustancial y no formal de los valores y garantías constitucionales en el marco de un Estado de Derecho.

* Suscrito por Antonio Doñate (*Jueces para la Democracia*), Domenico Gallo (*Magistratura Democratica*, Italia); Antonio Cluny y Rui Bastos (*Sindicato dos Magistrados do Ministerio Publico*, Portugal); Gachuche Lacoste (*Syndicat de la Magistrature*, Francia y MEDL), Cristina Camiña y Julio Virgolini (*Agrupacion para*

la Justicia Democratica, Argentina), Nubia Serrano, Sneider A. Ribera y María del Rosario Gonzalez (*Asociacion Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional*, Colombia), Marta Salinas (Nicaragua), Antonio Carlos Villuen (Brasil), Julio Cesar Borges y Daniel Pererira (Uruguay)

APUNTES*

● Argumentos reversibles

Aquella noche. *Tribunal Popular* abordaba la iniciativa despenalizadora del tráfico de drogas prohibidas.

El debate transcurría, como siempre, en un marco judicial claramente norteamericano, dentro de los moldes del más puro *trial show*. Imposible saber si semejante puesta en escena es debida a desorientación jurídica de los responsables del programa, a colonización cultural, o a ambas cosas a la vez.

Los argumentos eran tópicos y perfectamente predecibles.

Algo, sin embargo, llamó la atención. En vísperas de la hasta ahora, última reforma del tratamiento juridicopenal del narcotráfico, en marzo de 1988, se adujo, para justificar el endurecimiento de las penas conminadas, la inaplazable necesidad de reprimir aquel comercio, con la mayor severidad. Tanto el Ministerio del Interior como la Fiscalía General del Estado y los gestores del Plan Nacional contra la Droga repitieron, hasta la saciedad, que existía una patente relación de causalidad entre el consumo y el tráfico de drogas ilegales y el incremento de las cifras de la criminalidad.

Los movimientos descriminalizadores dieron, perspicazmente, la vuelta a la argumentación. Si la prohibición genera delincuencia, y su eficacia es más que dudosa, quizá sea hora de ensayar otras vías alternativas, combinando prevención y despenalización.

Las instancias que acaudillan la cruzada contra la droga se aprestaron de inmediato a reelaborar la legitimación polítocriminal de su empresa. Así, ahora se precisa que la incesante pleamar del crimen no está determinada, mayormente, por el uso y comercio de aquellas sustancias prohibidas, sino por estados previos de marginación que conducen a ellos y al delito. Con la mayor frescura, se ha invertido —por razones estratégicas— el inicial sentido de la relación factorial entre droga y delincuencia.

Este cambio de rumbo reclama una coherente profundización en el análisis de las causas estructurales generatrices de esas enormes bolsas de marginación, caldo de cultivo de la drogadicción y del crimen. Los resultados podrían ser auténticamente subversivos. Los cruzados contra la droga habrían abierto la puerta a las más radicales corrientes de criminología crítica, de inspiración marxista.

Seguramente no llegarán a tanto. Las cruzadas suelen quedarse a medio camino. Pero, al menos, en materia de diseño ideológico, esta temporada, la

moda de España ha lanzado un bonito modelo: el argumento reversible. ¿A qué espera para ponerse-lo...? ¡Es tan original y tan cómodo!

● Aviso a los navegantes

Luis Carandell recogió la anécdota —real o imaginada— en su memorable *Celtiberia Show*. El Consejo de Administración de una importante Sociedad Anónima se hallaba reunido. En medio de una borrascosa discusión, uno de sus miembros logró hacerse escuchar, e imponer cordura. «Es absolutamente necesario —parece ser que dijo— que tomemos de una vez para siempre el acuerdo de no volver a hablar de la forma en que ganamos las primeras quinientas mil pesetas...».

A la muerte del General Franco, la clase política emergente aceptó un parecido acuerdo tácito, que permitió que todo cambiase, y, a la vez, que la mayoría de los auténticos beneficiarios del viejo autoritarismo disfrutaran de un lugar al sol en la naciente democracia formal. Al fin y al cabo, se trataba de un relevo dentro de una misma clase social, y, como razonaba zumbonamente *Manolito Goreiro*, el entrañable amigo de *Mafalda*, «entre bueyes no hay cornadas».

