

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**A. Jorge Barreiro**, La ley, los jueces y el «caso Naseiro». **R. Bergalli**, Cuestión droga: los límites de un *manifiesto*. **J. E. Soriano**, Expropiaciones en Extremadura. **J. López Barja de Quiroga**, Proceso penal y lucha de clases. **J. A. Estévez Araujo**, Jurisdicción: definición y criterios de legitimidad. **M. Carmona Ruano**, Infracción administrativa y presunción de inocencia. **M. Atienza**, Argumentación jurídica y huelga de hambre. **M. J. Agra**, Huelga de hambre en prisión. **J. A. Gimbernat**, Ética y huelga de hambre. **J. Jiménez Villarejo**, Una anómala legitimación. **F. Zubiri de Salinas**, Un supuesto de abuso de posición procesal. **S. Senese**, Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos. **R. W. Sweet**, Política antidroga en USA: un punto de vista crítico.

En este número: María José Agra, *profesora titular de Ética*, Universidad de Santiago de Compostela.  
Manuel Atienza, *catedrático de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante.  
Roberto Bergalli, *profesor titular de Derecho Penal*, Universidad de Barcelona.  
Miguel Carmona Ruano, *magistrado de lo Contencioso-Administrativo*, Sevilla.  
José A. Estévez Araujo, *profesor titular de Filosofía del Derecho*, Universidad de Barcelona.  
José A. Gimbernat, *miembro del Instituto de Filosofía del CSIC*. Madrid.  
José Jiménez Villarejo, *presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo*.  
Alberto Jorge Barreiro, *magistrado*. Audiencia Provincial de Madrid.  
Jacobo López Barja de Quiroga, *magistrado del Gabinete Técnico de la Presidencia del Tribunal Supremo*.  
Salvatore Senese, *magistrado de la Corte de Casación*. Italia.  
José Eugenio Soriano, *catedrático de Derecho Administrativo*. Universidad de Extremadura.  
Robert W. Sweet, *juez federal*. Nueva York.  
Fernando Zubiri de Salinas, *presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza*.

**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>Págs.</u>
<b>Debate</b> .....	3
— <i>La Ley, los jueces y el «caso Naseiro»</i> , Alberto Jorge Barreiro.	
— <i>Cuestión droga: los límites de un manifiesto y la necesaria profundización del debate</i> , Roberto Bergalli.	
— <i>Expropiaciones en Extremadura</i> , José Eugenio Soriano.	
— <i>El proceso penal y la lucha de clases</i> , Jacobo López Barja de Quiroga.	
<b>Estudios</b> .....	15
— <i>La jurisdicción: definición y criterios de legitimidad</i> , José A. Estévez Araujo.	
— <i>Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia</i> , Miguel Carmona Ruano.	
<b>Dossier: Huelga de hambre de los «grapo», derecho y ética</b> .....	31
— <i>La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los «grapo»</i> , Manuel Atienza.	
— <i>Sobre la huelga de hambre en prisión</i> , María José Agra.	
— <i>Consideraciones éticas en torno a la huelga de hambre de los «grapo»</i> , José Antonio Gimbernat.	
<b>Teoría/práctica de la jurisdicción</b> .....	43
— <i>Una anómala legitimación (artículo 111 de la L. O. 11/1987)</i> , José Jiménez Villarejo.	
— <i>La audiencia al demandado rebelde y el recibimiento a prueba en segunda instancia: un supuesto de abuso de posición procesal</i> . Fernando Zubiri de Salinas.	
<b>Internacional</b> .....	50
— <i>Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos</i> , Salvatore Senese.	
— <i>Política antidroga en USA: un punto de vista crítico</i> , Robert W. Sweet.	
— <i>Uruguay: «Scaltritti Celso contra el Estado» (La tortura ante los tribunales de justicia)</i> .	
<b>Apuntes</b> .....	70
— <i>Pontevedra: fiscal acusica.</i>	
— <i>El Consejo se divierte.</i>	
— <i>... y se equivoca.</i>	
— <i>Fiscal general del Estado: los buenos van al cielo.</i>	
— <i>La supercuenta del BBV.</i>	
— <i>Placeres los de la carne.</i>	
— <i>Jeroglífico.</i>	

# DEBATE

## La Ley, los jueces y el «caso Naseiro»

Alberto JORGE BARREIRO

Si bien el artículo 14 de la Constitución establece que todos los españoles son iguales ante la Ley, todo da a entender que unos son más iguales que otros, o al menos pretenden serlo. Tal es la conclusión que se extrae de las actitudes, reacciones y comentarios vertidos por algunos grupos políticos, corporaciones profesionales y medios de prensa con motivo de la investigación judicial de un presunto delito de cohecho, el conocido como «caso Naseiro». Con el fin de intentar aclarar el confuso panorama, parece conveniente realizar algunas breves apostillas a los aspectos jurídicos más cuestionados de la actuación judicial y a la motivación y problemática de fondo que late en las críticas difundidas.

Los reproches del principal partido de la oposición se han centrado en cuatro puntos fundamentales: la incomunicación de los detenidos, la imposición de abogados de oficio, las escuchas telefónicas y la posible incompetencia del juez que instruyó la causa.

Pues bien, iniciando nuestro análisis con el tema de la incomunicación, resulta muy significativo que los preceptos que la regulan —artículos 506 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— se remonten al año 1882, sin que hayan sido, pues, modificados en más de un siglo de vigencia. La finalidad esencial de este estado transitorio dentro de la privación de la libertad siempre ha sido garantizar el éxito de la instrucción sumarial, evitando que el presunto culpable se concierte con terceras personas para destruir posibles pruebas o alterar el resultado de la investigación.

Esta medida restrictiva del detenido no ha sido ni siquiera cuestionada en cuanto tal en los debates parlamentarios acerca de la modificación del artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —Ley Orgánica 14/1983—. Ni los diputados del hoy Partido Popular ni los de ningún otro grupo político problematizaron en el debate de Comisión ni en el Pleno sobre la facultad judicial de acordar la incomunicación. Sin embargo, lo que parecía correcto y adecuado desde hacía más de un siglo para la investigación delictiva ha sido conceptualizado de repente como un procedimiento aberrante y medieval. Ha bastado para ello que fueran detenidos varios integrantes del partido mayoritario de la oposición y que sufrieran sobre sus carnes una incomunicación para que se tildara a nuestra vieja Ley de desecho inquisitorial.

Y es que quizá la única piedra de toque adecuada para comprobar la naturaleza inquisitorial de una ley sea un imputado perteneciente a un grupo político, dada la debilidad que sentían los colegas de Torquemada por los delitos de opinión.

También se ha insistido de manera reiterada en la inadecuación de la medida por excesiva, esgrimiéndose que se investigaba un delito de escasa entidad y que acordar la incomunicación era desproporcionado. Es posible que a los compañeros de los denunciados les parezca de poca enjundia el hecho de que unas personas que dirigen y administran los intereses de los ciudadanos a nivel estatal y municipal hablen de percibir lucrativamente cientos de millones de pesetas de empresas particulares por adjudicar contratos de obras y licencias, así como de financiar la vida política y los peculios propios con esos procedimientos, corrompiendo todo un sistema democrático. Lo que hay que preguntarse es si el elector piensa lo mismo. Claro que los que defienden aquella postura son los que suelen argumentar que la sustracción de un radiocassette crea inseguridad ciudadana, mientras que la venta de licencias y contratos sería una travesura de colegial rebelde.

A la hora de acordar una incomunicación el juez ha de ponderar la complejidad de la investigación, la facilidad de los denunciados para ocultar pruebas y el poder que detentan para bloquear la marcha de las pesquisas y su resultado. Y parece de elemental sentido común que, ante unos denunciados con relevante poder político y fáctico, y con indicios de una trama complejamente organizada, pudieran prepararse connivencias obstaculizadoras de la investigación y hacer desaparecer elementos de prueba. De ahí que no se muestre excesiva ni extralimitada una cautela como la incomunicación.

En cuanto a la legalidad y corrección de la medida de asignar obligatoriamente abogado de oficio y excluir al letrado particular, el artículo 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro. Como también lo es la sentencia del Tribunal Constitucional 196/1987, de 11 de diciembre, que declaró la constitucionalidad del precepto, resolviéndose así las dudas que desde su promulgación concurrían al respecto.

Sobre este extremo llama mucho la atención la pintoresca interpretación que el presidente del Con-

sejo General de la Abogacía ha dado de la sentencia del Tribunal Constitucional. Para ello, y con el fin de no caerse al vacío en su ejercicio funambulesco, se ha intentado agarrar a la barandilla del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo cual la caída ha sido desde mucho más alto y la bofetada, obviamente, mayor. Pretendía el señor Pedrol Rius —quizá mal ilustrado por interesados asesores— convencernos de que a los denunciados del «caso Naseiro» no les era aplicable el artículo 17 de la Constitución, sino el 24, por lo que tampoco cabía la aplicación del artículo 527 de la Ley Procesal Penal ni, consiguientemente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Para ello argumentaba que los denunciados en el momento de prestar declaración en el Juzgado ya no eran meros implicados, sino que detentaban prácticamente el status de acusados, a los que procedía aplicar el artículo 24 de la Constitución, que conlleva la elección de abogado particular.

El señor Pedrol rompe así con el trinomio denunciado-procesado-acusado, tradicional ya en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien hoy reducido en el procedimiento abreviado al binomio denunciado-acusado, e intenta catequizarnos con la idea de que una persona recién detenida y presentada ante un Juzgado de Instrucción comparece como acusado y no como denunciado. A tal efecto, esgrime la probabilidad de que el juez acabará dictando auto de procesamiento. Olvida el señor Pedrol que cuando una persona es presentada como detenido en un Juzgado de Instrucción —y a no ser que nos hallemos ante una detención ilegal—, suelen concurrir indicios racionales de culpabilidad con respecto a un determinado delito. Ello no quiere decir que estemos ante un acusado. Simplemente se trata de un denunciado detenido sobre el que, una vez comprobados judicialmente los indicios policiales, pesará una inculpación formal del juez instructor o un escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

Es posible que el presidente del Consejo General de la Abogacía, sabedor del mal funcionamiento del turno de abogados de oficio, intentara limitar en lo posible la restricción del nombramiento particular de letrado. Pero probablemente hubiera sido más práctico que, en vez de gastar fuerzas inútiles en juegos malabares de hermenéutica, comprobara el número de letrados de oficio que entran en Sala sin haber hablado siquiera con sus defendidos; las inasistencias de letrados a juicios; la indefensión que produce el cambio de abogado de oficio de una instancia a otra; y, en fin, la auténtica desprotección de oficio que padecen los enjuiciados insolventes y los motivos del desprestigio de ese turno de defensa.

También resulta muy ilustrativa y esclarecedora la contradicción que se aprecia entre la actitud adoptada por el partido mayoritario de la oposición en el debate parlamentario del artículo 527 de la Ley Procesal Penal y la defendida cuando tuvo el problema en casa.

En tal sentido vamos a recoger (sic) algunas de las palabras pronunciadas por el diputado José María Ruiz Gallardón en la Comisión Constitucional del Congreso: «Abundando en las opiniones que se han dado, y que hago mías en lo sustancial, por parte del representante del grupo socialista, hay que to-

mar en consideración, a nuestro juicio, otro dato también muy significativo y es la finalidad última de esta ley. La finalidad última de esta ley es garantizar al ciudadano una determinada asistencia que está perfectamente reconocida en el artículo de la ley. Pero conviene no olvidar que es un principio, que debemos todos admitir, el de no entorpecer, en ningún caso ni en ningún supuesto, la acción de la justicia.»

La postura no fue otra en los debates del Pleno, donde solamente los diputados del Grupo Nacionalista Vasco y del Grupo Mixto mantuvieron sus enmiendas al artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, oponiéndose a la imposición obligatoria del abogado de oficio para los detenidos incomunicados.

Se ha criticado también la intervención telefónica a través de la que se descubrieron las conversaciones que implicaban a los denunciados en un presunto delito de cohecho. Los representantes del Partido Popular entienden que la intervención se otorgó para investigar un presunto delito de tráfico de drogas, desviándose después la investigación irregularmente hacia aquel otro delito. Con ello parecen dar a entender que no es factible legalmente comprobar ni averiguar una posible conducta delictiva conocida en el curso de una investigación de hechos diferentes. Lo cuerdo y lo legal, sin embargo, es todo lo contrario. Cuando aparece un nuevo hecho delictivo, el juez debe ampliar la investigación a la nueva conducta ilícita, y si no actuara así incurriría en responsabilidad por omisión. Por ello, la actitud jurisdiccional correcta del juez instructor es prorrogar la intervención y extenderla en lo necesario, una vez que se le pone al tanto de los nuevos hechos. El entrar en elucubraciones acerca de si la Policía tardó unos días en comunicar la presunta nueva infracción al juez competente, no sería más que extender una cortina de humo que oculte la verdad de fondo.

Al hilo de este último aspecto, los dirigentes del Partido Popular afirman que se infringió el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, infracción que apoyan en una posible predeterminación policial a la hora de elegir un juez de guardia concreto para presentar el nuevo atestado, y también en una supuesta aplicación incorrecta por el juez de las normas de reparto.

O sea, que los políticos populares que llevan años blandiendo el estandarte de la independencia judicial y exigiendo —de boca para afuera, al menos— el máximo respeto a las decisiones judiciales, parece ser que ahora distinguen entre varias clases de jueces y vienen a insinuar la posibilidad de que con otro juez instructor diferente era posible que la cosa no llegara a tanto, como si cifraran la inexistencia del delito en la actuación de un juez que se encogiera de hombros ante unas conversaciones telefónicas que causan rubor ajeno.

Los representantes del grupo mayoritario de la oposición y cierta prensa afín han expuesto en público sus cavilaciones y sospechas acerca de la actuación policial, y han barruntado —no sin cierta lógica de fondo— acerca de una posible «mano negra» que les haya pillado «in fraganti» comiendo el queso dentro de la ratonera. Parece, pues, que ciertos sectores conservadores comienzan a percatar-

se por experiencia propia de la importancia de la fase preprocesal del juicio penal. Y es que no es lo mismo ser sujeto activo que pasivo del aparato policial, pues todos sabemos quiénes seleccionan los sujetos pasivos del proceso penal y qué clase de delitos se persiguen y cuáles no.

Con todo, lo más preocupante del «caso Naseiro» es el enfoque de fondo que le han dado los dirigentes del Partido Popular a la incoación de un procedimiento contra miembros relevantes de su grupo. Por un lado, se viene a aceptar implícitamente, y ante la evidencia de las conversaciones telefónicas, la existencia de un sector descontrolado que hace y deshace sin conocimiento de los jefes del partido. De ello se derivan disensiones y rencillas internas. No obstante, a la hora de encarar la gravedad del problema ante el ciudadano, adoptan la actitud de rebelarse contra el proceso abierto, la aplicación de las leyes y el juez que instruye, designando el caso —farisaicamente— con el nombre del instructor.

Desde luego no parece una postura muy ética la tomada por parte de unos representantes del pueblo español. Al fin y al cabo nos hallamos ante unos hechos de notoria gravedad, pues no puede calificarse de otra forma la patrimonialización de parte del Estado que, presuntamente, pretendían llevar a cabo los denunciados. El ciudadano se queda perplejo ante unos representantes que hablan de adoptar trascendentes acuerdos para la comunidad en base al criterio de pasar o no por el aro de la entrega de sustanciosas sumas de dinero destinadas a los intereses particulares de un partido y de sus miembros. Las licencias y las contrataciones de obras de miles de millones de pesetas no se concederían de acuerdo con los intereses de la sociedad, sino con los del patrimonio de unos cuantos. Que ello corrompe todo un sistema democrático y afecta también al bienestar diario del ciudadano, resulta incontestable. Por ello, la preocupación de un representante del poder legislativo debería centrarse en meditar si tales conductas se hallan suficientemente penadas en el código español. Si un delito de cohecho, con las penas que conlleva y con las notorias lagunas y deficiencias que ostenta en su regulación —véase como ejemplo el artículo 392 del texto punitivo—, tutela debidamente los bienes jurídicos vulnerados por hechos como los denunciados.

Pero no, los representantes legislativos no enfocan la problemática desde ese ángulo, sino que obvian la entidad de las conductas investigadas, y en lugar de tratar el tema de su posible sanción a efectos de evitar nuevos supuestos similares se rebelan contra el procedimiento encaminado a su persecución. Su razonamiento consiste en que «como esta vez nos han pillado, hagamos los agujeros del filtro

procesal más amplios para que la próxima vez no nos cojan».

Unos parlamentarios que cuando se discutió toda la problemática del artículo 527 de la Ley Procesal Penal en el Congreso asintieron con manga ancha a todo el tema de la incomunicación y de la imposición de letrado de oficio, se preocupan ahora, siete años más tarde, de la dureza de esas leyes, a pesar de que ya en su momento se habló que se trataba de imponer medidas excepcionales en la legislación común. Probablemente pensaron en aquel instante que los nuevos preceptos de la incomunicación se les iban a aplicar nada más que a los marginados de siempre, a los que como ya están incomunicados socialmente no pueden ser ya sensibles a una nueva incomunicación judicial.

Es indudable que una nueva reforma procesal que regulara los supuestos de incomunicación, excluyera la imposición de letrado de oficio, paliara con una normativa específica la práctica orfandad legislativa en que se hallan las intervenciones telefónicas, y ampliara el control judicial de la actuación de la Policía en la fase preprocesal supondría un avance democrático en el ámbito del proceso penal. Ahora bien, lo que debe tener claro el ciudadano es que esas pretendidas reformas no se van a llevar a cabo pensando en él, sino que sus representantes políticos las han planteado cuando se vieron cohibidos y limitados por las propias normas que habían aprobado. Ni cuando discutieron la reforma del año 1983, ni cuando hablaban por teléfono acerca de supuestos cobros de licencias y contrataciones, ni ahora, cuando proponen avanzadas reformas procesales, ha estado presente el interés de la ciudadanía, y mucho menos de los sectores más necesitados.

Y es que una cosa es la ley formal y otra muy diferente los intereses de la voluntad general que deberían plasmarse en ella. Como distinto es también el mínimo democrático que aparece cumplimentado con la unción electoral formalizada cada cuatro años y la democracia real o sustancial del día a día.

Mucha tinta se ha vertido sobre el interrogante de quién juzga a los jueces. Después del «caso Naseiro» habrá que preguntarse acerca de quién se atreve a investigar y encausar a un representante político, máxime con lo poco generosos que se muestran a conceder suplicatorios (ver sentencia del TC de 22-VII-1985).

Las elucubraciones que hemos ido haciendo nos conducen a desvelar cuál ha sido el auténtico error del juez que instruyó el «caso Naseiro»: entender —pecando quizá de ingenuidad— que en la aplicación de la ley penal ya no existía la distinción entre los hombres de gran guisa, los franquistas y los siervos, olvido que le llevó a aplicar a los primeros unas leyes procesales aprobadas para los últimos.

## Cuestión droga: los límites de un *manifiesto* y la necesaria profundización del debate

Roberto BERGALLI

Algunos meses después de su firma, he sido destinatario de un *Manifiesto por una nueva política sobre la droga*. Este documento fue subscripto por 35 juristas reunidos en un «Encuentro sobre alternativas a la actual política criminal en materia de tráfico de drogas», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, el día 2 de diciembre de 1989. Con el envío de tal *Manifiesto* y en el caso que compartiera su contenido, se me solicitaba una adhesión por escrito y una toma de contacto con la Comisión coordinadora del mismo.

Puesto que básicamente estuve de acuerdo con el contenido, envié mi adhesión a quien fuera el remitente del documento. No obstante, al propio tiempo, me permití manifestar algunas reflexiones que entonces me había provocado el llamado *Manifiesto*, formulando, en consecuencia, unas sugerencias y solicitando respuesta a éstas. El documento ha sido, mientras tanto, publicado (véase *Anuario de Derecho Penal*, t. XLII, fasc. III; sept.-dic. MCMLXXXIX, pp. 1187-1191) y mis reflexiones-propuestas no han tenido, por ahora, repercusión alguna; quizá la puedan tenerle mas, mientras tanto, desearía difundirlas no sólo para que sean sencillamente conocidas, sino con el pretendido fin de provocar la profundización del debate que proponía en mi respuesta-adhesión al *Manifiesto* ya público.