He aquí, sin embargo, que, en los hervores previos a la convocatoria de elecciones generales —y de algunas autonómicas— un avispado tuvo la ocurrencia de recordar que cierto conocido político conservador había sido destacado colaborador de un franquismo que aplicó la pena capital, sin el menor empacho, cuando lo tuvo por conveniente.

La iniciativa del improvisado inquisidor no fue —no podía ir— más allá. Su generalización habría puesto en apuros a más de una personalidad instalada en los más altos escalones de la pirámide institucional del Estado.

Con todo, la reacción del político aludido encierra su moraleja. Como niño sorprendido en falta, replicó que él nunca había sido juez ni fiscal. Por lo visto, el tanto de culpa había que cargarlo, exclusivamente, en la cuenta de otros; de los magistrados y fiscales que intervinieron en los procesos que concluyeron con aquellas ejecuciones, que ensangrentaron repetidamente el mismo régimen que el interpelado había servido tan eficaz como complacientemente.

Tamaña desfachatez —no exenta de un deje de cobardía— debería hacer reflexionar a cuantos

* Sección a cargo de la Redacción.

miembros de la Judicatura y de la Fiscalía (y —¿por qué no?— de cualesquiera otras instituciones) participaron alguna vez en la represión franquista.

Sus patronos de antaño se niegan, ahora, a asumir su cuota de responsabilidad por el trabajo sucio que aquéllos realizaron tan aplicadamente.

Al final, ninguna Roma paga a sus sicarios. El único, justo precio que éstos reciben, a la postre, es la infamia.

- **Lo procesal no quita lo cortés**

El Juzgado de Instrucción número 2 de Cuenca dirige a *los imputados* una comunicación que, por ejemplo, en caso de detención con denuncia de malos tratos, es del tenor siguiente:

«Esta Ud. incurso en las Diligencias Previas... por un posible delito de...

Se le ingresa en prisión en calidad de detenido y se le pondrá en libertad el día...

Su juicio, se celebrará aproximadamente dentro de... meses.

Su abogado, si no designa Ud. otro, es D. Fulano de Tal, con teléfono ..

Se abren diligencias por los posibles malos tratos en comisaría».

Y a *los denunciantes*, en el supuesto de sobreseimiento provisional de las diligencias por falta de autor:

«El pasado día de... formuló Ud denuncia ante la Comisaría de policía de esta ciudad.

Como consecuencia de la misma se siguen Diligencias Previas numero... de este Juzgado.

Al no haberse podido encontrar a los autores de los hechos, se ha procedido al archivo de las diligencias, sin perjuicio de que si apareciesen se reanudarían y se le avisaría.

Atentamente»

(Firma el titular)

DOCUMENTOS DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Conclusiones del Congreso Extraordinario de *Jueces para la Democracia* sobre el Proceso Penal (San Sebastián, 22-24 de junio de 1989)

Sobre proceso y control social

Existe una indudable vinculación entre la ordenación institucional y el sistema procesal penal. Las diversas modificaciones procesales no han logrado la plena instauración de los nuevos valores constitucionales en la justicia penal en general, y tampoco en el proceso penal.

Esta disfuncionalidad ocurre tanto en el marco normativo, como también en la efectiva actividad/inactividad punitiva.

De hecho, el proceso penal resulta funcional a una política de control social donde es evidente la supremacía de las exigencias punitivas sobre las de respeto a las garantías de libertad, como criterio inspirador de las relaciones individuo/Estado.

Sin embargo, el proceso ha de usarse como una palanca de transformación del ordenamiento. Ha de tener una función propulsiva del cambio democrático. El Juez no debe ser un obtuso aplicador de la Ley, sino un censor y crítico del ordenamiento para procurar adecuarlo progresivamente a las expectativas individuales y sociales que apuntan los valores democráticos, valores de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos.

Ahora bien, y en su actual configuración, el proceso penal español funciona en la inmensa mayoría de los supuestos como un instrumento que es, en sí mismo, directamente penalizador y dirigido a las capas sociales de marginación.

Se olvida que el proceso no tiene una naturaleza meramente adjetiva, sino sustantiva en la medida en que según se adopte una u otra opción, se estará condicionando en definitiva una determinada forma de control social.