1.) El citado encuentro de Málaga fue, por lo visto, una reunión específica de juristas y presumiblemente cerrada a una asistencia de profesores de Derecho Penal y jueces o magistrados especializados en la jurisdicción punitiva y en la ejecutivo-penal (o de vigilancia penitenciaria, en lenguaje legislativo). De hecho, el *Manifiesto* está firmado por 21 de los primeros y por 14 de los segundos, algunos exponentes conspicuos de la asociación *Jueces para la Democracia*. Por lo demás, el título de la convocatoria a tal encuentro estaba desde ya planteando un tratamiento de la «política criminal en materia de tráfico de drogas».

De tales datos, por tanto, era difícil esperar que de la reunión surgiese algo más que un cuestionamiento a dicha política criminal. No obstante, de la lectura del *Manifiesto* puede extraerse la idea que sus subscriptores han pretendido ir más lejos, con lo cual, ciertamente, se advierte una particular sensibilidad —tradicionalmente ausente en los medios académicos y judiciales— por aspectos que se evaden del rígido tratamiento normativista de los temas encarados en el encuentro, propio al tipo de formación que reciben los estudiosos del derecho en la

Universidad y que ha pasado a ser un rasgo característico de la cultura jurídica de nuestro ámbito. Se me podrá alegar contra esto que si el derecho está constituido por normas, es natural que quienes se preparan para tratar con ellas no pueden menos que ser formados en el conocimiento de sus estructuras y de su interrelación con otras semejantes. Pero, más allá de la perogrullada que esta alegación encierra, también ella indudablemente encubre la anomalía cultural que supone el seguir formando a los juristas del siglo XXI sin que éstos sepan indagar sobre los procesos de creación y aplicación del derecho, en los cuales influyen con peso decisivo unas variables que provienen de la estructura económica, de la política y de la cultura de una sociedad y que sólo pueden ser abordadas con categorías e instrumentos que suministra un entramado disciplinario compuesto por la antropología y la psicología social, la economía política, la sociología jurídica, la teoría del Estado, etcétera.

Como se sabe, las perspectivas o abordajes que todas esas disciplinas pueden proporcionar para el conocimiento de la realidad que facilita la producción y empleo de normas jurídicas, están ausentes en la formación de nuestros juristas (también en el de nuestros científicos sociales) y, pese a los reclamos que se formulan para incluir en los planes de estudio de nuestras Facultades de Derecho (ídem en las de Ciencias Sociales y Políticas), un tipo de enseñanza semejante, ellos siguen sin ser satisfechos.

Por tales motivos, los colegas y magistrados amigos que han revelado una peculiar sensibilidad para proponer una nueva política criminal sobre las drogas, deberían hacer esfuerzos semejantes para lograr que nuestros futuros juristas reciban una formación mucho más plural y abierta de forma tal que, a la hora que lleguen a tener una participación de peso en la creación y aplicación de normas, no reflejen las tendencias represivas manifestadas, por ejemplo, en la reforma española de 1988 al Código Penal que el *Manifiesto* en cuestión se encarga de criticar muy acertadamente. Hay que tener en cuenta, en sostén de lo que digo, que la gran mayoría de los firmantes de ese documento —por lo menos de los casos que yo conozco (y creo que éstos constituyen una buena parte de los subscriptores)— son estudiosos y profesionales que han abrevado sus conocimientos no normativos fuera de la Universidad española y que han acrecentado la sensibilidad que destaco en el contacto con otros medios culturales distintos al de nuestras academias.

Estas primeras reflexiones que me fueron provocadas por la lectura del *Manifiesto* no hacen posiblemente parte del fondo de los asuntos que este documento a mí por lo menos me propuso. No obstante, no las creo extemporáneas sobre todo cuando el propio *Manifiesto* pretende abordar ciertos aspectos que intrínsecamente no son de naturaleza jurídico-penal en tema de una «nueva política sobre la droga», aun cuando para concretar esa pretensión únicamente se rozan o más bien se soslayan los terrenos de la economía, de la política y de la cultura de la sociedad española. Me explicaré.

2.) Es verdad que el *Manifiesto* dirige toda su atención a subrayar el fracaso que en España —y en todo el mundo— ha obtenido la acentuación de una política represiva producida en los últimos años. Para ello, recurre a señalar que con esa política no se han alcanzado las metas supuestamente perseguidas, cuales eran erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas; que la droga se ha convertido en un producto muy caro, originando la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón y causando o agravando la marginación social; que, como consecuencia, los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas, mientras los reclusos provenientes de la misma empeoran las condiciones de habitabilidad en las prisiones; que la población en general sufre directamente, tanto el aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga, cuanto las medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia; que el Estado de derecho se ve conmovido ante todo porque la acentuación de la vía represiva no se detiene ante los principios garantistas del derecho penal y, además, porque el poderío económico de los traficantes les permite corromper instituciones esenciales de la democracia, que, asimismo y en otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con tal política represiva resulta notoriamente distorsionada no sólo porque no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada, sino también por cuanto es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad, lo cual genera daños tanto más importantes a la salud (sobredosis y muertes consecuentes, SIDA, hepatitis B, etc.); que igualmente en el nivel internacional son del mismo modo negativo los efectos de la prohibición, pues a través de la cuestionable distinción entre drogas duras y blandas se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental, mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última; que, de la misma manera, se producen nefastos efectos sobre los esfuerzos dirigidos a la prevención pues, por una parte, fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud y, por la otra, permite eludir la responsabilidad de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos; que, finalmente, esa política represiva se limita a la adopción de una intervención-asistencia

centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados— e impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones sociales y privilegia la confusión entre asistencia y control con claros efectos perniciosos.

2.1) Ahora bien, al repetir la exposición de todos estos argumentos empleados por el *Manifiesto* para descalificar la política represiva seguida en España e internacionalmente sobre la droga (así se expresa el documento), he tenido por objeto destacar los límites dentro de los cuales ese escrito ha sido formulado. En un primer momento, no podría discutirse el hecho de que tales límites venían impuestos por el carácter y el marco del encuentro en que se firmó ese escrito y por la condición o profesión de sus subscriptores, aunque éstos, como he querido resaltarlos, han pretendido sobrepasarlos. Pero —y aquí retomo las reflexiones emitidas antes (v. 1.)— a poco que se ahonde en los diferentes aspectos que configuran lo que con propiedad se denomina contemporáneamente como *cuestión droga*, no puede evitarse de aceptar que ella está constituida por otros elementos tanto o más centrales que aquellos exclusivamente jurídicos o, si se quiere, político-criminales e incluso que de los que, por extensión, los subscriptores del *Manifiesto* habrían deseado abarcar.

En efecto, nadie ignora que cualquier impulso legislativo tendente a exacerbar instrumentos penales respecto de las toxicodependencias contribuye en esencia a afirmar una particular cultura de la exclusión y de la punición de todos quienes viven en una condición de malestar social y/o de marginalidad. En el fondo, aunque por lo menos para algunos, con marcada evidencia, el prohibicionismo latente en todo tipo de impulso semejante está revelando una orientación ideológica acorde con unas políticas generales y, particularmente, con una política social negativa propia al modelo de dominación que se está expandiendo universalmente.

Después del *Diktat* del zar William Bennet —alto comisario USA para la *War on Drugs*— decretando la caza de brujas contra todo consumidor de cualquier tipo de drogas y luego de la espectacular alocución televisiva del presidente Bush, en septiembre de 1989 (similar a aquella de Ronald Reagan, el 2 de octubre de 1982), mostrando la papelina de *crack* hallada frente a la Casa Blanca, quedó claro que la «guerra santa» iba a tener una orientación directa a la persecución de los clientes-adictos provenientes de sectores privados de todo tipo de asistencia o intervención social que pudiera paliar los efectos de sus condiciones marginales. Esta nueva estrategia respecto de los toxicodependientes —de todos modos ya diseñada en los tiempos de la crisis energética de 1973, con la implantación del modelo Reagan-Thatcher de políticas restrictivas, el cual se basa sobre una injusta distribución del rédito y se reproduce junto a dinámicas individualistas o de todas maneras antisociales— tuvo una rápida difusión tanto en la periferia como en el centro. Efectivamente ha sido así, pues, por una parte, en América Latina se ha presenciado la expansión de operaciones antidrogas de carácter bélico, proyectadas desde la *Drug Enforcement Agency* (DEA), pero firmemente apoyadas en Washington, con la colaboración de al-

gunos Gobiernos locales, para encubrir el verdadero negocio que supone el mercado interno norteamericano y no intervenir en el reciclaje del narcodivino que realiza la Banca privada. De esta forma se ha llegado a situaciones como la de Bolivia, cuando a mitad de los años ochenta las mayores minas de estaño fueron cerradas por el Gobierno de conformidad con las disposiciones de los bancos internacionales y así 30.000 mineros quedaron en paro. Faltando el trabajo en industrias alternativas, la gran masa de mineros invirtió sus indemnizaciones en la tierra y en la producción de coca; de tal modo que, mientras la política antidroga de Bush declaraba la guerra a la producción de coca, la deuda externa y la política de austeridad generaron nuevos cultivadores de coca (cfr. J. Petras, *Debito, austerità e narcotraffico* en: «Il Passaggio», rivista di dibattito politico-culturale, numero doppio, anno II, nro. 6, nov./dic. 1989 - Anno III, nro. 1, gen./feb. 1990, Roma, 65-69, esp. 65). Pero también se llegó a extremos de verdadera intervención, si se consideran las operaciones de «asistencia» que elementos de la DEA han cumplido en Perú y Colombia o si se analiza en profundidad la invasión de Panamá por 25.000 infantes de la Marina de los Estados Unidos a «sangre y fuego», en diciembre del año pasado, como una operación antidroga antes que como una ayuda para «restaurar» la democracia y desalojar al dictador Noriega (tal como así lo reconoció el propio Melvin Levitsky, subsecretario de Estado para el tema de las drogas, cfr. *El País* del 8-V-90, pág. 11).

Mientras tanto, en el resto del mundo occidental se produjo la transformación de la imagen del adicto como enfermo-dependiente para tratar y curar, en delincuente que se identifica a partir de una posesión de dosis. El proceso de construcción social de semejante imagen tuvo una rápida recepción en Europa. En España, ella ya se adelantó con claridad mediante la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Pero internacionalmente se afirmó con el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra el Narcotráfico, aprobado el 18 de diciembre de 1989, firmado también por España. Ahora, este proceso ha quedado sellado con la ley que acaba de aprobar el Parlamento italiano, mediante la cual todo tipo de adicción (y, en consecuencia, de posesión) se convierte en delito (art. 12), con lo cual claramente se acepta el modelo represivo impuesto desde los Estados Unidos y manifiestamente diseñado sobre políticas sociales restrictivas, las cuales, a su vez, reflejan desarrollos de un modelo económico que supone una gran polarización de la riqueza como de la miseria.

Ahora bien, si el concepto de bienestar común ya no depende entonces de determinadas políticas sociales y si, por tanto, la idea de realización del *Welfare State* se encuentra en crisis permanente, es coherente que la cuestión droga se encare desde meros enfoques prohibicionistas, lo cual, por cierto, no sólo traduce una visión reduccionista de ella, sino que sobre todo impide abordarla en todos sus aspectos, generando así únicamente análisis desde perspectivas unidisciplinarias. De esta manera, la dialéctica prohibición-legalización pasa a ocupar todo el espacio del planeta droga con lo cual se ex-

plica (que no se justifica) la hegemonización del mismo por el discurso jurídico-penal.

2.2) Mas el debate en torno a la cuestión droga es fundamentalmente de carácter cultural y no puede retringirse a alguno(s) de sus aspectos. Ese debate ha sido muy vivo en la sociedad italiana, con motivo de la discusión del proyecto recién convertido en ley a pesar de la polémica que desató dentro y fuera del Parlamento, involucrando no sólo a políticos, sino a todo preocupado por la cuestión social. Sin embargo, no veo que un debate semejante se abra en España, pese a los anuncios, por ejemplo, del ministro de Sanidad para penalizar ciertas formas del consumo público de drogas (cfr. *El País* y *La Vanguardia* de 11-V-90), lo que viene siendo apoyado por Ayuntamientos como el de Madrid (v. *El País*, 14-VI-90) y por algún partido político, como el Partido Popular en Barcelona (v. *El País*, 16-VI-90) o después de la conferencia mundial, celebrada en Londres en el mes de abril pasado y que concluyó con una amplia y ambiciosa declaración (subscrita también por España), en la cual si bien se enfrentaron las distintas estrategias para afrontar el problema, se acabó descartando cualquier tipo de legalización del consumo (v. *El País*, 12 y 13-IV-90, pág. 7). Es verdad que en la segunda mitad de 1989 tuvo una cierta repercusión en la prensa el contraste de posiciones entre unas más permisivas —sustentadas incluso por la mayor organización sindical (Sindicato Unificado de la Policía, SUP, v. *El País*, 18-XII-90) y de las cuales el encuentro de Málaga fue un ejemplo (v. *El País*, 4-XII-90) y otras radicalmente prohibicionistas (cfr., por ejemplo, las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales Socidrogalcohol, *El País*, 10-XII-90, aunque una ponente en ellas llegó a sostener «que el debate actual se ha polarizado en dos posturas contrarias que no conducen a ningún lado», o las más anteriores del propio delegado para el Plan Nacional de Drogas, v. *Legalización, una propuesta que choca frontalmente contra la realidad*, en *El País*, 29-XII-88, que acaba de ratificar recientemente aunque haya definido a la política estadounidense para combatir el narcotráfico como «política de pistola basada en la represión a ultranza, que no resulta», v. *El País*, 9-VI-90). Pero en todo caso, esa atención periodística fue simplemente un reflejo del debate que se estaba produciendo fuera de las fronteras españolas, dentro de las cuales semejante debate (como se acaba de señalar con las citas anteriores) siguió discurriendo por penalizar o no el consumo, es decir, que se mantuvo de modo reduccionista en los límites de una discusión político-criminal.

A mí me parece imprescindible, si de verdad quiere debatirse en torno a la cuestión droga, el profundizar en el choque entre dos concepciones culturales que se expresan sobre ella, pero también sobre otros ámbitos de la vida individual y social de los ciudadanos, antes que manifestarse —aunque se haga con toda seriedad y preocupación— simplemente sobre políticas criminales. La primera de esas concepciones es la que se dirige a afirmar el instrumento de la punición como disuasión para toda conducta que infrinja los juicios morales que controlan la convivencia y el orden social; la otra, es la que aparece orientada por el principio de la autonomía de la

voluntad y de una educación individual, tales como para no propiciar en las personas libres el requerimiento, antes bien el rechazo, de cualquier sugerencia represiva o punitiva. No hay que olvidar que el punto central de un debate como el propuesto es que ese choque cultural no se produce ciertamente en un contexto teóricamente *neutral* del conflicto político y social que hoy se encuentra abierto en España, sino que representará en los hechos —más allá de las intenciones de algunos legisladores— un viático extraordinario para cuantos políticos han venido propiciando, desde hace tiempo (en concordancia con las directivas europeas, de las que las reuniones de los ministros de Interior y Justicia en el denominado grupo TREVI son sus fuentes), unas modificaciones radicales en tema de extranjería y terrorismo. La sinonimia u homogeneidad en el tratamiento europeo de estos últimos temas con la cuestión droga, más allá de la necesaria relación de intervención policial como expresiones de la criminalidad internacional organizada (lo cual ha convertido a España de tierra hospital en frontera exterior de Europa, teniendo que transigir así con las particulares relaciones que la vinculan al Magreb y a Hispanoamérica), excede el enfrentamiento de aspectos como el narcotráfico y/o el blanqueo de los capitales producidos por este negocio e incide en el campo de las grandes batallas por el derecho a una educación laica, libre de toda injerencia autoritaria, autorreflexiva y plenamente respetuosa de la autonomía de la voluntad individual.

2.3) Por último, como se sabe, el decantamiento de la cuestión droga hacia el plano punitivo y la polémica entre legalización o prohibición, la llevan a convertirse en otra «emergencia» con lo cual, otra vez, se destaca como un problema cultural, tal como ha ocurrido con emergencias similares como la del terrorismo en la cual la excepcionalidad penal sólo ha sido cuestionada en España por sus aspectos antigarantistas. Pero, como ya me he permitido decirlo hace algún tiempo (cfr. R. Bergalli, *Emergencia: una cultura específica*; «Presentación» a J. R. Serrano-Piedecabras, «Emergencia y crisis del Estado social-Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación», colec. Sociedad-Estado, número 3, PPU. Barcelona, 1989, I-XVII), una cultura de la emergencia, como cultura específica, se verifica con la intrusión de elementos de origen externo a las condiciones de coherencia y orientación de una cultura que rápidamente alteran la organización de las experiencias y la dirección de los comportamientos de unos individuos insertos en la estructura de una sociedad históricamente determinada (esp. pág. VI). Por eso, es seguramente en el campo del fenómeno toxicodependiente (como uno de los aspectos salientes de toda la cuestión droga) donde más se han revelado en España los dos elementos centrales de una forma de control (o de gobierno) por vía de la «emergencia», cuales son: las decisiones del llamado Plan Nacional de la Droga o las reformas legislativas de urgencia (cuando no de excepción), como la citada Ley Orgánica 1/1989, y las que se anun-

cian, y la puesta en marcha, con sentido autoritario, de sentimientos colectivos que suponen el consenso a todo trance bajo la forma exclusiva y penetrante de las campañas de ley y orden; de la galvanización moderada de estratos, ambientes y categorías sociales, y de una forma de actividad conservadora que, a menudo, tiene como interlocutora a una «mentalidad de izquierda» (esp. pág. XIII).

Todo esto, más la ineptitud de la estrategia concreta y de los órganos dispuestos para ejercer el control, están exasperando la opinión pública hasta el límite de demandar medidas e intervenciones de tipo excepcional (aunque quizá temporalmente se la pueda calmar con macro-operativos policiales y judiciales como el desatado en estos días en que escribo estas líneas, desplegado en Galicia bajo los esotéricos nombre de «Operación Mago», «Operación Rodríguez» o «Nécora»). Debo también citar aquí, como muestra del despliegue de una cultura de la emergencia en España para la cuestión droga, el empleo de categorías o procedimientos inusuales para la investigación policial o judicial, tales como la introducción de la figura del arrepentido-colaborador (como se acaba de verificar en el origen del macro-operativo al que acabo de aludir, el cual se construye con los datos suministrados por un elemento vinculado a la red de narcotraficantes que decidió «colaborar», cfr. «Interior crea una nueva identidad al arrepentido de la operación Galicia», en *La Vanguardia*, 15-VI-90, o como la ha empleado la jurisdicción para rebajar condenas a traficantes colaboradores, cfr. «Rebajada la condena a un traficante que colaboró con la Policía», en *El País*, 15-VI-90, pág. 21), o bien la creación de un servicio de espionaje específico contra el narcotráfico, como el que acaba de proponer el Servicio Central de Estupeficientes de la Policía Nacional (cfr. *El País*, 1-VI-90). Me parece, en consecuencia, que cuanto se está produciendo en España en este plano de la cuestión droga es la constatación de cuanto me adelanté a decir (en *op. cit.*) como producción de una *cultura de la emergencia*.

3.) Las reflexiones que acabo de vertir, y que no son más que una ampliación de las que me permití participar cuando expresé mi adhesión al *Manifiesto por una nueva política sobre las drogas*, tienen por objeto una profundización de los aspectos que apenas rozó o más bien soslayó o que ni siquiera abordó ese documento. Repito que el necesario debate que debe abrirse en España en torno a la cuestión droga debe sobrepasar los límites de un único cuestionamiento a la política criminal, pues, de quedarse encerrado dentro de tales límites —como parece preverlo la realización futura de otros encuentros entre penalistas que se están proyectando—, sin el aporte de otros estudiosos de la sociedad y de los fenómenos culturales que en ella se producen, se continuará consciente o inconscientemente colaborando en la construcción social de la cuestión droga como un problema del que no se desentrañan sus aspectos esenciales y sobre el cual sólo se manifiestan discursos autoalimentadores.

## Expropiaciones en Extremadura

José Eugenio SORIANO

Estos últimos días Extremadura ha saltado a los medios de comunicación, a consecuencia de un grave conflicto entre la Judicatura y la Junta de Extremadura, apoyada esta última por manifestaciones sociales descalificadoras para con los jueces extremeños.