La falta de efectividad del instituto procesal, tanto en el ámbito de las garantías como en el del legítimo interés general en la represión del fenómeno delictivo, mayor todavía en relación con las conductas de fuerte reprochabilidad social (delincuencia organizada, contra intereses colectivos, con implicaciones del aparato del Estado), constituye un factor de

quiebra de la legitimidad del poder judicial.

Esta circunstancia es tanto más grave cuando permite a otras instancias de poder desviar unas críticas de las que solo ellas podían ser sus adecuados destinatarios.

Algunas consecuencias de lo anterior son especialmente llamativas:

— La falta de un debate contradictorio sobre la decisión de sometimiento a juicio del imputado de un delito, lo que permite la aplicación de la denominada «Pena de banquillo», aplicada en virtud del solo hecho de mediar acusación y un control judicial, no sin límites, pero carente del previo debate y audiencia del acusado.

— El gran protagonismo que, de manera más o menos disimulada, tiene la actividad investigadora, previa al debate en público, en la sentencia.

Sobre la necesidad de reforma del proceso penal

Las sucesivas reformas legislativas y los criterios que, aun sin traducción normativa, son de obligada atención por su consolidación en la doctrina del Tribunal Constitucional (acusatorio en juicio de faltas, contradictorio en la fase intermedia de los sumarios ordinarios, indefensión por falta de citación, denegación de tutela ad limine etc...) han hecho perder coherencia al sistema vigente, el cual debe ser replanteado racionalmente en su totalidad.

Esa falta de coherencia se manifiesta asimismo en la superposición de ámbitos competenciales de Juez y Ministerio Fiscal, cuando no de inadecuada jerarquización. Así a ambos se les encomienda la investigación previa a la fase de juicio y, en tal concurrencia de funciones no se duda en afirmar que la investigación judicial se hará «bajo la inspección» del MF al cual el Juez está «obligado» a dar cuenta del inicio de «su» investigación.

A partir de este análisis se propone como conclusión la siguiente:

1. Es incuestionable la necesidad de la reforma del proceso penal unida, sin duda, a la reforma siempre aplazada del derecho penal sustitutivo. Las mencionadas incoherencias que la última reforma propicia, quizás interesadamente, hacen preciso e ineludible, que el papel del Juez y del MF, quede claramente definido atendiendo al marco constitucional en que ambas figuras se mueven.

Para ello se estima necesario propiciar un profundo estudio de las diversas experiencias comparadas, tanto en su vertiente orgánica como procesal, con objeto de hacer posible una seria reforma de nuestro ordenamiento. En este esfuerzo habrán de resultar implicados todos los sectores de profesionales interesados.

Resulta especialmente disfuncional a estos objetivos de racionalidad y coherencia la política legislativa que prescinde de un modelo global de la totalidad de la justicia penal, ámbito más extenso que el ocupado por él proceso.

Es imprescindible asimismo establecer los nuevos criterios de definición del antijurídico penal y de las respuestas penales a las conductas reprochadas, con la consiguiente traducción procesal, con imposición de pautas de conducta entre las alternativas a la pena.

2. El papel de la policía en el proceso penal sigue teniendo una relevancia hipertrófica, que la última reforma ha tratado de potenciar. A esto se añade su cada vez mayor incidencia extraprocesal mediante actuaciones masivas de *represión preventiva*, que son judicialmente incontrolables y rechazables, puesto que funcionan como medio de *criminalización y control rigurosamente autónomo*.

3. El Ministerio Fiscal *depende objetivamente del Gobierno*. Esta dependencia, debida a su actual estatuto, hace de él una institución inadecuada para «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad» (art. 124.1 Constitución Española) y para ser valedora de los derechos de los ciudadanos, sobre todo respecto de quienes desempeñan cargos de responsabilidad política o ejercen funciones de algún relieve en el ámbito del Ejecutivo.

4. El Ministerio Fiscal en su actual situación no puede ver reforzadas sus competencias en el ámbito del proceso sin que ello vaya en perjuicio del principio de igualdad de las partes en el mismo.

5. Se reclama para quienes tienen recomendado el ejercicio de la acción pública un estatuto de independencia real y sometimiento exclusivo al principio de legalidad, sin perjuicio de los mecanismos de responsabilización.

6. Debe garantizarse un control jurisdiccional efectivo en cualquier manifestación, actual o futura, de lo que se conoce como «justicia pactada»; que sólo debe darse en el ámbito del principio de legalidad.

7. Debe garantizarse un ágil y diferente funcionamiento del sistema de recursos contra aquellas resoluciones judiciales que, en fase de instrucción, significarán limitación de derechos fundamentales; garantizando su inmediata resolución. En especial en

el caso de la prisión provisional la resolución no podrá demorarse más allá de 72 horas, y el órgano decisorio del recurso contra esa resolución deberá ser distinto de aquel que hubiera acordado la prisión provisional y/o deba fallar la causa.

8. Deberá abordarse con la misma urgencia la dotación de instrumentos *culturales y técnicos* que permita a los Jueces y Fiscales enfrentarse con eficacia a la *criminalidad económica y ecológica*, y que garanticen la efectividad de las resoluciones judiciales dirigidas a la tutela de los intereses colectivos o difusos que aquella criminalidad vulnera. En consecuencia, se considera oportuno que las causas que enjuicien las conductas punibles referidas sean objeto de señalamiento preferente por parte de los Juzgados y Tribunales; así como dada la complejidad que su conocimiento entraña, se instrumenten mecanismos de especialización o compensación en el reparto de los asuntos de que se conozca en esta materia.

9. Se propone a quienes forman parte de *Jueces para la Democracia* y, en general, a los componentes de la Magistratura y de la Fiscalía de este país que hagan efectivo, con decisión, el derecho a «un proceso público sin dilaciones indebidas» (art. 24.2 de la C.E.), en aplicación del principio de «vinculación constitucional más fuerte».

Asimismo, se insta a las instituciones implicadas a que remuevan los obstáculos que, con carácter estructural, limitan el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en orden a la plena efectividad del derecho a la tutela judicial, en la línea mantenida de forma reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; entendiendo que el régimen de garantías aludido es extensible a todo el proceso penal y, por tanto, también a la fase de ejecución de sentencias.

Sobre principio de contradicción y ministerio fiscal

1. El principio de contradicción lleva consigo la exigencia de la igualdad de las partes en el proceso.

El Ministerio Fiscal, cualquiera que sea su estructuración, es, desde el punto de vista procesal, una parte que asume el ejercicio de la acción penal.

No sería admisible, por no ser respetuoso con el principio de contradicción, que toda la actividad pública previa al juicio oral fuera asumida por una de las partes.

2. No solo las garantías inherentes al «derecho al juicio justo» sino también el interés público, que tanto satisface la acusación como la defensa, exige una actividad instructora llevada a cabo por un órgano procesalmente situado inter partes, pues solo de esta forma se dará la posibilidad real de que el material instructorio sirva no solo para la acusación, pública o privada, sino también para la defensa.

En este sentido, resulta relativamente indiferente si el MF despliega o no actividades investigadoras. Lo fundamental es que, en una fase procesal previa a la decisión sobre la apertura del juicio oral, se despliegue una actividad pública a instancia de parte e incluso de oficio, tendente a aportar los elementos

en que puedan basarse la o las acusaciones y la defensa, actividad a la que venimos llamando instrucción y que solo puede llevarse a cabo por un órgano procesalmente imparcial, el Juez.

Jurado, prueba, ejecución de la sentencia penal

Se aprobaron, en algún caso con leves modificaciones, las ponencias sobre *jurado, prueba y ejecución de la sentencia penal*, todas ellas publicadas, junto con el resto de los materiales preparatorios, en el volumen *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, motivo por el que no se reproducen en este lugar.

Igualmente fueron objeto de aprobación por el Congreso las siguientes mociones específicas:

Sobre turno de oficio y justicia gratuita

La actual provisión funcional del turno de oficio y asistencia al detenido en el seno de las competencias de los Colegios de abogados supone por sus resultados genéricos uno de los ejemplos más claros de incumplimiento del mandato constitucional de tutela efectiva del Artículo 24 CE.