El tema de fondo lo constituye la política expropiatoria emprendida por la Comunidad Autónoma. Y la chispa que encendió la mecha de tales conflictos han sido dos resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, un auto y sentencia, que en opinión de la Junta de Extremadura, frenan su política de reforma agraria y abortan cualquier intento de justicia social en esa región.

Los problemas reales son bien conocidos: una estructura de la propiedad que parece arcaica, acompañada de un evidente absentismo por parte de los titulares dominicales de tales fincas.

Al mismo tiempo, conviene recordar la configuración de la tierra de Extremadura, donde el cultivo tradicional está fundado en la dehesa, que supone una cierta extensión de terreno, además de la existencia evidente de fincas no aptas para otra labor que cierto pastoreo y actividades cinegéticas, por carecer de las más mínimas condiciones de cultivo.

Y como telón de fondo, junto con una actitud reentorista pero muy sentida en esta región por quienes ven en el acceso a la propiedad una conquista secular y justa, una legislación expropiatoria común a todo el territorio del país, que hace abstracción de las condiciones peculiares de esta Comunidad Autónoma en la que la tierra continúa siendo, a diferencia de otras regiones industrializadas, el factor principal de la economía, además, insistimos, de tener una connotación ideológica y psicológica fundamental en ampliar capas de la población extremeña.

Y en medio de todo ello, están los jueces.

Las preguntas son, por tanto: ¿pueden los jueces hacer valoraciones que conecten directa e inmediatamente con las tendencias sociales o han de mantenerse dentro del sistema jurídico? ¿Son intérpretes autorizados del sentir de la población, introduciendo en sus resoluciones valoraciones que conduzcan a un «derecho justo» o han de remitirse al legislador para que sea éste el que realice las transformaciones sociales a través de normas que, éstas sí, sean tenidas en cuenta después por el juez en sus sentencias? ¿Cuáles son los límites de la interpretación judicial, apoyándose en «la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas las normas», como quiere el Título Preliminar del Código Civil (art. 3)? ¿Cuando el artículo 103 de la Constitución somete a la Administración a la ley y al De-

recho, libera a la Administración de la ley injusta o desfasada y vincula, por tanto, al juez contencioso, o por el contrario se trata de sujetar más aún si cabe a la Administración? ¿Han de cumplirse en todo caso las resoluciones judiciales pese a una generalizada actitud de rechazo social? ¿Puede modificarse por voluntad popular el contenido de una sentencia? La interpretación de las leyes y reglamentos ¿ha de ser igual en todas las partes del país o caben interpretaciones distintas de la misma ley según las circunstancias y características de cada región? ¿Puede, con dinero público, producirse una mera transferencia de la titularidad dominical de un propietario a otro, permitiendo el acceso de los arrendatarios a la propiedad del antiguo dueño? ¿Bastaría en tal caso que se entendiera por los poderes públicos que hay un problema social para entender cumplimentado el principio de igualdad, de manera que otros posibles arrendatarios de otras fincas no se consideraran agraviados?

Como se ve, las preguntas no son pocas ni de pequeña importancia. Y no es éste el lugar más adecuado para resolverlas, porque exigiría un trabajo monográfico de notable envergadura.

De otro lado, entiendo que esta modesta aportación tiene como finalidad principal ofrecer información a un sector cualificado de la Magistratura.

De ahí que me voy a limitar a exponer descriptivamente los hechos de estas resoluciones para que sirvan como elementos de un debate entre los propios jueces, y que sean éstos los que saquen las conclusiones oportunas.

Comencemos por el auto de 30 de marzo de 1990.

En dicho auto se acuerda la suspensión del Decreto 13/1990, de 6 de febrero, por el que se «declara de interés social la dehesa "Cabra Alta" del término municipal de Villanueva del Fresno (Badajoz)».

El Gobierno autónomo extremeño pretendía ejecutar inmediatamente la expropiación, al amparo de lo dispuesto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (de 12 de enero de 1973), y del interés social que fue declarado mediante el citado decreto expropiatorio de la Junta.

Impugnado por la parte afectada (la casa de Alba), por entender que no concurría el requisito del interés social, se plantea en primer lugar la petición de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, y la Sala estima esta petición, *sin pronunciarse sobre el juicio de fondo*, sino limitándose a otorgar la medida cautelar en tanto se instrumenta el pleito.

Las razones invocadas por la Sala son tres:

a) El propio carácter cautelar de la medida (exigiéndose en el fallo una garantía bancaria por importe de cinco millones de pesetas para salvaguar-

dar las eventuales responsabilidades por daños y perjuicios en caso de ser desestimado el recurso de la parte actora); b) la doctrina del Tribunal Supremo sobre suspensiones de actos administrativos (art. 122 de la Ley Jurisdiccional, que supera los estrictos cauces del daño de imposible reparación como único elemento a tener en cuenta por el juez, y c) el hecho de que la finca ya estaba ocupada por los propios arrendatarios, que eran los beneficiarios del «interés social», por lo que a tenor del auto, se «excusa modificar la situación». Y añade que «de otro lado, llegado el caso de un desahucio, no instado, consumiría —de llegar— poco más o menos tiempo que la tramitación de este recurso, en atención a lo cual, la Sala estima menos perjudicial la suspensión, pues una ejecución inmediata no añadiría ningún beneficio, ni al interés general ni al social de este grupo de colonos».

En su resolución, pues, lo que en este supuesto hace la Sala es otorgar la medida cautelar, con garantía bancaria, en espera del resultado de fondo del pleito.

No se hace, por tanto, una ponderación completa del «interés social», que será el caballo de batalla final del juicio definitivo. Se limita, pues, la Sala a colocar en *stand by* el pleito, y esperar acontecimientos, bien entendido que en el ínterin los arrendatarios permanecerán ocupando en este título la finca, sin que la propiedad haya instado, al menos hasta ahora, el desahucio. (Lo que originaría otro contencioso-administrativo.)

Veamos a continuación la segunda resolución de la misma Sala, que fue dictada en la misma fecha.

Se refiere esta sentencia a la declaración del interés social, por la Junta de Extremadura, a efectos de expropiación forzosa y urgente ocupación, de la finca Valle de Ibor y Trassierra, situada en el término de Navalvillar de Ibor (Cáceres).

En concreto el recurso contencioso-administrativo fue promovido por una sociedad anónima, titular de la finca, contra la resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura por la que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Decreto 102/88 que declaró, a los efectos señalados, el interés social sobre dicha propiedad.

Los argumentos de la parte actora eran: a) que había realizado fuertes inversiones atendiendo a reiteradas invitaciones del Gobierno extremeño; b) que adquirió la finca libre de arrendamientos, salvo los mínimos de aprovechamientos de ganado cabrío; c) que antes de intentar la compra, fue ofrecida a la propia Junta de Extremadura (en aplicación del derecho de retracto otorgado por la legislación forestal), y que la Junta de Extremadura no contestó al requerimiento ofreciendo la finca; d) que una vez escriturada la finca, solicitó de la Junta, y obtuvo, permiso para acotarla con malla cinegética; e) que realizó obras de acomodación, que de no haberse producido el acto expropiatorio, habrían continuado con plantas cárnicas, hoteles, etc.; f) que la Junta, en definitiva, cambió de criterio frente a su postura inicial, favorable a los intereses de la propiedad.

Por su parte, el Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura contestó a tales recursos, señalando:

a) Que el recurso era inadmisibile, fuera de los ca-

sos de nulidad radical, que aquí no se daban; b) que el interés social estaba plenamente justificado en este caso, al existir un grave problema social no coyuntural, al que la expropiación pondría fin. Concretamente, señalaba que el interés social viene dado «por la transformación que los actuales propietarios quieren hacer de la finca convirtiéndola en un coto de caza, obligando a los cabreros a sacar sus ganados e instalando la ruina en un buen número de familias de esta pequeña localidad de poco más de 600 habitantes»; c) que el acto es legal y que existe presunción en principio de la licitud de los actos administrativos.

La sentencia de la Sala hace hincapié en la relevancia que reviste el «interés social», como causa justificadora del instituto expropiatorio, y que ha de permanecer a lo largo de todo el proceso, so pena de provocar la reversión.

Y a continuación examina si existe tal interés social en este caso.

Señala, en estos términos, la Sala:

«Unos meses antes de la expropiación, la sociedad actualmente dueña de la finca la puso a disposición de la Junta en cumplimiento del artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado, de 10 de mayo de 1941, sin obtener respuesta expresa, aunque implícitamente su silencio era interpretable como de no interesarle, criterio apoyado con los actos expresos de conceder el 26 de septiembre de 1988 el coto de caza sobre la total superficie, previo informe favorable de 15 de julio de 1988, lo que malamente se compagina con que entre septiembre y diciembre —fecha de la expropiación— surgiera el problema social a resolver con la expropiación de lo que tres meses antes se había ofrecido; el brusco cambio del impulso político, pues poco antes, en el I Congreso Internacional de Caza celebrado en la Comunidad, sus gestores, donde participó la Junta, propiciaron la potenciación de la caza como fuente de riqueza por explotar; que ante la política de la Junta, captadora de inversiones, se produjo la compra con su secuela de obras y proyectos empezados a realizar y que la expropiación abortó, pasando del pueblo de Navalvillar a tener de 50 parados en 1988 a 76 en 1989, según certifica el INEM; que según informa el señor alcalde, los vecinos que directamente se ocupan del pastoreo son 15, y en cuanto al acomodo de las cabras, en 1986-87, ninguna pastó en la finca controvertida, siendo 602 en 1987-88, y 424 en 1988-89; que la superficie de ella bastante para pastar un millar de cabras, 16 asnos y de 19 caballos —carga ganadera de la finca, estimada por la Junta como suficiente, sobreseyendo el expediente abierto conforme a la Ley de la Dehesa de la Comunidad— es sobre 415 hectáreas, preferiblemente cerca del pueblo; extensión y ubicación ofrecida por la actora para evitar problemas, y por último, según los dictámenes técnicos, la finca sólo es aprovechable de un modo residual, con cabras, pero su mayor rentabilidad reside en el aprovechamiento del corcho y de la caza, especialmente mayor, los cuales se perjudican con el pastoreo de aquéllas.»

La Sala, a continuación, pondera si en consecuencia está justificado el interés social, frente a la ina-

pelable realidad de que los cabreros, de no otorgárseles el continuar en su pastoreo tradicional, sufrirán evidentemente las consecuencias.

Y señala el Tribunal extremeño:

«La expropiación no soluciona el problema, como demuestra el aumento del paro y que el apoyo a esta explotación residual es contraria a la óptima rentabilidad de la finca, aparte de contradecir —externamente— el Reglamento 3013/89, de 25 de 3 septiembre, del Consejo de la Comunidad Económica Europea que recomienda no fomentar la producción de caprino; pero es que la solución expropiatoria, por su carácter de especificidad, no puede alcanzar a los demás rendimientos no contemplados en la "causa expropiandi", como son, en este caso precisamente los más importantes, no siendo lícito dejar la indeterminación a futuras decisiones, como el consejero de Agricultura tiene manifestado que "ya verá qué se hace con la caza", indeterminación incompatible con la técnica expropiatoria, y mucho más, cuando no se contemplan en la "causa expropiandi."»

Como puede observarse, el juez hace una ponde-

ración de todos los elementos que estima pertinentes, para proceder a continuación a controlar el interés social como elemento justificador de la expropiación.

Aquí es donde puede surgir la discrepancia, toda vez que en el balance de argumentos es donde puede acabar entendiéndose que podría llevarse el punto de equilibrio a un extremo o a otro.

No obstante, insistimos, no es nuestro objetivo analizar esta sentencia, sino ofrecer los elementos para que los lectores lo hagan.

El debate sobre las resoluciones judiciales debe propiciarse, desde luego, por la propia Magistratura. Una vez que la sentencia ha salido de las manos del juez, inevitablemente entra en el proceso político, en la maquinaria política.

No hay que tener ningún temor a estas actitudes, que además son las propias de una sociedad democrática.

El tema está en la forma, el cómo de la crítica, y sobre todo en el objeto criticado.

Que nunca puede ser el juez (al menos en términos personales). Sino su sentencia.

# CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

## NOVEDADES

- |  |                    |  |         |
|--|--------------------|--|---------|
| • <b>LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX VISTA POR SUS CONTEMPORÁNEOS.</b><br>(2 Vols) G. Menéndez Pidal<br>Vol I<br>Vol II  | 6 000,—<br>6 000,— | • <b>TRANSICION POLITICA Y CONSOLIDACION CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLITICOS.</b> A. Rodríguez Díaz   | 1 600,— |
| • <b>ETICA A NICOMACO</b> (reimpresión) Aristoteles Trad. M. Araujo y J. Marias<br>Introd. J. Marias   | 1 200,—            | • <b>PARTIDOS POLITICOS Y CONSTITUCION.</b> Un estudio de las actividades parlamentarias durante el proceso de creación constitucional. M. Ramírez Jiménez | 1 000,— |
| • <b>ESCRITOS POLITICOS.</b> Diderot Trad. e introd. A. Hermosa Andujar  | 1 400,—            | • <b>ESCRITOS POLITICOS Y SOCIALES.</b> Manuel García Pelayo   | 1 500,— |
| • <b>ESCRITOS POLITICOS.</b> Benjamín Constant Trad. e introd. M. L. Sánchez Mejías  | 1 400,—            | • <b>EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.</b><br>Manuel José Terol Becerra   | 1 200,— |
| • <b>LA REPUBLICA DE LOS LACEDEMONIOS Y LA REPUBLICA DE LOS ATENIENSES</b> (reimpresión) Jenofonte y Pseudo Jenofonte Trad. M. Rico y M. Fernández Galiano | 900,—              | • <b>EL VOTO PARTICULAR.</b> Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas   | 1 200,— |
| • <b>MANIFIESTO OBRERO Y OTROS ESCRITOS POLITICOS.</b><br>Ferdinand Lasalle Trad. e introd. J. Abellán   | 1 600,—            | • <b>METODOLOGIA JURIDICA Y DERECHOS HUMANOS.</b><br>A. Ollero Tassara   | 2 000,— |
| • <b>POLITICA</b> (reimpresión) Aristoteles Trad. M. Araujo y J. Marias<br>Introd. J. Marias   | 1 800,—            | • <b>MICHEL FOUCAULT: UNA FILOSOFIA DE LA ACCION.</b><br>J. Sauquillo Gonzalez   | 2 200,— |
| • <b>RETORICA</b> (reimpresión) Aristoteles Edición de Antonio Tovar   | 1 800,—            | • <b>TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.</b><br>R. Alexy Trad. M. Atienza   | 2 300,— |
| • <b>LA MONARQUIA DEL MESIAS Y LAS MONARQUIAS DE LAS NACIONES.</b> T. Campanella Trad. e introd. P. Mariño   | 1 800,—            | • <b>EL CONSTRUCTIVISMO ETICO.</b> Carlos S. Nino  | 1 300,— |
| • <b>ESCRITOS POLITICOS</b> (2 vols) J. Romero Alpuente<br>Edición de A. Gil Novales   | 5 000,—            | • <b>ESTUDIOS SOBRE LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE HEGEL.</b> Edición de G. Amengual  | 2 300,— |
| • <b>DISCURSO PRELIMINAR A LA CONSTITUCION DE 1812</b> (reimpresión)<br>A. de Argüelles Estudio preliminar L. Sanchez Agesta                               | 500,—              | • <b>ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.</b> Elias Diaz  | 1 300,— |
| • <b>SAAVEDRA FAJARDO Y LA POLITICA DEL BARROCO</b> (reimpresión)<br>F. Murillo Ferrol   | 1 800,—            | • <b>EN TORNO A LA TEORIA DE LA DEMOCRACIA.</b><br>Ramon Cotarelo  | 800,—   |
| • <b>¿POR QUE DEMOCRACIA?</b> Alf. Ross Trad. de R. J. Vernengo  | 1 500,—            | • <b>LA NACION Y EL ESTADO NACIONAL EN EL UMBRAL DEL NUEVO SIGLO.</b> Gurutz Jauregui  | 700,—   |

DISTRIBUIDO POR:  
S. A. Distribuciones Editoriales

**ÍTACA**

CENTRAL LIBRERIA  
Y EXPOSICION  
LOPEZ DE HOYOS 141  
28002 MADRID  
Teléf. 416 66 00 (14 líneas)  
Telex. 47497 ITAD F

MINISTERIO DE RELACIONES CON LAS CORTES Y DE LA SECRETARIA DEL GOBIERNO

# El proceso penal y la lucha de clases

Jacobo LOPEZ BARJA DE QUIROGA

El concepto de clase<sup>1</sup> no es del todo pacífico. Inicialmente se formó el concepto tomando como referencia a la comunidad de rentas, si bien pronto se la agrega el punto de vista de la comunidad de intereses. No existe solamente comunidad de la fuente de renta, sino también comunidad de intereses, afirmará Kautsky. Así Poulantzas<sup>2</sup>, al definir el poder como «la capacidad de una clase social para realizar sus intereses objetivos específicos», introduce el concepto de intereses<sup>3</sup>. Indica Marx que «la existencia de las clases se basa en condiciones económicas independientes de su voluntad y, en razón de estas condiciones, se hallan entre sí en relaciones de claro antagonismo». Este interés de clase, explica Stucka<sup>4</sup>, no es «la mera suma de los intereses individuales; este interés es más bien un elemento que impone su sello a la totalidad de la lucha de una clase dada», y añade que «este interés existe objetivamente, independientemente de la voluntad de los propios miembros de la clase, y el grado de conciencia que una clase tiene de su interés es un fenómeno puramente histórico». En este sentido, Marx<sup>5</sup> señala que «sobre las diversas formas de propiedad, sobre las condiciones sociales de existencia, se levanta toda una superestructura de sentimientos, ilusiones, modos de pensar y concepciones de la vida diversos y plasmados de un modo peculiar. La clase entera los crea y los plasma sobre la base de sus condiciones materiales y de las relaciones sociales correspondientes». Por ello en otro lugar<sup>6</sup> afirmará que la dominación personal del individuo «tiene necesariamente que constituirse, al mismo tiempo, como una dominación media. Su poder personal descansa sobre condiciones de vida que se desarrollan como comunes a muchos y cuya continuidad ha de afirmarlos como dominadores frente a otros y, al mismo tiempo, como vigentes para todos. La expresión de esta voluntad condicionada por sus intereses comunes es la ley».

En esta misma línea sostenía Marx en consonancia con lo hasta ahora expuesto que los intereses de clase determinan cuál va a ser la ideología pro-

pia de la misma, es decir, que la posición de un individuo en las relaciones de producción genera una ideología particular y diferente de la de quienes se hallen en posiciones distintas<sup>7</sup>. Como principio filosófico básico la conciencia sigue al ser, no a la inversa (Marx se refirió varias veces a que toda su argumentación iba encaminada en lo esencial a «coger a Hegel y darle la vuelta»), o en otras palabras, lo real condiciona la idea, pero no la idea lo real. Sin embargo, en un conocido pasaje<sup>8</sup>, Marx afirma: «Las ideas de la clase dominante son las ideas dominantes en cada época; o dicho en otros términos, la clase que ejerce el poder *material* dominante en la sociedad es, al mismo tiempo, su poder *espiritual* dominante... lo que hace que se le sometan al propio tiempo, por término medio, las ideas de quienes carecen de los medios necesarios para producir espiritualmente». Una interpretación excesivamente literal de este texto condujo a algunos autores a sostener que no existe una ideología de las clases subordinadas, puesto que todas las clases están integradas dentro del mismo universo intelectual, que es el de la clase dominante, ya que su ideología penetra en la clase dominada haciéndola a ésta coparticipe y defensora de dicha ideología, aunque sea contraria a sus intereses de clase.

No obstante, la tesis de la ideología dominante, defendida por autores como Marcuse, Poulantzas, Habermas, etc., es actualmente objeto de un duro ataque desde presupuestos marxistas por parte de Bottomore, Abercrombie, Hill, Turner, etc.<sup>9</sup>, en razón a que una rigurosa lectura del conjunto de la obra de Marx demuestra que en ningún momento pretendió Marx apartarse de su posición teórica básica, según la cual no es posible admitir que una clase social muestre una ideología que le ha sido prestada por otra, que por ello es por completo ajena cuando no claramente hostil a sus intereses como clase.

Todos estos conceptos pueden encontrar aplicación sin duda en cualquier aspecto de las relaciones sociales, y con mayor razón en el lugar más idóneo para llevar a cabo en clave «civilizada» la defensa

<sup>1</sup> Sobre si el concepto marxista de clase social mantiene su validez tras los cambios sufridos por el capitalismo después de Marx, véase la respuesta afirmativa que desarrolla Bottomore. *Classes in Modern Society*, 1966. *passim* y esp. el último cap.

<sup>2</sup> Poulantzas: *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*, 1972, p. 124.

<sup>3</sup> Sobre este importante concepto de intereses de clase en la doctrina marxista, puede verse Poulantzas, ob. cit. pp. 131 y ss.

y Harnegger: *Los conceptos elementales del materialismo histórico*, [con presentación de Althusser], 1979, p. 179.

<sup>4</sup> Stucka: *La función revolucionaria del derecho y del estado*, 1969, p. 71.

<sup>5</sup> Marx: *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, 1968, p. 51

<sup>6</sup> Marx-Engels: *La ideología alemana*, 1968, III, pp. 311 y ss

<sup>7</sup> Marx: *Contribución a la crítica de la economía política*, Introducción (de 1857), 1978, pp. 227 y ss

<sup>8</sup> Marx-Engels: *La ideología alemana*, ob. cit., p. 52

<sup>9</sup> Abercrombie, Hill, Turner. *La tesis de la ideología dominante*, 1987, caps. 1 y 6

de los intereses de clase, es decir, el proceso penal<sup>10</sup>.

El proceso aparece, entonces, como el instrumento más adecuado para la realización política de la lucha de clases. La confrontación entre las clases se presenta en forma clara y patente en el entorno jurídico procesal donde se canaliza, desde el punto de vista del Estado omnipotente, la tarea, en clave «civilizada», de solventar las relaciones dominante-dominado. En esta línea, interesa resaltar las diferencias existentes entre el proceso civil y el proceso penal en orden a la prueba, y en relación con el *status* social de los participantes y el tipo de relaciones jurídicas que normalmente se debaten en cada uno de ellos. En el proceso civil las relaciones son de mayor paridad de clase, se utiliza una normativa jurídica que a cualquier individuo de dicha clase puede en mayor o menor medida serle de aplicación, o que cualquiera puede necesitar, por lo que la prueba es disciplinada rigurosísimamente: la seguridad jurídica ante todo. El sistema puede ser un juego peligroso y es necesario que se encuentre perfectamente ajustado.

Por el contrario, en el proceso penal se discuten, por regla general, cuestiones que afectan a individuos de distinta clase, de una clase que no es la dominante. Aquí, donde normalmente la parte acusada pertenece a la clase menos favorecida, es donde la prueba tiene ya menos importancia; que el hecho resulte «absolutamente probado» es más sencillo que en el proceso civil. Un informe pericial aportado por una de las partes sin ratificar a presencia judicial y sin la debida contradicción, no tendría ningún valor en un proceso civil, pero no podríamos decir lo mismo si se tratara de un proceso penal. La

necesidad de la defensa de la sociedad, de su sistema, de su estructura estratificada, de su organización, etc., son importantes argumentos que, consciente o inconscientemente, influyen a la hora de tomar decisiones; defensa social que, por otra parte, no aparece de una forma tan acuciante en el proceso civil. Parece, pues, que en el procedimiento penal hasta el más nimio detalle, hasta la más insignificante cuestión, amenaza el sistema social. La clase más necesitada ha atacado, y ataca constantemente, incluso con su mera potencial posibilidad, los valores más preciados que determinadas capas sociales elevan a la categoría de bienes jurídicos necesitados de protección, por lo que consecuentemente se hace necesaria su salvaguardia mediante la coacción penal y el uso del llamado «ius puniendi». La materialización concreta de dicha protección se lleva a cabo constantemente en clave «civilizada», mediante el proceso penal, apareciendo entonces éste como la expresión más patente de la lucha de clases. Si a esto le añadimos que es válida una condena, con una absoluta flexibilidad en la apreciación de la prueba, e incluso —en una errónea interpretación de la libre apreciación en conciencia de las pruebas— con una absoluta falta de pruebas, podremos afirmar que la no exigibilidad de una prueba absolutamente concluyente, al estilo del proceso civil, es un elemento básico del sistema.

Frente a otros mecanismos utilizados por la clase hegemónica en otras épocas, en el mundo actual el equilibrio entre las clases necesita el empleo del proceso en la forma indicada. Existen intereses de clase contrapuestos y el proceso es el sistema «civilizado» actual. La defensa a ultranza de las garantías procesales en toda su extensión impediría este uso desviado.

<sup>10</sup> Stucka (ob. cit., p. 226) mantuvo que los jueces en el sistema burgués por su origen social pertenecen a la clase de los opresores y entienden la verdad y la justicia, la libertad y la igual-

dad, según los intereses de su clase se crea una superestructura determinada por las relaciones económico-sociales

# ESTUDIOS

## La jurisdicción: definición y criterios de legitimidad

José A. ESTEVEZ ARAUJO

Las páginas que siguen constituyen un conjunto de reflexiones motivadas por un reciente libro del profesor Requejo Pagés acerca de la jurisdicción<sup>1</sup>. En este libro, el profesor Requejo se plantea el problema de la definición material de «jurisdicción») y algunas cuestiones especialmente relevantes por lo que respecta a la legitimidad de la actuación jurisdiccional. Aun cuando en lo que sigue se ponen de manifiesto profundas discrepancias con las conclusiones del profesor Requejo, buena parte de las ideas que se desarrollan aquí no habrían podido ser perfiladas sin el estímulo que la lectura de este libro ha supuesto. Esa lectura ha dejado en mí una sensación ambivalente: la que provoca todo trabajo bueno y riguroso con el que uno no está de acuerdo.

### 1. DEFINICION DE «JURISDICCION»

#### a) ¿Teoría general o derecho positivo?

El profesor Requejo se fija el objetivo de ofrecer un concepto material de jurisdicción desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Es decir, busca una definición que no dependa de las determinaciones jurídico-positivas, sino que sea válida para cualquier ordenamiento. Pero el tipo de argumentación que utiliza no es congruente, en ocasiones, con esta intención teórica. En particular, en pasos como el siguiente:

«Y la prueba de que es éste un concepto equivocado [la jurisdicción como solución de conflictos] nos la ofrece la misma Constitución [la española de 1978], a la cual debe siempre acudir-se como banco de pruebas de toda definición» (p. 53, curs. mía)..

Es éste un argumento utilizado en repetidas ocasiones para descartar otros tantos conceptos de jurisdicción. Este argumento presupone que el concepto de jurisdicción contenido en la Constitución (especialmente en el art. 117,3) coincide o es congruente con el concepto de teoría general que se

está buscando. No se ofrece, sin embargo, ninguna razón que fundamente esta presuposición. Es frecuente, por el contrario, que el lenguaje legal no se acomode a los conceptos de la teoría general. Parece, por consiguiente, que el carácter de «banco de pruebas» de la Constitución sólo se justificaría si estuviésemos indagando acerca del concepto *constitucional* de jurisdicción. Pero en ese caso, estaríamos efectuando una investigación en el ámbito del derecho positivo, no de la teoría general. Desde el punto de vista de esta última, que el concepto de jurisdicción sea congruente con los preceptos de la Constitución española es irrelevante.

#### b) Jurisdicción e irrevocabilidad

El profesor Requejo encuentra la característica diferencial de la jurisdicción en la irrevocabilidad. Más concretamente, la actitud jurisdiccional consistiría en el dictado de las normas con el mayor grado de irrevocabilidad permitido por un ordenamiento dado.

La irrevocabilidad es un concepto que pretende expresar de modo más preciso lo que habitualmente se entiende por «fuerza de cosa juzgada». La fuerza de cosa juzgada tiene dos vertientes, formal una y material la otra. Que una decisión tenga fuerza de cosa juzgada significa, por un lado, que no puede ser objeto de recurso. Pero significa también que no puede ser atacada indirectamente por la vía de iniciar un nuevo proceso para decidir la misma cuestión (p. 69).

Sin embargo, la irrevocabilidad de las decisiones con fuerza de cosa juzgada no es absoluta en el ámbito jurídico-positivo. Las sentencias con fuerza de cosa juzgada pueden ser revocadas en principio por leyes posteriores. Del mismo modo que cualquier norma puede ser revocada, en principio, por una norma de rango superior. Asimismo, las sentencias resultan irrevocables por normas de rango inferior. Eso ocurre también con el resto de las normas (p. 76). La peculiaridad de las decisiones con fuerza de cosa juzgada parece referirse a que no pueden

<sup>1</sup> Requejo Pagés, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia ju-*

*dicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ser revocadas por normas de igual rango. Así como una ley puede ser derogada por otra ley, una sentencia firme no puede ser derogada por otra sentencia posterior (p. 76).

Tampoco esta afirmación puede hacerse, sin embargo, en términos absolutos. Pues en el ordenamiento español, por ejemplo, se admite en circunstancias excepcionales un recurso, el de revisión, frente a sentencias que tengan fuerza de cosa juzgada (p. 77). Esta serie de consideraciones llevan a Requejo a concluir que la irrevocabilidad es una característica que todas las normas tienen en mayor o menor grado. La irrevocabilidad no tendría, pues, carácter absoluto, sino relativo (p. 78). Y dentro de esa relatividad, la actividad jurisdiccional produciría las normas con el más alto grado de irrevocabilidad admitido por el ordenamiento:

«La jurisdicción podría entonces definirse como aquella *forma de aplicación del Derecho que se distingue de las otras modalidades posibles por representar el máximo grado de irrevocabilidad admitido en cada ordenamiento positivo*; no una irrevocabilidad absoluta, esto es, idéntica a la que es propia en el ámbito de lo lógico-jurídico, sino la irrevocabilidad máxima —y por ello relativa— que un ordenamiento positivo permite» (p. 90, curs. suya).

### c) Irrevocabilidad, sentencias dictadas en primera instancia y decisiones administrativas

La caracterización de la jurisdicción defendida por el profesor Requejo Pagés resulta, sin embargo, discutible. No satisface ni desde el punto de vista de la teoría general ni desde el punto de vista del derecho positivo español. Excluye actividades que debería incluir e incluye decisiones que debería excluir. Tampoco resiste el «banco de prueba» de la Constitución.

De acuerdo con la definición propuesta, sólo puede considerarse jurisdicción aquella actividad de aplicación del derecho que dé como resultado normas dotadas del máximo grado de irrevocabilidad admitido por el ordenamiento. Las sentencias dictadas en primera instancia no gozan de ese grado de irrevocabilidad. Luego no cabría considerar como jurisdicción el dictado de sentencias en primera instancia de acuerdo con este criterio.

Para evitar esta dificultad, el profesor Requejo modula su definición original en una nota a pie de página situada en otro contexto. El originario carácter irrevocable es sustituido por el carácter «potencialmente» irrevocable:

«Del mismo modo que la posibilidad de recurrir una sentencia que no ha ganado firmeza no significa que el órgano que la emite no ejerza jurisdicción. Lo esencial no es que las

sentencias del juez sean *efectivamente irrevocables*, sino que la irrevocabilidad sea el efecto que se sigue de la no interposición de los posibles recursos. En otras palabras, las sentencias son en todo caso *potencialmente irrevocables*, aun cuando sean recurribles» (p. 140, n.º 24, curs. suya).

Esta matización supone introducir una modificación importante del criterio original. Ya la idea de *máxima* irrevocabilidad permitida adolecía de bastante vaguedad. Pues ¿cuál es el criterio para medir el grado de irrevocabilidad? ¿Son más irrevocables las sentencias firmes o las modificaciones introducidas en la Constitución? A la vaguedad inherente a la graduación de la irrevocabilidad se añade, ahora, la de su carácter *potencial*.

En cualquier caso, esta retirada a una segunda línea de defensa no soluciona el problema. Permite considerar como jurisdicción el dictado de sentencias en primera instancia *que no sean recurridas y revocadas*. Pero si una sentencia ha sido recurrida y revocada no puede decirse que sea *potencialmente* irrevocable, pues ha sido *efectivamente* revocada. Por consiguiente, la actividad del juez consistente en dictar una sentencia que después haya sido recurrida y revocada no puede ser considerada jurisdicción de acuerdo con este criterio. No sólo queda anulada su decisión, sino que su propia actividad pierde la consideración de jurisdicción. El carácter jurisdiccional o no de la actividad de los jueces que deciden en primera instancia depende, así, no de las características de lo que hacen, sino de lo que ocurra en el futuro con sus sentencias.

El criterio del *potencial grado máximo de irrevocabilidad* excluye, pues, actividades que son consideradas como jurisdicción en el lenguaje jurídico habitual. También incluye otras decisiones que normalmente no son consideradas como jurisdicción. Así, las decisiones administrativas que reconocen derechos a los particulares cumplen el requisito de ser potencialmente irrevocables. Como todas las decisiones administrativas sólo son susceptibles de ser recurridas durante un cierto plazo. Después, adquieren el carácter de decisiones firmes y, por consiguiente, fuerza de cosa juzgada en sentido formal. Pero, además, las decisiones administrativas que reconocen derechos a los particulares no son susceptibles de ser revocadas por motivos de oportunidad. No pueden ser atacadas indirectamente a través de un nuevo procedimiento que decida sobre la misma cuestión. Tienen, por consiguiente, fuerza también material de cosa juzgada. En este sentido, señala García de Enterría:

«Un acto que declare derechos en favor de un administrado y que no presente vicios en su constitución no puede ser revocado de oficio por la propia administración so pretexto de que el acto se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento.»<sup>2</sup> (p. 612).

<sup>2</sup> García de Enterría, E. y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo. I*, Madrid, Civitas, 4.ª ed., 1988, p. 612.

García de Enterría considera, sin embargo, que este principio

resulta demasiado rígido y aboga por el reconocimiento de la posibilidad de revocación por motivos de oportunidad, condicionándola al pago de una indemnización. No obstante, reconoce también que esta revocación tendría carácter expropiatorio:

El criterio del potencial grado máximo de irrevo-  
cabilidad no resulta, pues, convincente, desde el  
punto de vista de la teoría general. Excluye de la ju-  
risdicción las sentencias que hayan sido revocadas  
e incluye buena parte de las decisiones administra-  
tivas. Tampoco resulta útil para interpretar el senti-  
do del artículo 117,3 de la Constitución que atribuye  
a juzgados y tribunales con carácter exclusivo el  
ejercicio de la función jurisdiccional.

d) **La Imposibilidad de una caracterización  
material de la jurisdicción en el marco de la  
teoría general**

Desde mi punto de vista, una caracterización ma-  
terial de la jurisdicción es algo que, de existir, debe  
buscarse en cada ordenamiento jurídico-positivo  
particular. Pero desde la teoría general no es posi-  
ble formular una definición material de jurisdicción.  
La teoría general cuenta con un conjunto muy limi-  
tado de conceptos y no son muchas las precisiones  
que se pueden hacer con ellos. En particular, en la  
teoría general no se puede establecer una distinción  
nítida entre la jurisdicción y la administración desde  
el punto de vista material. El propio Kelsen parece  
reconocerlo así cuando señala que buena parte de  
las actividades que constituyen la administración  
son del mismo tipo que la actividad judicial:

«Haciendo abstracción de la independencia  
de los órganos judiciales, no hay ninguna dife-  
rencia entre la función de un tribunal que en  
caso de hurto impone una pena de privación  
de libertad, o en caso de injuria al honor im-  
pone una multa, y la función del órgano admi-  
nistrativo que en caso de violación de prescrip-  
ciones fiscales, sanitarias o de tráfico ordena  
la ejecución de sanciones análogas»<sup>3</sup> (p. 270).

## 2. LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCION

a) **El principio de juridicidad como correa de  
transmisión de la legitimidad democrática**

El profesor Requejo sigue la doctrina de Kelsen,  
en virtud de la cual no existe una distinción absoluta  
entre actos de creación y actos de aplicación del de-  
recho. Con excepción del extremo superior (norma  
fundamental) y del extremo inferior (actos de simple  
ejecución) de la cadena normativa, todos los actos

de dictado de normas tienen a la vez el carácter de  
creación y de aplicación del derecho. La legislación  
es aplicación del derecho desde el punto de vista de  
la Constitución y creación de derecho desde el pun-  
to de vista de los jueces o ciudadanos. La sentencia  
judicial es aplicación del derecho desde el punto de  
vista de la ley, y creación del derecho desde el pun-  
to de vista de las autoridades obligadas a ejecutarla.  
Considerar el dictado de una norma como crea-  
ción o como aplicación del derecho depende, pues,  
de la perspectiva que se adopte. Desde el punto de  
vista de «escalón» superior del ordenamiento será  
un acto de aplicación, desde la perspectiva del «es-  
calón» inferior, un acto de creación<sup>4</sup>.

Sobre esta base, el profesor Requejo parece con-  
siderar que en los actos más próximos a la cúspide  
de la cadena normativa predomina el aspecto de  
creación, mientras que en los actos más próximos  
a la pura ejecución predomina más el aspecto de  
aplicación (p. 102). Esta característica resulta espe-  
cialmente relevante en el tratamiento que este autor  
hace del problema de la legitimidad de esos actos  
de creación-aplicación del derecho. En un Estado  
democrático y de derecho, los mecanismos legitima-  
dores serían la participación y la juridicidad<sup>5</sup>. La  
participación tendría un papel preponderante en aque-  
llos actos jurídicos en los que predomina el carácter  
de creación del derecho (legislación especialmente).  
La juridicidad sería el criterio primordial de legiti-  
midad de los actos predominantemente de aplicación  
(entre los que se encuentra la jurisdicción) (p. 99).  
La juridicidad actuaría de correa de transmisión de  
la legitimidad democrática de que gozan los actos  
eminentemente de creación (p. 114).

No parece, sin embargo, muy claro que desde el  
punto de vista de la teoría general pueda distinguirse  
entre actos predominantemente de creación y ac-  
tos predominantemente de aplicación del derecho.  
Todos los actos revisten igualmente ese doble ca-  
rácter (con las excepciones ya señaladas). En cual-  
quier caso, lo que sí resulta equivocado es que el  
principio de juridicidad pueda servir de correa de  
transmisión de la legitimidad democrática.

El principio de juridicidad es, como señala Reque-  
jo, un rasgo estructural de todo sistema jurídico.  
Merkl realizó un análisis de este principio en el ám-  
bito del Derecho Administrativo, que hoy es punto  
de referencia obligado. El «principio de juridicidad»  
de la Administración consiste, para Merkl, en una re-  
lación necesaria entre Administración y derecho<sup>6</sup>.  
Según Merkl, no puede existir Administración sin de-  
recho, porque sin derecho no podía atribuirse al Es-  
tado la actuación de la Administración<sup>7</sup>. Pero este  
principio de juridicidad no prejuzga, sin embargo, la

«En rigor, la revocación de actos declarativos de derechos por  
razones de oportunidad es una operación materialmente expro-  
piatoria, incluida, en principio, en la fórmula legal del artículo 1 de  
la LEP ( )» (ibidem).

La posibilidad de expropiación no establece diferencia alguna  
entre la sentencia firme y la decisión administrativa. También un  
derecho reconocido por una sentencia firme es susceptible de ser  
expropiado posteriormente. El que a alguien se le haya recono-  
cido el derecho de propiedad sobre un solar por sentencia firme  
tras un litigio civil no le inmuniza frente a la eventualidad de ser  
expropiado. Ello es posible porque la expropiación exige una ha-  
bilitación legal. Se trataría, pues, de una revocación de una nor-

ma (sentencia o decisión administrativa) no por otra norma de  
igual rango, sino superior (ley).

<sup>3</sup> Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960 (trad. cast. de  
Roberto J. Vemengo: *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM,  
1979, por donde se cita), p. 270.

<sup>4</sup> Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, p. 244, y Requejo  
Pagés, Juan Luis: *Jurisdicción e independencia judicial*, p. 46.

<sup>5</sup> Dejo aquí de lado la complicación que supone el calificativo  
de «social» en el caso del Estado español.

<sup>6</sup> Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ma-  
drid, Ed. Derecho Privado, 1935 [no consta traductor], p. 212

<sup>7</sup> Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*,  
pp. 211 y 213.

clase y medida de la vinculación jurídico-administrativa<sup>8</sup>. Se trata de una idea central de la doctrina de Merkl —que comparte con la teoría de Kelsen<sup>9</sup>—, a la que no se suele conceder la debida atención: según Merkl, sería suficiente la existencia de una sola norma que autorizase administrar en función del interés general para satisfacer el principio de juridicidad<sup>10</sup>.