El IV Congreso de *Jueces para la Democracia* exige la inmediata regulación de la asistencia y defensa letrada en la justicia gratuita en base a los siguientes criterios:

1. Control público de la asistencia y defensa letrada en la justicia gratuita tanto en lo referente a la designación como en el control de calidad.

2. El turno de oficio y asistencia debiera ser obligatorio para todos los letrados ejercientes en la especialidad y en el ámbito territorial, sin perjuicio de

las acciones motivadas de renuncia a la defensa.

3. Debe tenderse a medio plazo a la instauración del derecho del justiciable a la elección de abogado en el turno de oficio. Esta opción ha de quedar condicionada a la remuneración suficiente del mismo.

En favor del defensor público

Jueces para la Democracia constata en la práctica diaria la vulneración del derecho de defensa del justiciable con la actual estructura de la defensa de oficio penal.

Denunciamos que la interpretación que se está haciendo en esta materia va en contra del derecho de defensa al no llevar a la práctica que el defensor que por primera vez asista al imputado continúe durante toda la tramitación del proceso, salvo designación de otro por el interesado.

Tal realidad obliga a *Jueces para la Democracia* a pedir la modificación del actual sistema de defensa de oficio penal, introduciendo la figura del defensor público.

Sobre ejecución de sentencias

La ejecución seguirá correspondiendo al Tribunal sentenciador, no obstante las facultades que en orden al control del cumplimiento de las penas privativas de libertad atribuye la Ley General Penitenciaria al infrautilizado Juez de Vigilancia Penitenciaria cuyo monopolio en el control de la pena se reclama a fin de hacer efectivo un verdadero control judicial de la misma y asimismo conseguir por esta vía el anhelo que supone el principio de individualización personal en el ámbito penitenciario.

**EL PAGO EN METÁLICO
DE LA LEGÍTIMA
DE LOS DESCENDIENTES**

Andrés Domínguez Luélmo

**LOS DELITOS RELATIVOS
A DROGAS TÓXICAS,
ESTUPEFACIENTES
Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS**

José Luis Díez Ripollés

**CABIDA Y CALIDAD EN LA
COMPRVENTA DE BIENES
INMUEBLES**

Manuel Medina de Lemus

**LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES
CONTRACTUALES**

Regina Gaya Sicilia

**EL INCUMPLIMIENTO DE LAS
OBLIGACIONES**

Ángel Cristobal Montes

**EL RECONOCIMIENTO
DE DEUDA**

María del Carmen Gete Alonso

**LA CONMUTACIÓN
DE LA LEGÍTIMA**

Carmen López Beltrán de Heredia

**DERECHO DE ARBITRAJE
INTERNO E INTERNACIONAL**

Antonio M^a Lorea Navarrete

**EL ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL**

A. Calvo Caravaca
y L. Fernández de la Gándara

LIBERTAD Y DIVISIÓN DE PODERES

Ratael de Agapito Serrano

EL PODER JUDICIAL

Perfecto Andrés Ibáñez
y Claudio Movilla

TERRORISMO Y DERECHO

Juan Terradillos Basoco

**LA APLICACIÓN DEL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
EN ESPAÑA**

Carlos Fernández de Casadevante

CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Manuel Aragón Reyes

**LA ORDENACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA DEFENSA**

Roberto Blanco Valdés

CONSTITUCIÓN Y PROCESO

Vicente Gimeno Sendra

**LOS DERECHOS DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

Ramón María Ferrer Peña

**LUGAR DE CELEBRACIÓN Y DE
EJECUCIÓN EN LA CONTRATACIÓN
INTERNACIONAL**

Miguel Virgós Soriano

**GARANTÍA POR INSOLVENCIA
PÚBLICA EN LA DELEGACIÓN
Y EN LA CESIÓN**

Jacinto Gil Rodríguez

LA MENTIRA SOCIAL

Ignacio Gómez de Liaño

GRUPO ANAYA

tecnos

EDITORIAL TECNOS
Josefa Valcarcel, 27 - 28027 MADRID
Teléf. 320 01 19

De venta en las principales librerías
Solicite catálogo al apido 14632 Ref. D. C. 28080 MADRID
Comercializa **GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S. A.**
Ferrer del Rio, 35 - 28028 MADRID - Tel. 564 34 12