Ese es el precio de configurar el principio de juridicidad como rasgo *estructural* de todo Estado en general o de toda administración o jurisdicción en particular. El principio de juridicidad, así entendido, no significa si no que es necesario que exista una norma que impute al Estado la actuación de un determinado órgano, para poder considerar esa actuación como actividad del Estado<sup>11</sup>. Pero esa norma puede no predeterminar en absoluto la actuación de este órgano. Una autorización genérica para actuar «según lo aconsejen las circunstancias» bastaría como base de imputación de las actuaciones del órgano al Estado y, por consiguiente, bastaría para cumplir el principio de la juridicidad.

El principio de la juridicidad puede cumplirse por medio de normas genéricas que no especifiquen el alcance ni las circunstancias de ejercicio de las competencias que atribuyen. Por consiguiente, el principio de juridicidad no sirve por sí mismo de correa de transmisión de la legitimidad democrática. Si el Parlamento aprobara una ley que autorizase siempre a la Policía a actuar según exijan las circunstancias cuando considere en peligro el orden y la seguridad públicos, el principio de juridicidad se habría cumplido. La actuación de la Policía podría ser imputada al Estado. Sin embargo, probablemente no cabría considerarla como legítima desde un punto de vista democrático. El principio de legalidad, sin embargo, sí exige un grado de determinación de la actuación de los órganos estatales por las normas jurídicas aprobadas por órganos representativos. Afirmar la legalidad de la actuación administrativa o judicial presupone una determinación de esa actuación por la ley. Que esa determinación exista y en qué grado es algo que debe ser probado. No puede darse simplemente por presupuesto.

La falacia que Requejo comete en este punto es muy común. Consiste en asimilar el principio de legalidad (que es una característica que se predica de *un tipo* de Estado, el Estado de Derecho) con el principio de juridicidad que, desde el punto de vista de la doctrina kelseniana, es un rasgo estructural de *todo* Estado:

«Bajo la expresión *principio de legalidad* pueden encubrirse dos postulados: el *principio de juridicidad*, entendido como principio estructural de todo ordenamiento y según el cual las normas inferiores deben respetar a las superiores, pues sólo así resultan válidas, y el

*principio de legalidad en sentido estricto*, que determina la posición en el ordenamiento de las normas que revisten la forma de ley. (...) nosotros entendemos el principio de juridicidad en el primero de los sentidos expuestos (...)» (pp. 99-100, n.º 5, curs. suya).

#### b) La supuesta imposibilidad de legitimación democrática de la jurisdicción

En otro contexto de su trabajo, el profesor Requejo intenta demostrar que el incremento de la determinación de los actos jurídicos a medida que se desciende por la cadena normativa es un rasgo estructural de todo sistema jurídico. Para ello, siguiendo a Luhmann, presenta el derecho como un sistema capaz de metabolizar información del exterior (valores morales, intereses económicos, necesidades sociales, etc.). Esta incorporación de información extrasistémica sería mayor en los actos predominantemente creadores de derecho. Y se iría reduciendo hasta desaparecer en los actos predominantemente de aplicación del derecho. En la fase de aplicación, tendría lugar una «cerrazón» del sistema a influjos intrasistémicos. Los mecanismos de participación democrática son una de las vías de que puede servir el sistema jurídico para incorporar información extrasistémica. Es por ello adecuada su presencia en las fases predominantemente creadoras, pero no en las fases de aplicación. En éstas deben utilizarse únicamente criterios intrasistémicos:

«Así, al tiempo que los márgenes creativos existentes en los estadios más próximos a la fase final del sistema se van construyendo debido a que *el nivel de concreción de la norma es cada vez mayor*, las posibilidades de colmar dichos márgenes se limitan a las ofrecidas por el propio sistema, *haciéndose imposible acudir a soluciones extrasistémicas*: la incertidumbre suscitada en cada fase tiene que ser absorbida por el propio sistema. Todo esto hace que mientras que en las fases en las que predomina el aspecto creativo sobre el aplicativo —por ser en ellas donde se verifica en mayor grado la absorción de datos del entorno— puede perfectamente imperar el principio de la participación democrática, en aquéllas donde —por ir gradualmente espesándose los filtros del sistema frente al entorno— se destaca el lado aplicativo, lo que debe predominar no es ya el principio democrático, sino el de legalidad, en la medida en que con éste se pretende asegurar la absorción intrasistémica de toda incertidumbre (...)» (p. 111, curs. mía, J.A.E., v. t. p. 109).

No es un rasgo estructural de todo sistema jurídi-

<sup>8</sup> Merkl, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 213.

<sup>9</sup> Kelsen, H.: *Allgemeine Staatslehre* (1925), trad. cast. de Luis Legaz Lacambra: *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, por donde se cita, cfr., p. ej., p. 318, donde Kelsen señala que el grado de determinación de las normas «inferiores» por parte de las «superiores» puede ser mayor o menor, pero nunca completo.

<sup>10</sup> Merkl, Adolf. *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 214.

<sup>11</sup> «Solamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado nos permite poner en relación, referir al Estado determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto jurídico.» (Merkl, Adolf: *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 211.)

co que «el nivel de concreción de la norma» sea cada vez mayor. Es posible pensar en un sistema jurídico cuya constitución en sentido material contenga una única disposición: «la palabra del Rey es la ley». Podría ser, por ejemplo, el caso de una monarquía absoluta. En un sistema así no existiría ningún proceso de concreción progresiva de las normas. El Rey podría dictar normas generales o decisiones particulares a su exclusivo arbitrio. También podría pensarse en un sistema en el que un Soberano delegase en una serie de comisarios la competencia de actuar de acuerdo con las circunstancias, en orden a la consecución del fin genérico del mantenimiento del orden público. Sería el caso del sistema comisarial impuesto en Francia por los revolucionarios del 89 para acabar con las estructuras del Antiguo Régimen. En este supuesto no podría hablarse de progresiva concreción ni de cerrazón a influencias extrasistémicas en la fase aplicativa.

Más en general, la «imposibilidad de apertura a elementos extrasistémicos» queda puesta en entredicho por la previsión de mecanismos de «heterointegración» en los propios sistemas jurídicos. Estos mecanismos operan especialmente en la fase de aplicación judicial del derecho. Están presentes en todos los ordenamientos contemporáneos en los que rige la prohibición de *non liquet*, es decir, en aquellos que prohíben al juez abstenerse de decidir so pretexto de ausencia u obscuridad de la ley. Los mecanismos de heterointegración son el remedio que los sistemas jurídicos ponen a su incompletud. Permiten en definitiva que el juez cree una nueva norma para resolver el caso que no encontraba solución en las normas ya existentes. Así, en la formulación del Código Civil Suizo, se permite al juez actuar como si fuera el legislador<sup>12</sup>. Obviamente, por esa vía se incorporan «elementos extrasistémicos», tales como las convicciones personales del propio juez, o los valores dominantes en una sociedad en un momento dado, etc.

El carácter «extrasistémico» o «heterointegrador» puede ser puesto de manifiesto más o menos explícitamente. La autorización al juez para actuar como si fuera el legislador constituye una formulación especialmente explícita. La autorización al juez para decidir de acuerdo con los «principios generales del derecho» (como ocurre en nuestro ordenamiento) da lugar, por el contrario, a una ficción. La ficción consiste en aparentar que los criterios de decisión siguen siendo intrasistémicos. Que se trata de una ficción lo pone de manifiesto que no existe una relación taxativa de tales «principios generales» y que los principios reconocidos son en ocasiones incompatibles entre sí. No obstante, esta ficción obliga al juez a argumentar sus decisiones «como si» efectivamente estuviera utilizando criterios de decisión ya presentes en el ordenamiento.

El mismo Kelsen, que niega la existencia de lagunas jurídicas, admite la incorporación de elementos extrasistémicos en la fase de aplicación judicial. Según Kelsen, la existencia de una norma general de cierre elimina la posibilidad de existencia de lagu-

nas. En virtud de esta norma, todo lo que no está prohibido o es obligatorio, está permitido. Si un supuesto de hecho no está contemplado por ninguna norma del sistema, caerá, pues, automáticamente en el campo de aplicación de la norma de cierre. En realidad, la doctrina de las lagunas se utiliza, según Kelsen, en aquellos casos en los que resulta inconveniente (por razones políticas o morales) la aplicación de una norma general a un caso concreto. No es que el supuesto no esté contemplado por la norma, sino que no parece conveniente aplicar la norma a ese supuesto. Según este autor, la doctrina de las lagunas genera una ficción que encubre lo que realmente ocurre. Lo que en realidad es una autorización para dejar de aplicar una norma general por razones de oportunidad se presenta como un supuesto de ausencia de norma aplicable<sup>13</sup>.

También las normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados son una vía de incorporación de elementos extrasistémicos en la fase de aplicación. Desde el punto de vista del problema general del grado de determinación no hay diferencia entre una norma que autorice a decidir de acuerdo con el criterio del aplicador o una norma que establezca como criterio un concepto indeterminado. Por poner el ejemplo de una norma ya derogada:

Artículo 1, punto 9, de la Orden de febrero de 1975: «Se admitirá el desnudo siempre que esté exigido por la unidad total del film, rechazándose cuando se presente con la intención de despertar pasiones en el espectador normal o incida en la pornografía».

Esta norma contiene expresiones notablemente imprecisas. En particular, la expresión «espectador normal» cae perfectamente dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. A la indeterminación de este concepto se suma la vaguedad de expresiones como «despertar pasiones» o «exigido por la unidad total del film». Por lo que respecta al grado de determinación de la decisión que se adopte en base a ella, puede asimilarse, pues, a una norma que atribuyese al órgano aplicador de la misma la facultad de decidir según su criterio la admisión o el rechazo del desnudo en las películas.

El profesor Requejo no tiene en cuenta los problemas que plantean las «lagunas» o los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, en alguno de los pasos de su libro se ve obligado a reconocer incidentalmente que el juez dispone de un considerable margen de maniobra. Eso, sin embargo, no confiere carácter político a la actividad jurisdiccional según este autor. La base de esta argumentación se encuentra en un supuesto criterio de distinción entre argumentaciones políticas y jurídicas:

«En todo caso, la imposibilidad de controlar políticamente las actuaciones jurisdiccionales no representa en puridad ninguna contradicción con el principio democrático, pues en las actuaciones de esta naturaleza el componente político es prácticamente inexistente, razón por la cual todo control de este tipo se encontraría fuera de lugar. Efectivamente, aun cuan-

<sup>12</sup> V. Capella, J. R.: *Sobre el discurso jurídico. I: la teoría general de las normas*, Barcelona, Facultad de Derecho, texto po-

licopiado, pp. 58-59.

<sup>13</sup> Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho*, pp. 254-257.

do en ningún caso la norma jurídica a aplicar por el juez se encuentra perfectamente determinada, siendo posible que en la configuración final de su contenido el juez disponga casi siempre de un considerable margen de maniobra, es lo cierto que la existencia de tal determinación irresoluble por el elaborador primario de la norma no convierte a las actuaciones jurisdiccionales en actuaciones políticas, ya que no es la mayor o menor discrecionalidad a la hora de delimitar el contenido final de una norma lo que califica a esta delimitación como jurídica o política, sino que es únicamente el criterio argumentativo utilizado el que permite realizar tal calificación. Así, estaremos ante una actuación o decisión política siempre que la misma tome como referencia un criterio de futuro, es decir, se fundamente *ex post* a partir de sus resultados. Por el contrario deberá clasificarse como jurídica aquella decisión realizada sobre la base de criterios previamente establecidos y sin consideración a los resultados finales de la misma, los cuales en ningún caso pueden suministrar justificación a lo actuado; en definitiva, en las decisiones de naturaleza jurídica su fundamentación se efectúa siempre *ex ante*» (pp. 212-213).

El criterio de distinción entre lo político y lo jurídico que se utiliza aquí no resulta convincente. El hecho de que el juez tenga una facultad de decisión no predeterminada por las normas generales ya le permite introducir elementos «extrasistémicos» de decisión (juicios morales, políticos, convicciones personales, etc.). Las «lagunas» y las normas que contienen conceptos imprecisos son las «aberturas» por las que más frecuentemente se introducen criterios externos al derecho en la fase aplicativa. Esta «capacidad de maniobra» por sí misma permite hablar de un componente político en la actividad del juez.

Que el juez se vea obligado a razonar de un cierto modo no es un argumento concluyente. El razonamiento jurídico tiene una importante componente retórica. Es muy propenso a generar ficciones, es decir, situaciones en las que los actores se ven obligados a argumentar «como si» la situación fuera diferente de la que realmente es. Kelsen ponía el ejemplo de la teoría de las lagunas. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del derecho administrativo sería otro buen ejemplo. Se admite, por un lado, la existencia de conceptos jurídicos *indeterminados* (funcionario medio, buenas costumbres, diligencia propia de un buen padre de familia). Y, por otro, se afirma que las normas que contienen uno de estos conceptos sólo permiten una única «solución justa» al ser aplicadas al caso concreto<sup>14</sup>. En realidad lo que se hace obrando así es

generar una ficción que obligará a todos los operadores normativos (funcionario, particular afectado, juez contencioso) a argumentar *como si* tal solución única efectivamente existiera y fuera posible encontrarla. Así pues, el hecho de que se argumente explícitamente de un modo u otro no es absolutamente concluyente a la hora de determinar en base a qué criterios se está realmente decidiendo.

Por otro lado, el criterio de distinción entre decisión política y jurídica que defiende el profesor Requejo no resulta tampoco convincente. Parece un criterio derivado de la «ética de la responsabilidad» de que hablaba Max Weber después de la Primera Guerra Mundial. Según Weber, para el político resulta adecuada sólo esa ética de la responsabilidad que es la que tiene en cuenta fundamentalmente las consecuencias de los actos. No resulta adecuada, sin embargo, la ética de la convicción, que mantiene unos principios de actuación sean cuales sean las consecuencias. Este es el tipo de ética que mantuvieron los pacifistas alemanes durante la guerra y de ellos fue la culpa, según Weber, que Alemania fuese finalmente derrotada<sup>15</sup>.

Esta concepción «maquiavélica» de la política resulta, sin embargo, excesivamente estrecha. Máxime hoy en día en que nos enfrentamos a cuestiones como la problemática ecológica o la emancipación de la mujer en las que se hace necesario mantener firmemente posiciones de principio.

Tampoco resulta claro que el argumento *ex post* resulte estar completamente excluido del ámbito de lo jurídico. Uno de los objetivos de la interpretación es descubrir la *ratio* o finalidad de las mismas<sup>16</sup>. La interpretación es una de las operaciones que el juez tiene que realizar en el proceso de aplicación. Y el descubrimiento de la *ratio* o finalidad de la norma implica razonar en términos de las consecuencias que se persiguen y que es previsible que se produzcan si la norma es aplicada.

Esta serie de consideraciones ponen en entredicho la «inexistencia de componente político» en la actuación del juez, así como el criterio de distinción entre lo político y lo jurídico que le sirve de base. Por consiguiente, la afirmación de que resulta «imposible» controlar políticamente las actuaciones jurisdiccionales carece de fundamento. No hay razón alguna, desde el punto de vista de la teoría general del derecho, que impida pensar en la posibilidad de implantar mecanismos democráticos de control de la actividad de los jueces. Otra cuestión es el problema político de si ello resultaría conveniente, en qué casos y de qué modo. Pero lo que no es cierto es que el derecho tenga rasgos estructurales que imposibiliten el control democrático de la actividad judicial, como quiere hacernos creer el profesor Requejo.

<sup>14</sup> V., p. ej., García de Enterría, E. y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, pp. 433-439.

<sup>15</sup> La distinción entre «ética de la responsabilidad» y «ética de la convicción» y la tesis de la culpa de los pacifistas las desarrolla Weber en una conocida conferencia pronunciada en Munich ante una organización estudiantil liberal el 28 de enero de 1919, que llevaba por título *Politik als Beruf* (hay trad. cast. de Adan Ko-

vacsis Meszaros «La política como profesión», en Weber, M. *El trabajo intelectual como profesión*, Barcelona, Bruguera, 1983, pp. 61-156, v. esp., pp. 139-156.

<sup>16</sup> Así, el artículo 3.1 del Código Civil español dispone que «las normas se interpretarán (...) atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

### 3. ¿SEGURIDAD O DECISION?

A lo largo de todo el trabajo del profesor Requejo se pone de manifiesto insistentemente una idea. Esta idea está en la base de buena parte de las discrepancias que aquí se mantienen con el mismo. Se trata de la tesis de que es inherente al derecho el producir decisiones irrevocables o, cuando menos, con la garantía de un cierto grado de permanencia:

«Lo decisivo es que el progresivo proceso de concreción de las normas desemboque en algún momento en actuaciones que den paso al ejercicio de la coacción previamente contenida y que tales actuaciones con las que el sistema concluye disfruten de un mínimo de estabilidad en el tiempo. (...) *No diciendo nunca la última palabra, sino pudiendo "desdecirse" a cada instante, el sistema jurídico no sería realmente tal, sino una sucesión indefinida de actuaciones que se remiten a las que les siguen sin existir un término para tales remisiones*» (p. 200, curs. mía, J.A.E.).

No está nada claro que la producción de decisiones permanentes o irrevocables sea una condición necesaria para poder hablar de sistema jurídico. La exigencia estructural de todo sistema jurídico es la de ser capaz de proporcionar una decisión en último extremo respecto de un conflicto que se plantea en un momento dado. Decir la última palabra no significa, sin embargo, que quien la dice no pueda desdecirse. El Rey absoluto, cuya voluntad es la ley, podía decidir hoy una cosa y la contraria mañana. Una de las consecuencias del poder soberano era, para Bodin, el ser *legibus solutus*: no quedar vinculado por las propias leyes ni por las propias decisiones. Las resoluciones del Monarca absoluto no tienen

ninguna garantía de permanencia y, sin embargo, desde un punto de vista positivista, son jurídicas.

Lo que es inherente al derecho en su concepción positivista no es proporcionar soluciones permanentes, sino proporcionar una instancia que decida en último extremo. Lo que no puede permitirse un sistema jurídico es que una decisión adoptada por esa última instancia permanezca como cuestión abierta para los ciudadanos ni para los órganos inferiores. La validez de una decisión adoptada por una autoridad no puede ser revocada por una argumentación que muestre su invalidez, sino sólo por la decisión de otra autoridad igual o superior según los casos. Eso es así, en parte, porque la validez de una decisión no puede ser demostrada como se demuestra un teorema, ni probada mediante un experimento de laboratorio<sup>17</sup>. Es una cuestión que en muchas ocasiones no tiene una respuesta clara. Pero ello es así también porque el derecho es producto y expresión de una relación de autoridad. Por tanto, en caso de duda, siempre será la autoridad quien se reserve la última palabra acerca de si una decisión es o no jurídicamente correcta. Es el Tribunal Constitucional y no el «pueblo» quien tiene la última palabra acerca de la interpretación de la Constitución. Pero eso no significa que el Tribunal Constitucional no pueda desdecirse mañana de la doctrina mantenida hoy.

El carácter autoritario y jerárquico con el consiguiente componente decisionista sí es, desde mi punto de vista, un rasgo inherente a los sistemas jurídicos. La permanencia de las soluciones parece más bien relacionada con la exigencia de los ciudadanos de saber con la mayor precisión posible a que atenerse respecto al Estado. Pero ésa es una exigencia de seguridad jurídica que está en la base sólo del Estado de Derecho, no de todo sistema jurídico por el hecho de serlo.

<sup>17</sup> El profesor Requejo parece sustentar más bien la idea de que la determinación de la validez de las normas jurídicas —en particular las leyes— se realiza por procedimientos análogos a los que permiten determinar la composición química de un líquido. Así, cuando el juez se encuentra con una ley cuya constitu-

cionalidad no le resulta clara. «Lo que debe hacer es remitirlo al laboratorio de análisis químicos, es decir, al Tribunal Constitucional ( ) Quien clora las aguas no es el juez que abre la llave, sino el legislador que dice la composición del líquido contenido en el depósito», p. 154.

# Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia

Miguel CARMONA RUANO

## I. INTRODUCCION

### 1. La aplicación «con matices» de los principios penales al derecho administrativo sancionador

El Tribunal Constitucional, desde una de sus primeras resoluciones, la sentencia 18/81, de 8 de junio, ha venido reiterando que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado».

Tal tesis es hoy pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, hasta el punto de que el párrafo transcrito ha llegado a ser casi un tópico, repetidamente citado.

No resulta, sin embargo, fácil la concreción de estos «matices» que, pese a la esencial unidad de ambos órdenes punitivos, diferencian, no obstante, la represión penal de la administrativa, de acuerdo con la tantas veces repetida y rara vez explicada fórmula del Tribunal Constitucional.

Las notas que siguen tratan precisamente de adentrarse en tales «matices», referidos a uno de los principios que rigen el derecho punitivo y que hoy ha adquirido rango de derecho fundamental, tras su reconocimiento en el artículo 24.2 de la Constitución: la presunción de inocencia.

### 2. El Derecho fundamental a la presunción de inocencia

Sabido es que tal derecho tiene, en la doctrina del Tribunal Constitucional una doble virtualidad, que ya había sido enunciada en los célebres «axiomas» de Pastoret:

a) Referida al tratamiento del imputado: éste ha de ser considerado inocente hasta tanto no haya quedado establecida, por sentencia firme (o por resolución administrativa firme), su culpabilidad (lo que no es incompatible con la adopción de medidas cautelares); y

b) referida al momento de la sentencia o resolución: para que se produzca la condena es preciso que ésta se funde en una prueba de cargo válidamente practicada, de la que se derive la culpabilidad del imputado.

No voy a detenerme en la primera vertiente, la cual tiene muy interesantes proyecciones en este

campo (de ellas quizá la más sobresaliente es su incidencia sobre la ejecutividad del acto administrativo sancionador sujeto a recurso). El objeto de estas notas se va a centrar, pues, en la segunda vertiente: en definitiva, en la prueba de la infracción.

### II. La prueba del hecho punible en la doctrina del tribunal constitucional

El Tribunal Constitucional tiene ya formado un abundante cuerpo doctrinal, referido al proceso penal, sobre la prueba del hecho punible.

Un buen resumen de la misma puede encontrarse en la reciente sentencia 182/89, de 3 de noviembre, fund. jur. 2.º, según la cual se asienta sobre las siguientes notas:

a) La carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa, de tal manera que, en el proceso penal, recae la carga de la prueba sobre las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal, sin que se pueda constitucionalmente exigir a la defensa una «probatio diabólica» de los hechos negativos;

b) por prueba en el proceso penal, como regla general, tan sólo cabe entender la practicada bajo la intermediación del órgano jurisdiccional decisor y la vigencia de los principios constitucionales de contradicción y publicidad, esto es, las pruebas a las que se refiere el artículo 741 de la LECrim son las pruebas practicadas en el juicio;

c) de la anterior regla general tan sólo cabe exceptuar los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el juicio oral y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción;

d) por consiguiente, no constituyen, en sí mismos, actos de prueba los atestados de la Policía Judicial, que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 de la LECrim), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un objeto de prueba;

e) por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la Policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 297.2 y 727 de la LECrim, que tales funcionarios presten declara-

ración en el juicio oral, debiendo, en su caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testimoniales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio, y

f) observadas las anteriores prevenciones, así como la obligación de razonamiento de la prueba, el órgano jurisdiccional de instancia es soberano en su libre apreciación.

En cuanto a la prueba en sí, ha de ser tal «que de algún modo pueda entenderse de cargo», producida con las debidas garantías personales y de la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado (n). (Ver en este sentido SSTCo 31/81, 105/85, 80/86, 82/88, 254/88, 44/89 y 3/90.)

De modo muy esquemático, puede resumirse, por tanto, tal doctrina en los siguientes principios básicos:

- Necesidad de existencia de prueba.
- La carga corresponde a las partes acusadoras.
- El momento de su práctica es el juicio oral.
- Ha de tratarse de prueba de cargo.
- Tiene que producirse con respeto a las normas procesales y garantías constitucionales.
- Una vez practicada tal prueba, su valoración por el Tribunal es libre, aunque ha de ser razonada.

En cuanto al objeto de la prueba ha de comprender tanto los hechos como la participación en ellos y culpabilidad del acusado (n) (SSTCo 105/86, 169/86, 44/87, 177/87 y 150/89) o, en palabras del Tribunal Supremo (S.<sup>a</sup> Sala 2.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 1989, art. 1.475), «tanto los componentes objetivos como los subjetivos de la infracción».

Finalmente, respeto de los medios de prueba, no se excluye la prueba indiciaria, pero es necesario que «los indicios estén plenamente probados, no pudiendo tratarse de meras sospechas y que el órgano judicial haga explícito el razonamiento en virtud del cual haya llegado a la conclusión de que el acusado realizó la conducta delictiva (SSTCo 174/85, 175/85, 229/88 y 107/89), razonamiento que ha de reflejar un nexo lógico con la necesaria racionalidad y coherencia (SSTCo 169/86, 150/87 y 256/88).

A impulso de esta doctrina constitucional, el Tribunal Supremo ha ido formando igualmente una jurisprudencia cada vez más precisa sobre condiciones de validez de la prueba para que ésta resulte apta para destruir la presunción de inocencia. De este modo, aunque no sin contradicciones, contamos hoy con pautas para enfrentar el valor probatorio de las diligencias sumarias, de las pericias llevadas a cabo en fase instructora (pruebas de alcoholemia, huellas dactilares), de las declaraciones del imputado y de los testigos de cargo en el sumario, de las imputaciones de los coimputados, etc.

De lo que se trata, en definitiva, es de reflexionar sobre hasta qué punto esta doctrina constitucional y jurisprudencial es trasladable al ámbito administrativo sancionador.

### III. LAS PECULIARIDADES DE LA SANCION ADMINISTRATIVA

#### 1. El contenido esencial del derecho fundamental

Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional nos ofrecen pautas valiosas para esta indagación. Uno y otro fundaron la extensión de principios penales a las sanciones administrativas no tanto (aunque también) en un presupuesto teórico de identidad de naturaleza (la «materia penal» en la terminología del TEDH), cuanto en la necesidad de que la imposición de sanciones, cualquiera que sea el órgano que las imponga, respete las garantías procesales del artículo 6.º del TEDH y artículo 24 de la CE, los cuales, en su dicción literal, están previstos para el proceso penal.

En palabras del primero (caso Engel y otros, Sentencia 8-6-76, párg. 81 y 82) «el Convenio permite sin duda a los Estados... mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el disciplinario, así como fijar sus límites». Pero advierte que «si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal... el juego de las cláusulas fundamentales de los artículos 6.º y 7.º se encontraría subordinado a su voluntad soberana». Sobre esta base, se remite para definir la «materia penal» (ámbito de aplicación de los preceptos del Convenio cuya aplicación se reclamaba) a cómo se define en la técnica jurídica del Estado demandado, si bien inmediatamente afirma que «se trata simplemente de un punto de partida», que «no tiene más que un valor formal y limitado», ya que «el control del Tribunal sería meramente ilusorio si no tomara igualmente en consideración el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado». Con esta argumentación, se estima legitimado para considerar si, en la imposición de las sanciones disciplinarias militares a que se refería el caso, se respetaron los derechos reconocidos por el Convenio a los «acusados en materia penal», para terminar apreciando efectivamente determinadas violaciones de dichos derechos.

El TEDH, por consiguiente, a la hora de determinar la aplicabilidad de las garantías del acusado al campo disciplinario, lo hace expresamente para que éste no pueda convertirse en un «terreno exento» de dichas garantías.

Más claramente aún se manifiesta en este sentido en el caso Öztürk (STEDH, 21 de febrero de 1984, párg. 52 y 53). El Gobierno alemán, en apoyo de la tesis de inaplicabilidad del artículo 6.º del Convenio, había alegado la naturaleza «completamente distinta» de las sanciones administrativas respecto de las penales, con el argumento de que «la sociedad, por medio del Derecho penal, protege sus propios fundamentos y los derechos e intereses básicos para la colectividad», mientras que «el Derecho de las "Ordnungswidrigkeiten" pretende, sobre todo, mantener el orden». De ello derivaba que las «contravenciones administrativas» no ponen de manifiesto una conducta indigna que merezca a su autor el juicio desfavorable de la pena, por lo que existe en-

tre ambas una diferencia que se manifiesta «tanto en el procedimiento como en las sanciones y en las demás consecuencias jurídicas» (distinto procedimiento, discrecionalidad en la persecución, limitaciones en la restricción de la libertad personal, no aplicabilidad de la sustitución de multa por prisión y ausencia de anotación en el Registro de Antecedentes Penales).

El Tribunal, que «no desestima el valor de dicha tesis», así como que la despenalización «no supone un mero cambio de nombre», concluye, no obstante, afirmando la naturaleza penal de la infracción a que se refiere el litigio (que era una infracción de circulación). Se basa para ello en que la norma jurídica «no se dirige a un grupo determinado que posea un estatuto especial... sino a todos los ciudadanos como usuarios de la carretera; les impone determinada conducta y acompaña esta exigencia con una sanción punitiva».

Pero, sobre todo, afirma que «se opondría al objetivo y propósito del artículo 6.º que garantiza a los «acusados» el derecho a ser juzgados por un tribunal y en un procedimiento justo, que se permitiere al Estado dejar fuera de la aplicación de dicho texto a toda una clase de infracciones por el mero hecho de calificarlas como leves». Con mayor razón aún, podemos añadir por nuestra cuenta, sería aplicable esta doctrina cuando, como ocurre en nuestro derecho, el ámbito punitivo de la Administración no se reduce a la imposición de sanciones leves, sino que, en multitud de ocasiones, se ventilan en ellas multas que, por su cuenta, rebasan amplísimamente el límite mínimo de las penas graves, o privaciones de derechos de trascendencia para el infractor superior a la de determinadas penas.

Retomando el razonamiento, esta misma línea es la que sigue el Tribunal Constitucional Español. En la ya citada sentencia 18/81, de 8 de junio, se enfrentaba a una multa impuesta de plano por un gobernador civil, en aplicación de la Ley de Orden Público, como consecuencia de una alteración en el servicio de correos. También en esta ocasión, tanto el abogado del Estado como el Ministerio Fiscal estimaban que el artículo 24 de la Constitución no era aplicable a las relaciones Administración-ciudadano, sino que comprende exclusivamente una serie de garantías propias del proceso penal.

En respuesta a estas alegaciones, el Tribunal, que reconoce que el artículo 24 de la CE no alude de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, estima, no obstante, que «la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental». Por ello, y tras la ya citada afirmación de la unidad esencial del ordenamiento punitivo del Estado, termina el fund. jur. 2.º de la sentencia señalando que dicha «interpretación finalista... nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentra en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.º de la CE». De modo que «no se trata, por tanto de una aplicación literal, dadas las diferencias apunta-

das, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional».

También el Tribunal Supremo ha seguido esta línea. En sentencia de la antigua Sala 5.ª, de 16 de febrero de 1989, tras abundar en que «unos mismos principios básicos han de presidir la potestad punitiva del Estado», afirma que ello «no implica de por sí que todas y cada una de las técnicas jurídico-penales hayan de trasladarse sin más al campo de las sanciones administrativas», sino que «las garantías básicas... hay que considerarlas comunes... en lo que constituye su núcleo fundamental, pero ello no excluye que después pueda acudir a fórmulas diferenciadas en cuanto a la técnica de calificación y castigo de los hechos, por cierto que con un sentido más flexible y abierto en el campo del derecho administrativo».

El punto de partida del análisis ha de venir determinado, siguiendo este esquema, por la delimitación de cuál sea esa «finalidad que justifica la previsión constitucional». O, lo que es lo mismo, por la indagación del «contenido esencial» del derecho fundamental, al cual se ha de ajustar, en todo caso, su desarrollo legislativo, en palabras del artículo 53.1 de la CE.

El contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia implica, en el aspecto que es objeto de este análisis (y volvemos a los «axiomas» de Pastoret), que no pueda imputarse al acusado «la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que se demuestre lo contrario» (STCo. 124/83, f.j.1), y que, por ello, «la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste (STCo. 77/83, f.j.2, relativa precisamente a una sanción administrativa).

Por tanto, hay que partir de una premisa básica: la formulación estricta del derecho a la presunción de inocencia, según la cual para que exista condena, ésta ha de fundarse necesariamente en una prueba plena de la culpabilidad, cuya aportación corresponde a quien formula la acusación, es aplicable, sin restricción alguna, a la potestad sancionadora.

Dicho de otro modo: la carga de la prueba del hecho objeto de sanción corresponde a la Administración, no al administrado. No cabe en este punto ninguna clase de «matiz». No es posible la imposición de sanción alguna con el fundamento de meras sospechas, y tampoco sobre la base de que el imputado no ha demostrado su inocencia.

Hay que hacer notar que el principio, en cuanto a su proclamación formal, había sido ya aceptado por la jurisprudencia preconstitucional (SSTS 22-5-57, 8-6-57 y 22-12-59, citadas por Bosch y Salom (n), y ha seguido siendo nominalmente proclamado sin contradicción por la posconstitucional.

## 2. Los «matices» del derecho administrativo sancionador

La duda no surge, por tanto, respecto de la posición de principio. Surge a la hora de descender a sus consecuencias. Más concretamente, se trata de determinar qué prueba ha de estimarse apta para

desvirtuar la presunción de inocencia, dónde y cómo ha de practicarse, y el valor que haya de darse a las frecuentes «presunciones de certeza» asignadas por normas de diverso rango a determinadas actividades administrativas de comprobación del hecho sancionable.

Ya en la citada sentencia 18/81, el Tribunal Constitucional funda los «matices», entre otras circunstancias, en el procedimiento sancionador y naturaleza del órgano ante el que se produce.

Pues bien, yo creo que éste es el dato principal que hay que tener en cuenta a la hora de las diferencias que, en este punto, se pueden producir entre uno y otro orden sancionador, y que derivan de dos notas básicas:

a) No cabe hablar de «juicio oral» como marco natural de práctica de la prueba, dado que no existe tal en el procedimiento administrativo. La prueba se practicará, por tanto, en el seno del expediente, bien en la «instrucción», bien en lo que podríamos llamar «fase contradictoria», tras la comunicación al interesado del pliego de cargos, o documento que haga sus funciones.

b) No son iguales los poderes y facultades de la Administración y del Tribunal Penal a la hora de recabar y practicar pruebas. Mientras los jueces y tribunales cuentan con la obligatoriedad general de colaboración establecida en el artículo 118 de la CE, la Administración no cuenta con una habilitación constitucional semejante para recabar la colaboración del ciudadano en su actividad punitiva. Tan sólo se contempla la obligación de «facilitar informes, inspecciones y otros actos de investigación» en el artículo 22 de la LPA, si bien «sólo en la forma y casos previstos por la Ley», y sin que, por otra parte, exista la previsión, con carácter general, de cuáles puedan ser las consecuencias del incumplimiento de tal deber. (Sí existe en algún campo sectorial, como, por ejemplo, el tributario, artículo 78.1 en relación con el 111 de la LGT. La inocuidad de tal incumplimiento se puso de manifiesto en la STCo. 219/88.)

Más en concreto, la Administración carece de instrumentos legales aptos para disponer de testigos y peritos. El tipo penal de la denegación de auxilio, del párrafo 2.º del artículo 372 del CP, sólo es aplicable a los que dejaren voluntariamente de comparecer ante un tribunal a prestar sus declaraciones. Tampoco existiría frente a la falsedad de sus testimonios o informes la protección específica de los tipos penales del falso testimonio (aunque sí, y también «con matices», la genérica de las falsedades en documento público). No existe en nuestro derecho regulación general que faculte a la Administración para el secuestro de lo que podríamos llamar «cuerpo de la infracción», por analogía con el «cuerpo del delito» de la LECrim, o para la incautación de vestigios materiales (aunque sí hay normas sectoriales que la prevén). Finalmente, la Administración carece, tanto directa como indirectamente, de los medios extraordinarios de aportación de material probatorio disponibles en el proceso penal, tales como entrada y registro, apertura de correspondencia, intervención de comunicaciones, etc.

Estas limitaciones probatorias llevan necesariamente a un distinto tratamiento de uno y otro orden

punitivo, cuyo alcance, no obstante, resulta más que problemático.

Desde el punto de partida de estas premisas, aplicación «sin matices» del contenido esencial del derecho y peculiaridades de la actividad probatoria en el expediente administrativo sancionador, es como se va a tratar de analizar, sin ánimo alguno de exhaustividad, alguno de los problemas más sobresalientes que pueden presentarse.

### 3. Comprobación del hecho

El momento previo al inicio formal de un expediente sancionador lo constituye la actividad administrativa de comprobación del hecho sancionable.

Hay que hacer notar que una de las razones generalmente esgrimidas para justificar la inevitabilidad de una potestad sancionadora en manos de la Administración es la incapacidad del Poder Judicial (de «crisis del sistema judicial penal» hablaba el profesor Parada en su ya clásico trabajo de la RAP de 1972) para dar una respuesta ágil y rápida a infracciones en masa, respuesta que precisaba de unos principios distintos de los propios del proceso penal, al que se supone lento y esclerotizado, «pensado y diseñado, según parece, para corregir cualquier infracción, menos las infracciones a la legislación administrativa» (Parada). Claro está que la respuesta también hubiera podido pasar por poner remedio a esas deficiencias, pero no se trata ahora de corregir la historia (aun sin renunciar al futuro), sino que de lo que procede en este momento es partir del dato de hecho de la existencia, constitucionalmente consagrada, de la potestad administrativa sancionadora.

Pero sí habría que considerar, aunque sea mínimamente, que en este campo, la Historia nos ha cogido a contrapié, de modo que, cuando en España se daban las condiciones para haber intentado corregir, al menos, la desmesurada extensión cuantitativa y cualitativa de tal potestad sancionatoria, se estaba produciendo en Europa un amplio movimiento doctrinal y legislativo en pro de la descriminalización y de la transferencia de competencias punitivas a la Administración el cual contaba también, entre otros fundamentos teóricos más de fondo (evitar la estigmatización propia del sistema penal) con la necesidad práctica de evitar el colapso, por meras razones cuantitativas, del sistema judicial penal y de facilitar una respuesta represiva ágil y rápida ante infracciones en masa (caso típico de las infracciones en materia de circulación), y también ante las nuevas formas infractoras, especialmente las relacionadas con el orden socioeconómico, cuyo carácter dinámico y cambiante se avenía mal con la rigidez del sistema penal.

En este camino «de vuelta», las legislaciones europeas que, de una u otra manera, han plasmado el movimiento despenalizador, se han detenido en regular la comprobación del hecho. Y lo han hecho, en general, en un doble sentido. En primer lugar, y como premisa, se parte de afirmar la aplicabilidad, subsidiaria o por analogía, de las normas correspondientes del proceso penal. En este sentido se pro-

nuncia el artículo 46.1 de la OwG alemana (Ley 1989/1975), y el artículo 13 de la Ley 698/81, de 24 de noviembre, italiana. Pero, al mismo tiempo, también se prevé una simplificación de la investigación, generalmente en el sentido de revestirla de menores requisitos que los que serían exigibles en un proceso penal y, a la par, de incrementar las facultades de los agentes de la Administración encargados de ella y, en ocasiones, el valor probatorio del resultado de su actividad. (En este sentido se pronuncia, por ejemplo en el art. 537 del CPP francés respecto de los «procés verbaux» de constatación de infracciones de simple policía, y también se encuentra en normas sectoriales en materia de aduanas, infracciones autonómicas y policía demanial).

Pero, en todo caso, esta flexibilidad viene acompañada por una precisa regulación de las posibilidades de intervención y contradicción por parte del imputado ya desde este momento, y, sobre todo, por una más inmediata intervención judicial (generalmente del juez penal) en caso de disconformidad del imputado, con facultades muy superiores a la mera revisión del acto administrativo.

En nuestro derecho, sin embargo, no existe regulación alguna de carácter general, si prescindimos de la escueta referencia a la «comunicación o denuncia» en el artículo 134.2 de la LPA, a la posible instrucción de una «información reservada» antes de proceder a la incoación formal del expediente prevista en el mismo precepto, y al contenido del artículo 136.1, según el cual «el instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción», pero sin regular medio concreto alguno de investigación y, sobre todo, sin prever la intervención del investigado, la cual sólo se produce tras la notificación del pliego de cargos.

La primera cuestión a plantearse sería cuál es el valor probatorio que habría que conceder a tal «comunicación o denuncia», a las «informaciones previas» e incluso, abierto formalmente el expediente, a estas «pruebas y actuaciones» a las que se refiere el artículo 136 de la LPA y que, no olvidemos, se han practicado sin conocimiento formal ni intervención del interesado.

En principio, el tratamiento habría de ser el mismo que el previsto para las denuncias, las investigaciones policiales y las actuaciones sumariales en el proceso penal.

Como ya se ha hecho con anterioridad somera referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las diligencias sumariales (sin perjuicio de las citas que más adelante se analizarán al hilo de problemas concretos), vamos a centrarnos en el tratamiento jurisprudencial referido al procedimiento administrativo sancionador.

Por de pronto, el tratamiento de la denuncia de un particular es claro: la mera denuncia no es apta para destruir la presunción de inocencia (S.<sup>a</sup> Sala 3.<sup>a</sup>, Sec. 1.<sup>a</sup>, 28-6-89, art. 4.919). En igual sentido la sentencia de la misma Sección, de 31 de julio de 1989 (art. 6.194), en la que se distingue, con base en el artículo 280 del Código de la Circulación, entre el «denunciante obligatorio» (Guardia Civil u otro agente de Tráfico) y el «voluntario» (particular), respecto

del cual, «resulta preciso, mediante la mecánica de una ratificación y de las declaraciones complementarias necesarias, comprobar la veracidad inicial de su contenido».

No resulta, por el contrario, ni mucho menos claro el tratamiento de la denuncia formulada por agentes administrativos.

El Tribunal Supremo, en sentencia dictada con ocasión del proceso especial de la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, la de 20 de enero de 1986, en que se alegaba vulneración del derecho a la presunción de inocencia, confirmó la dictada por la Sala de Zaragoza, que había estimado el recurso y anulado sanción del Gobierno Civil de Huesca por infracción de la LO 9/83. El fundamento de la anulación era que se había vulnerado el derecho «por cuanto ninguna prueba existe en las actuaciones administrativas acreditativas de la realidad de que aquéllos (los recurrentes) hubieran tenido una participación activa y destacada en la manifestación ilegal..., salvo el atestado de la Guardia Civil, atestado que según tiene declarado el Tribunal Constitucional a partir de su sentencia de 28 de julio de 1981 sólo tiene el valor de una simple denuncia, sin que sea suficiente para desvirtuar la mencionada presunción de inocencia».

En otras sentencias posteriores, como, por ejemplo, la ya citada de 31 de julio de 1989, se dice que, cuando se trata de un «denunciante obligatorio», «cabe aceptar, de entrada, que la denuncia presenta una apariencia inicial de veracidad, a modo de premisa apriorística a partir de la cual la Administración comienza a recoger los datos que le permitan completar el silogismo razonado de su decisión sancionadora»; sin embargo, «tal apariencia ha de coheretarse con la presunción de inocencia... de tal manera que la denuncia sólo podrá desembocar en la sanción que en ella se preconiza... mediante la práctica de las pruebas que proponga en su descargo el denunciado, o que de oficio reputé necesarias o relevantes la propia Administración», de modo que «se pueda llegar, objetivamente, a la convicción conclusiva de que la infracción denunciada ha sido cierta y racionalmente consumada».

Pero la doctrina jurisprudencial no es, ni mucho menos, tan unívoca como podría deducirse de estas declaraciones.

En otras resoluciones, y precisamente en una de la misma fecha y Sección (art. 6.192), se afirma que no es aplicable la alegada presunción de inocencia, ya que, al resultar el hecho de «la comprobación del policía municipal», existen «elementos suficientes para estimar concurren las pruebas de cargo necesarias para destruir tal presunción».

#### 4. Las presunciones de certeza

Pero, sobre todo, donde parece quebrar por completo esta línea es en lo referente a la *presunción de certeza* de denuncias o actas inspectoras levantadas por funcionarios administrativos.

A modo de ejemplo, en la misma materia de circulación, la sentencia de la antigua Sala 5.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 1989 (art. 789), parte de la afirmación de

la «presunción de certeza de los hechos consignados en las denuncias», que «no puede entenderse desvirtuada por las manifestaciones de otras personas aportadas a los expedientes administrativos»; en otra de 7 de junio pasado (art. 4.620) se recoge la «presunción de veracidad» de la denuncia de un guarda fluvial. Y son numerosísimas, y por ello de cita innecesaria, las sentencias que fundan la confirmación de la sanción impuesta en la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo.

No obstante, la divergencia es más aparente que real. En primer lugar, hay que hacer notar que, dentro del propio proceso penal, se han producido también importantes «matizaciones», tanto por el Tribunal Supremo como por el Constitucional, respecto del valor inicial de mera denuncia, no apta para desvirtuar la presunción de inocencia, que al atestado policial asignaba la ya citada STCo 31/81, de 28 de julio, con base en lo dispuesto en el artículo 297 LECrim.

El matiz, por otra parte, ya estaba implícito en este mismo precepto cuando, junto al valor de denuncia que confiere a los atestados el párrafo 1.º, afirma en el párrafo 2.º que «las demás declaraciones que prestaren (los funcionarios de policía) deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testimoniales en cuanto se refieren a hechos de conocimiento propio».

Sobre la base de esta distinción, el Tribunal Constitucional ha afirmado, por ejemplo en sentencia 201/89, de 30 de noviembre, que la doctrina consolidada desde la ya citada sentencia 31/81 «no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales». La tienen, por una parte, cuando «sean producidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a los acusados someterlas a contradicción» (nótese que, conforme a las también reiteradas sentencias, como la 80/86, 82/88 ó 137/88, ello no es estrictamente equivalente a la ratificación en el acto del juicio oral por testimonio de los policías intervinientes). Pero también cuando «son de imposible o muy difícil reproducción, en cuyo caso constituyen prueba apta para formar la convicción con tal de que se solicite su lectura en el juicio oral, en los términos del artículo 730 LECrim (doctrina afirmada desde la sentencia 62/85), pues «es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa».

De esta forma, se viene afirmando de modo uniforme el valor probatorio de elementos obrantes en los atestados, tales como los croquis confeccionados por la Guardia Civil de Tráfico «respecto del lugar del accidente y forma en que quedaron los vehículos siniestrados» (SSTCo 107/83 y la ya citada 201/89).

El Tribunal Supremo va mucho más allá, como ocurre en sentencias de la Sala 2.ª, de 4 y 17 de abril y 24 de mayo de 1989, en las que se dice que los atestados «tan sólo tienen el valor de simple denuncia, careciendo en lo subjetivo de valor probatorio de posible apreciación por el juzgador, pero en

los datos de naturaleza objetiva y especialmente en los referentes a la detención de los inculcados cuando de delitos flagrantes o cuasiflagrantes se trata, así como la ocupación «in situ» de armas, drogas u otros efectos del delito, son diligencias perfectamente valorables, y que, en ocasiones, exentan (sic) de la obligación de practicar otros acreditamientos de cargo». Similar doctrina se contiene en sentencia de 7 de abril de 1989, relativa a prueba dactiloscópica, en la que se afirma que «no se trata de un atestado, que tiene valor de denuncia», sino de una prueba pericial que «con toda evidencia constituye, si no se destruye, una prueba que, en este caso, es de signo acusatorio y suficiente para legitimar la condena».

Nótese, no obstante, que también existen resoluciones contradictorias con las que se acaban de citar. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en reciente sentencia 3/90, de 15 de enero, continúa considerando respecto de la prueba de alcoholemia que «no es suficiente la mera lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado de la prueba..., pues es preciso que... sea ratificada en el acto del juicio por los agentes que la practicaron a fin de ser sometida a contradicción». Y también la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de febrero de 1989 (frontalmente contradictoria con la ya citada de 7 de abril), casó la condena basada en prueba dactiloscópica, ya que para que pueda considerarse prueba pericial es necesario que «todos o algunos de los peritos ratifiquen su dictamen a presencia judicial y comparezcan en el acto del juicio oral, donde puedan ser interrogados por las partes».

En definitiva, a pesar de los claroscuros inevitables, e incluso de la muy preocupante tendencia a relativizar la exigencia de que la prueba se practique, en todo caso, en el juicio oral (recuérdese que el ya citado párrafo 2.º del art. 297 de la LECrim habla de «valor de declaraciones testimoniales»), podemos retener el dato de un distinto tratamiento probatorio del atestado en sí y de las investigaciones policiales que en él se reflejan, respecto de los «hechos de conocimiento propio» de los funcionarios policiales que en él intervienen.

Pues bien, no muy distinta llega a ser la solución que viene adoptando la mejor jurisprudencia respecto de la tan llevada y traída *presunción de certeza* de determinadas comprobaciones administrativas del hecho, con la importante diferencia, ya señalada, respecto del proceso penal, de que en el procedimiento administrativo sancionador no existe juicio oral y, por tanto, no cabe hablar de necesidad de que el resultado de la comprobación efectuada se reproduzca en él.

El Tribunal Supremo mantiene, sin vacilaciones, la validez de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1860/75, de 10 de julio (la Ley 8/88, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aún no ha «entrado en vigor» en la jurisprudencia), según el cual «las actas de la Inspección de Trabajo, que se extiendan con arreglo a los requisitos que para cada clase se establecen... gozarán de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario». Incluso se afirma que este texto contiene una «inversión de la carga de la prueba» (SS.

21-3-89, A. 2.117 y 19-5-89, A. 3.798), lo cual no deriva, al menos literalmente, de tal texto. Como tampoco la extensión de la presunción a las comunicaciones de los controladores de empleo que a ella se incorporan (SS. 6-3-89, A. 1.941 y 23-4-89, A. 2.869), e incluso al informe del propio inspector tras el escrito de descargo del imputado (S.ª 1-6-89, A. 4.320).

Pero, al mismo tiempo, se introducen importantes restricciones al alcance objetivo de la presunción.

En primer lugar, se afirma que la misma «sólo alcanza a las situaciones fácticas, no pudiendo extenderse a los juicios de valor» (S.ª 2-6-89, A. 4.306), o a las calificaciones jurídicas.

A continuación, resulta ya clásica la doctrina según la cual «tal presunción de veracidad alcanza o beneficia a los hechos consignados en el acta por percepción directa del inspector actuante, de forma que al desempeñar su función los advierte y recoge» (S.ª TS 27-6-86) o bien «por alguno de los medios por los cuales la Inspección... puede desempeñar su función fiscalizadora, regulados en el artículo 6 del decreto». (SS. 29-3-89, A. 2.146, 28-4-89, Ad. 3.146 y 17-5-89, A. 3.758), aunque en este caso resulta exigible incorporar al acta las fuentes de conocimiento (S.ª 21-3-89 citada).

Este criterio es el que hoy recoge el artículo 52.2 de la ya citada LISOS, que la circunscribe a los «hechos reflejados en la misma, que hayan sido constatados por el inspector actuante».

Tras este examen de la jurisprudencia más reciente, que me temo haya resultado demasiado prolijo, se puede ya avanzar la tesis que se sostiene sobre la validez constitucional de tales presunciones de certeza.

En mi opinión, si se entendiera tal presunción en unos términos literales, como los que reflejan las frecuentes alusiones jurisprudenciales a «inversión de la carga de la prueba», de modo que sean suficientes para fundar la sanción los hechos afirmados por un funcionario público que tenga encomendadas funciones investigadoras, y frente a ellos sea el administrado quien sufra la carga de demostrar que tales hechos no son ciertos para evitarla, se estaría vulnerando de modo abierto el contenido esencial, mínimo y no susceptible de «matiz» alguno del derecho fundamental a la presunción de inocencia que, como ya se ha visto, consiste justamente en lo contrario, en que no es posible imponer sanción alguna sin una prueba plena de los hechos objeto de acusación y que la carga de dicha prueba ha de recaer sobre quien sostiene tal imputación.

No obstante, también estimo que resulta posible una interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales en que se contiene tal presunción, como el ya citado artículo 52.2 de la LISOS. Interpretación que siempre ha de buscar por el intérprete, con carácter preferente al juicio negativo de constitucionalidad de la norma, tal como enseña el artículo 5.º.3 de la LOPJ.

Tal adecuación a la Constitución pasaría por las siguientes premisas:

1.º En cuanto supone regulación de un instituto procesal en sentido amplio, que afecta además a un derecho fundamental, está sometida a reserva absoluta de ley, en los términos del artículo 53.1 de la

CE. Tal reserva queda cumplida, en los ámbitos en que es más frecuentemente invocada, tanto por la LISOS como por la Ley 18/89, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (Base 8.ª.2). También puede afirmarse que la cumplía el ya citado artículo 38 del Decreto 1860/75, en cuanto, en definitiva, no hacía sino reproducir lo que ya disponía el artículo 13.1.2.º, c) de la Ley 39/62, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo. No podría decirse lo mismo, por el contrario, respecto del artículo 283.II del Código de la Circulación (aunque aquí nos encontraríamos con el problema de la norma preconstitucional).

2.º En ningún caso puede interpretarse como inversión de la carga de la prueba. La llamada «presunción de certeza» no se opone al reconocimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia si se entiende como que el reflejo en el acta, o en el documento que haga sus veces, de los hechos directamente percibidos o comprobados por el inspector o por el funcionario público que tenga asignadas funciones de vigilancia o comprobación de infracciones en general es apta para constituir una prueba de cargo, valorable como tal, junto a las demás pruebas, a la hora de la imposición o revisión jurisdiccional de la sanción.

En este sentido resultaba mucho más correcta la dicción de la Ley 39/62 ya citada cuando afirmaba que «las actas tienen valor probatorio, salvo prueba en contrario», que las actuales leyes de Infracciones y Sanciones y de Seguridad Vial, que hablan, respectivamente, de «presunción de certeza» (expresión no utilizada anteriormente a nivel legislativo) o de que «harán fe», expresiones ambas que, como ya se ha dicho, tomadas al pie de la letra, y sobre todo si se relacionan con la ya mencionada falta de intervención del imputado en la actividad investigadora inicial tanto en uno como en otro caso, resultarían frontalmente inconstitucionales.

3.º Tal valor probatorio de cargo sólo alcanza a los hechos directamente comprobados por el funcionario investigador, de modo que, para que opere, resulta necesaria una descripción de hechos, no de conclusiones jurídicas o valorativas que de ellos pueda obtener el inspector, y, en su caso, la unión al acta o documento similar de los documentos, testimonios y demás elementos probatorios obtenidos en la actividad investigadora, de modo que, tanto la autoridad administrativa sancionadora como el Tribunal a la hora de su revisión, pueda valorar también el conjunto probatorio tenido en cuenta por el inspector y, en caso de prueba indiciaria, el nexo lógico que ha llevado de los indicios probados a los hechos de que ellos se obtienen.

4.º En este contexto de la prueba de cargo, la fuerza probatoria, si se quiere incluso relativamente privilegiada, de dichas actas vendrá justificada por la especialización técnica, objetividad e imparcialidad que, ahora sí sin inconveniente alguno, hay que presumir preside la actuación de estos funcionarios, en los términos del artículo 103 de la CE.

De igual modo, y ya sin más privilegio que el que se derive de su propia credibilidad interna, también serán valorables como prueba de cargo las demás

comprobaciones administrativas de carácter objetivo de hechos tipificados como sancionables.

Tanto en uno como en otro caso sería menester distinguir, no obstante, entre la comprobación directa, flagrante podríamos decir, del hecho por el agente administrativo, respecto de la cual no serían necesarios mayores requisitos que su plasmación escrita con el suficiente detalle (que, repito, ha de referirse a los hechos, no a las conclusiones que de ellos obtiene el agente), y la comprobación efectuada mediante una investigación más o menos compleja.

En este último caso, estimo que sería exigible, por aplicación analógica del artículo 118 LECrim, la comunicación «inmediata» al implicado de la apertura de la investigación, aun cuando no se haya abierto formalmente expediente sancionador, de modo tal que se posibilite su participación contradictoria ya en fase de investigación.

Además de ello, como ya se ha apuntado, es exigible, y ahora ya por la propia naturaleza del acto, que al acta o comunicación en el sentido del artículo 136.2 de la LPA que va a determinar la apertura del expediente, se acompañen los documentos, declaraciones u otros medios de toma de datos de hecho que funden la apreciación del inspector, de modo que ésta no se convierta en un acto de fe cuyas fuentes de conocimiento quedan en su fuero interno, sino que sea en todo momento susceptible de contradicción real (y no ya sólo meramente formal) por parte del imputado, y de valoración por parte del órgano sancionador y de la jurisdicción revisora.

## CONCLUSIONES

Permítanme, como resumen y a modo de conclusiones, establecer las siguientes:

a) En el derecho administrativo sancionador resulta plenamente aplicable el derecho fundamental a la presunción de inocencia en su contenido esencial de que la carga de la prueba del hecho y de la participación en él del imputado corresponde a la Administración. En este contexto, la «presunción de certeza» que algunas leyes asignan a determinadas actuaciones administrativas sólo pueden interpretarse como que tales actuaciones, con las restricciones señaladas, pueden ser valoradas como prueba de cargo apta para fundar, junto con el resto del material probatorio, la convicción del órgano administrativo con competencia sancionadora y del órgano jurisdiccional encargado de su revisión. Nunca como inversiones de la carga de la prueba, de modo que corresponda al administrado demostrar su inocencia frente a lo afirmado por la Administración.

b) Resulta cada vez más urgente que el legislador aborde la elaboración de unas normas generales sobre la potestad sancionadora de la Administración.

c) Igualmente resulta apremiante una redistribución de atribuciones entre la Administración y la Jurisdicción Penal. Si la sanción administrativa puede ser un instrumento válido y, en algunos supuestos, quizá, más eficaz que la pena (mayor flexibilidad, intermediación, ausencia de estigmatización, etc.), no es,

sin embargo, absolutamente intercambiable con ésta.

Ciertamente, corresponde al legislador, dentro de su amplia libertad de configuración normativa, decidir qué técnica estima más adecuada para la protección de un bien jurídico determinado, si la penal o la administrativa. Pero esta libertad encuentra su límite en la racionalidad del sistema y, sobre todo, en la adecuación de una u otra a los principios que le son propios.

En este marco no cabe olvidar, como ya ha dicho el Tribunal Constitucional (S.<sup>a</sup> 77/83), la relativa excepcionalidad de la actuación sancionadora de la Administración.

La sanción administrativa, con sus correspondientes «matices» respecto de la penal, es constitucionalmente admisible referida a ilícitos de menor gravedad, a los cuales, por un elemental principio de proporcionalidad, ha de corresponder una sanción igualmente de gravedad menor. Este ha sido en otros países europeos el fundamento del movimiento descriminalizador.

Lo que ya no resulta admisible es una atenuación de los principios penales, referidos a la legalidad, culpabilidad y prueba, respecto de la imposición de sanciones que en ocasiones alcanzan una gravedad cuantitativa muy superior a la penal correspondiente (p. ej., multas millonarias y privaciones de derechos).

Pero no son sólo razones garantistas las que exigen tal redistribución de potestades sancionadoras. También viene exigida por elementales razones de política criminal, que exigen que, en modo alguno, el infractor pueda encontrar rentable la comisión de un delito, lo que ocurriría si en la práctica la sanción que pueda imponerse por éste va a ser inferior a la que le correspondería si el hecho quedase en un más leve ilícito administrativo.

En definitiva, tanto unas como otras razones exigen que se afronte en nuestro país de un modo decidido los límites entre uno y otro ordenamiento punitivo, de modo que la represión de ilícitos de mayor gravedad y la imposición de sanciones igualmente más graves quede reservada a la jurisdicción penal, y la potestad punitiva en manos de la Administración limitada a la represión de ilícitos menores, sancionados principalmente con multa.

d) Llevada a cabo esta redistribución de órdenes punitivos, es preciso adecuar el procedimiento de imposición de sanciones administrativas y, sobre todo, de su revisión jurisdiccional, a la entidad de la infracción y de la sanción.

En este contexto «normalizado» no se sostiene que las penas más altas se impongan por un sistema de instancia única, mientras que la revisión de una resolución administrativa sancionatoria sea susceptible de un previo recurso administrativo y, posteriormente, de dos instancias judiciales o, en su caso, de una instancia judicial única a ventilar precisamente ante los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional o incluso Tribunal Supremo. Se revela una vez más en este punto la irracionalidad de que la atribución de competencias en el orden contencioso administrativo no venga determinada por la naturaleza o incluso cuantía de la relación

jurídica, sino por la «categoría» del órgano administrativo que dictó la resolución.

Más racional sería, desde luego, atribuir la competencia para la revisión jurisdiccional de las sanciones, cualquiera que sea el órgano que las impuso, a los futuros Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, a través de un proceso sin más trámites que un juicio oral, al que se accediese por la mera disconformidad del administrado con la sanción impuesta, alegada ante la propia Administración, con remisión directa del expediente y práctica concentrada de alegaciones y pruebas, con intervención del agente administrativo que efectuó la comprobación del hecho.

e) Igualmente «de lege ferenda», sería necesaria la urgente regulación en nuestro derecho del procedimiento de comprobación administrativa del hecho sancionable. No me refiero en este punto a las garantías de lo que pudiéramos llamar «contradictorio», esto es, la actividad probatoria tras la comunicación al interesado del pliego de cargos y de la propuesta de resolución (por cierto, no prevista expresamente en los artículos 136.3 y 137.1 de la LPA, que sólo se refieren literalmente al derecho del interesado a «contestar» el primero y a «formular alegaciones» respecto de la segunda). Me refiero al momento anterior: a la actividad administrativa previa al pliego de cargos. Más concretamente, a las garantías de que ha de revestirse la actividad investigadora de la Administración, recogida de vestigios materiales, informaciones testificales, etc., toda la cual se lleva a cabo hoy sin comunicación ni intervención alguna del imputado, cuya primera intervención formal en el expediente sancionador viene determinada precisamente por la notificación del pliego de cargos prevista en el ya citado artículo 136.3 de la LPA.

## BIBLIOGRAFIA

Añyar de Castro, Lola: «Sistema penal y sistema social. La criminalización y la descriminalización como funciones de un mismo proceso», en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, num. 16, 1981.

Baratti, Giorgio: *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*. Giuffrè, Milano, 1984.

Bermejo Vera, J.: «La tutela judicial del administrado», en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, num. 35, 1982.

Cano Mata, Antonio: *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Edersa, Madrid, 1985.

Casabo Ruiz, J.: «La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal», en AA.VV.: *La reforma penal y penitenciaria*, Univ. de Santiago de Compostela, 1980, págs. 273 y ss.

Colomer, A.: «El poder de la Administración sancionadora: hacia una limitación», en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 141, 1981.

D'ippolito, Roberto. *Aspetti processuali della depenalizzazione*. Pacini Editore, Ospedaletto, 1986.

Enciso Berdejo, M.: «Consideraciones acerca de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social», en *Temas Laborales*, num. 13, 1988, págs. 9 y ss.

Escudero Rodríguez, R.: «El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social», en *Relaciones Laborales (RL)*, núm. 11, 1989, págs. 29 y ss.

Garben Llobregat, José: *Aplicación del derecho y garantías constitucionales a la potestad y procesamiento administrativo sancionador*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

Garberi Llorcat, José: «Presunción de inocencia "versus" deber de colaboración cívica con la Administración sancionadora», en *Poder Judicial (PJ)*, núm. 14, 1989, págs. 113 y ss.

García Blasco, Juan: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/88, de 7 de abril*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.

Guerra San Martín, José; Belloch Julve, Juan Alberto, y Torres y López de la Calle, Enrique: «El derecho a la presunción de inocencia», en *La Ley*, num. 4/1982, pp. 1183 a 1206.

López-Nieto y Mallo, Francisco: *Las sanciones municipales*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1984.

Martín-Retortillo y Baquer, Lorenzo: «Multas administrativas» en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XVI, Ed. Seix, Barcelona, 19.

Martínez Pérez: «La inflación del derecho penal y del derecho administrativo», en AA.VV. *Estudios penales y criminológicos VI*, Univ. Santiago de Compostela, 1983.

Mendizabal Allende, Rafael de: «La presunción de inocencia en el ámbito de la potestad sancionadora de la Hacienda Pública», en *Tapia*, oct., 1989, págs. 13 y 14.

Mattes, Heinz: «Problemas de Derecho Penal Administrativo», tomo *Historia y Derecho comparado*, Edersa, Madrid, 1979.

Montoya Melgar, Alfredo: «Procedimiento de imposición de sanciones por infracción de la legislación laboral», en *DC*, núm. 129.

Muñoz Machado, Santiago: «La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas», en *REDA*, núm. 11, 1976.

Parada Vázquez, José Ramón: «El poder sancionatorio de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», en *RAP*, núm. 67, 1972.

Parada Vázquez, José Ramón: «Infracciones administrativas. Evolución en el derecho español», en *PJ*, num. 4, 1982, págs. 19 y ss.

Peris Riera, Jaime Miguel: *El proceso despenalizador*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, Col. Estudio, 1983.

Prieto Sanchis, L.: «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», en *REDC*, 4, 1982, págs. 9 y ss.

Puig Galindo: «Notas sobre la potestad sancionadora de la Administración», en *BIMJ*, num. 1.477, 1987, págs. 4108 y ss.

Rivero Isern, José Luis: «Disciplina de mercado en el derecho español», en *DA*, num. 195, 1982, págs. 49 y ss.

Rodríguez-Sañudo, Fermín: «Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social», en *RL*, tomo II/88, págs. 5 y ss.

Rubio de Casas, M.: «De nuevo sobre la potestad sancionadora. La sentencia del TC de 6 de junio de 1984», en *REDA*, num. 42, 1984.

Rubio de Casas, M.: «Potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del TEDH de 21-2-84, caso Öztürk», en *RAP*, 104, 1984.

Ruiz Castillo, María del Mar: «La potestad sancionadora de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo», en AA.VV.: *VI Jornadas Andaluzas de Derecho de Trabajo*, CARL, Sevilla, 1989.

Rupert Nebot, Lorenzo: «Sanciones administrativas y libertades públicas», en *Rev. Gen. Der.*, 1989, págs. 4491 y ss.

Sandulli, Maria Alessandra: *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimenti*, Casa ed. Dott. Eugenio Joven (Publ. Fac. Giur. Univ. Napoli), Napoli, 1983.

Soriano García: «Sanciones de plano: su vigencia», en *REDA*, núm. 26, 1980.

Suay Rincón, José: «El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma», en *RAP*, núm. 109, 1986.

Suay Rincón, José: *Sanciones administrativas*, Studia Albornotiana, Zaragoza, 1989.

Tomás y Valiente, Francisco: «In dubio pro reo», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, en *REDC*, num. 29, 1987, págs. 9 y ss.

Travi, Aldo: *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*. Cedam, Padova, 1983.

Vázquez Mateo, Felipe: «La Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social y puesta en práctica», en *RL*, tomo I/89, págs. 85 y ss.

Villar y Romero, José María: «Faltas gubernativas», en *NEJ*, tomo IX, Seix, Barcelona, 1958.

# DOSSIER: HUELGA DE HAMBRE DE LOS «GRAPO», DERECHO Y ETICA

## La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO

Manuel ATIENZA

1. Como es bien sabido, a finales de 1989 varios presos de los Grupos Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO) se declararon en huelga de hambre como medida para conseguir determinadas mejoras en su situación carcelaria; básicamente, con ello trataban de presionar en favor de la reunificación en un mismo centro penitenciario de los miembros del grupo, lo que significaba modificar la política del Gobierno de dispersión de los presos por delitos de terrorismo. Diversos jueces de vigilancia penitenciaria y varias Audiencias Provinciales han tenido que pronunciarse en los últimos meses acerca de si cabe o no autorizar la alimentación forzada de dichos reclusos cuando su salud se ve amenazada precisamente como consecuencia de la prolongación de la huelga de hambre. El problema, como era lógico, trascendió a la opinión pública, en cuyos medios de expresión ha sido profusamente discutido. Aquí me propongo examinar la argumentación utilizada para defender las diversas posturas adoptadas al respecto, prestando una especial atención a los argumentos contenidos en los autos de los juzgados y audiencias indicados.

2. Las soluciones propuestas parecen haber sido las dos siguientes: 2.1) considerar que la Administración está autorizada a (lo que significa también, tiene la obligación de) alimentar a los presos forzosamente, aun cuando éstos se encuentren en estado de plena consciencia y manifiesten, en consecuencia, su negativa al respecto; y 2.2) considerar que la Administración sólo está autorizada a tomar este tipo de medidas cuando el preso ha perdido la consciencia. Hay una tercera solución posible, 2.3) que no ha sido mantenida en ninguna de las decisiones judiciales analizadas y que consiste en entender que la Administración no está autorizada a tomar tales medidas, ni siquiera en este último supuesto.

2.1. En la defensa de la primera de estas tres soluciones cabe todavía distinguir tres líneas de argumentación.

2.1.1. La primera línea es la seguida por un auto del juez de vigilancia penitenciaria de Cádiz (de

24-1-90) y, sobre todo, por tres autos —coincidentes en cuanto al fondo y en buena parte también en cuanto a la forma— de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza (de 14-2-90, 16-2-90 y 16-2-90). La base de la argumentación, en todos los casos, es —cabría decir— el carácter sagrado de la vida que lleva a considerarla como un bien del que no cabe disponer libremente y que está en una situación de preeminencia frente a cualquier otro: el derecho a la vida debe prevalecer siempre frente a cualquier otro derecho con el que entre en conflicto. En el caso del juzgado de Cádiz, esto se justifica sobre la base de que el derecho a la vida implica también «la obligación de hacer lo posible por conservarla, pues en rigor nadie es dueño absoluto de su propia vida, ya que no la crea, sino que la recibe». En el caso de los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dos de ellos (15/90 de 14-2 y 17/90 de 16-2) contienen un mismo fundamento de derecho (el segundo) redactado en términos casi idénticos y en el que se hace referencia a que «la vida es la base y fundamento del ejercicio de todos los derechos individuales; es algo más que un derecho. Es un estado de la persona humana inmanente a la misma. Ontológicamente es el primero y fundamental derecho humano, propiamente dicho, que prima sobre todos los demás, que no existen sin aquél, ya que es el origen, emanación y fin, en definitiva, de todos ellos». Esta «declaración de principios» se completa en ambos casos con una misma apelación al Derecho natural: «Ante la laguna de derecho positivo para resolver el tema con normas de derecho material, no cabe otra solución que aplicar los superiores criterios del Derecho natural» (fundamento jurídico séptimo y noveno, respectivamente). El tercero de los autos (16/90 de 16-2) está redactado en términos ideológicamente más comedidos y en él no aparece ya ninguna referencia al Derecho natural. Su fundamento de Derecho segundo establece que «la vida es la base y fundamento de ejercicio de todos los derechos individuales, y el derecho a la vida es, ontológicamente, el fundamental, pues sin éste no pueden ejercerse los demás. De ello se deduce

la preeminencia de este derecho sobre cualquier otro, y así resulta del texto constitucional, que antepone en su artículo 15 del derecho a la vida a todos los demás, y del artículo 3.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos».

2.1.2. La segunda línea de argumentación se basa, como la primera, en reconocer una prioridad al derecho a la vida frente a los otros derechos que puedan entrar en colisión con él, pero la justificación de dicha prioridad aparece ahora en términos menos metafísicos y más jurídico-positivos. Este es el sentido del auto de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (de 15-2-90) que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una resolución del Juzgado de Vigilancia número 2 de Madrid, en la que se defendía la postura que veremos en 2.2. Esencialmente, la argumentación es la siguiente:

a) Cualquier recluso tiene derecho a la huelga de hambre, pero ello no quiere decir que no pueda actuarse sobre el huelguista en ningún momento ni de ninguna forma.

b) Cuando la vida del huelguista corre peligro, la Administración puede y debe intervenir para evitar la muerte, pues en otro caso cometería un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis del Código Penal (y quizá también uno de auxilio al suicidio en comisión por omisión del art. 409).

c) La razón de esto último es que el bien jurídico protegido en el artículo 489 bis es la solidaridad humana, que es irrenunciable. Ello significa que el bien se lesiona también si el sujeto en peligro trata de poner fin voluntariamente a la vida.

d) La obligación de actuar que tiene la Administración y los derechos constitucionales del huelguista (derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la CE, derecho a la vida del art. 15 de la CE y derecho a la libertad ideológica del art. 16 de la CE) son conciliables de la siguiente forma: «respeto absoluto a la manifestación del sujeto de no alimentarse cuando de forma libre y consciente así lo haya asumido y mientras se mantenga en ese estado de libre determinación y conciencia, con lo cual conseguirá los fines de la manifestación que se propone, mas cuando esa situación por continuidad en el tiempo llegue al grado de poner en peligro su vida, surgirá la obligación de la administración penitenciaria (...) de asistirle médicamente conforme a criterios de la ciencia médica, que en modo alguno pueden consistir en la obligación de hacer ingerir alimentos por vía bucal, con lo que el sujeto en "huelga" prolongará en el tiempo su postura reivindicativa, tesis que cobra mayor virtualidad cuando en modo alguno se puede inferir que el huelguista pretende su muerte» (fundamento jurídico segundo).

2.1.3. Una forma muy distinta a las dos anteriores de llegar a esta misma solución la ofrece un artículo de Miguel A. Aparicio (en «El País», 7-3-90) que se basa en considerar que la huelga de hambre constituye un supuesto de abuso de un derecho fundamental. Las líneas esenciales de su argumentación podrían sintetizarse así:

a) El problema que aquí se plantea concierne al ejercicio del derecho a la vida (art. 15 de la CE) canalizado a través del principio-derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE), pero

no nos hallamos ante el ejercicio del derecho de huelga o ante una concreción del derecho a la libertad ideológica y/o de expresión.

b) El derecho a la vida es un «auténtico derecho subjetivo» cuyo contenido es el de vivir o dejar de vivir, de manera semejante a como ocurre con los otros derechos fundamentales (por ejemplo, sindicarse o no sindicarse, etc.). El Estado no puede intervenir en dicho contenido: «la afirmación de que el Gobierno tiene la obligación de preservar la vida de los presos es, en este sentido, una mayúscula tontería».

c) Hay que distinguir entre el contenido y el ejercicio de los derechos, pues aunque el Estado no pueda intervenir por lo que se refiere a su contenido, todo derecho está limitado en cuanto a su ejercicio a que «se desenvuelva mediante una actividad lícita y conforme a unos fines tolerados por el ordenamiento constitucional».

d) La huelga de hambre no es lícita: «sería constitucionalmente lícita si lo que se pretende es morir, no si lo que se intenta es presionar, y se convierte en este sentido en uno de los supuestos más claros de abuso de los derechos fundamentales»; y el fin perseguido de presionar sobre la política penitenciaria del Gobierno «choca con el propio esquema de los bienes constitucionalmente protegidos».

e) En conclusión, «el ejercicio del derecho a la vida y el libre desarrollo a la personalidad de los huelguistas en hambre se halla especialmente limitado, hasta hacerlo compatible con los bienes constitucionalmente protegidos. Lo cual implica, ni más ni menos, que constitucionalmente es legítimo imponer, mediante sistemas que no vulnere frontalmente la dignidad del recluso (...), su alimentación obligatoria».

2.2. La segunda postura ha sido mantenida en los autos de 9-1-90, 25-1-90 y 25-1-90 de los jueces de vigilancia penitenciaria de Valladolid, Zaragoza y número 1 de Madrid, respectivamente, en el auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 10-3-90 y, aunque no en forma del todo clara, en el voto particular formulado por la magistrada Pedraz Calvo a la resolución de la Audiencia de Madrid ya señalada. Este punto de vista parece encontrar también un considerable apoyo en la doctrina penal española (cfr. J. L. Díez Ripollés, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en «El País», de 30-1-90); del mismo autor, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en «Cuadernos de Política Criminal», n.º 30, 1986, pp. 603-659; M. Bajo y C. Suárez González, *Huelga de hambre y respeto a la libertad*, en «El País», 20-1-90). Sintetizaré a continuación la argumentación contenida en el primero de los autos mencionados (dictado por el juez Sánchez Yllescas) y luego añadiré algunos otros argumentos que se encuentran en las otras resoluciones y trabajos indicados (y en la medida en que no son una mera repetición de los primeros):

a) El artículo 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece el deber de la Administración de velar por la vida, salud e integridad de los internos. Dicha obligación asistencial se deriva de la especial situación en que se encuentra el recluso «que por su privación de libertad no puede por sus propios medios atender al cuidado de su salud acudien-

do a los mecanismos asistenciales ordinarios de todo ciudadano» (fundamento segundo).

b) Dicha obligación debe verse «desde una perspectiva garantista [aquí el juez sigue la opinión de Díez Ripollés] e implica el deber de ofrecer prestaciones sanitarias o alimenticias, pero en absoluto autoriza a imponerlas contra la voluntad del recluso».

c) El internado en centro penitenciario goza de los mismos derechos fundamentales que el ciudadano libre, en la medida en que éstos sean compatibles con el cumplimiento de la pena, como ocurre en este caso. Legalmente, es imposible actuar médica o asistencialmente contra la voluntad expresa de un ciudadano consciente.

d) El deber asistencial de la Administración debe ceder ante el derecho del interno a que se respete su decisión libre y voluntaria. La alimentación forzada iría contra el artículo 10 de la CE (dignidad de la persona), podría constituir un trato degradante (prohibido por el art. 15 de la CE), está tipificado como delito de coacciones, e incluso podría verse como un delito de torturas (del art. 204 bis del Código Penal).

e) El deber de velar por la integridad y salud de los internos reaparece, sin embargo, en el caso de pérdida de la consciencia por parte del huelguista, aun cuando el recluso hubiese previsto esta situación y hubiese manifestado que tampoco entonces deseaba que se le alimentase. La razón para ello es que «nunca podremos afirmar ni conocer cuál hubiera sido la voluntad del interno en ese momento y en esa circunstancia. La pérdida de consciencia le priva de la posibilidad de modificar su criterio, y estamos entonces ante una voluntad presunta que, ahora sí, cede ante el deber asistencial» (fundamento quinto).

A estos argumentos que se contienen en el auto del juez Sánchez Yllescas cabe añadir todavía los siguientes:

f) El ordenamiento jurídico otorga especial relevancia a la vida humana, «pero la protección penal se confiere siempre que los ataques a la vida provienen de interferencias de terceros, no cuando es la propia persona la que dispone de su vida (...), la persona tiene, pues, capacidad de disposición sobre su vida (fundamento quinto del auto de 25-1-90 del juez de vigilancia penitenciaria de Zaragoza, Villar Badía).

g) La alimentación cuando el recluso pierde la consciencia «permite un auténtico respeto de la huelga de hambre reivindicativa como ejercicio de los derechos fundamentales del recluso: su capacidad de presión sólo se mantiene si, por un lado, la Administración no puede tolerar la muerte del huelguista y, por otro, se le impide alimentarle en la fase de consciencia y se le obliga en la fase de inconsciencia a sanarle» (J. L. Díez Ripollés, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, cit.).

h) La exigencia de actuar tras la pérdida de consciencia evita que se abran paso razones de Estado encaminadas a desbarazarse por esa vía de reclusos considerados como indeseables, como sucedió con la actitud del Gobierno de Thatcher con ocho huelguistas del IRA en 1980 o con la del Gobierno alemán con la banda Baader-Meinhof (J. L.

Díez Ripollés, *ibíd.*; M. Bajo y C. Suárez González, *Huelga de hambre y respeto a la libertad*, cit.).

i) «Obligar a unos reclusos a recibir alimentación por vía parenteral, se reduce a violentar su voluntad para garantizar no su vida, sino la desaparición del riesgo de muerte. Esta situación de riesgo no es en sí misma bastante para justificar la limitación, hasta el extremo de anularla, de la libertad de los reclusos en huelga de hambre; entender lo contrario equivaldría a legitimar la prohibición a toreros, trapezistas, corredores de motos y otras actividades humanas que en sí mismas entrañan un grave riesgo para la vida» (voto particular de Pedraz Calvo al auto de la Audiencia Provincial de Madrid ya indicado).

3. Antes de pasar a considerar la tercera de las soluciones antes apuntada, indicaré qué argumentos cabe esgrimir, en mi opinión, contra las dos anteriores soluciones, en sus diversas variantes.

3.1.1. La forma más expeditiva de defender que la Administración está autorizada a alimentar a los presos por la fuerza, sin que importe el que éstos se encuentren o no en estado de consciencia, sino simplemente el que su vida corra peligro, es, en efecto, apelar al Derecho natural. El que esta invocación no pueda, sin embargo, tener éxito, se debe a las siguientes razones: 1) Es más bien dudoso que el Derecho natural cuente entre el elenco de las fuentes de nuestro ordenamiento, aunque haya quien interprete la referencia a los principios generales del Derecho como una referencia a los principios del Derecho natural. 2) Tal invocación es, por otro lado, inútil, pues para conseguir los propósitos buscados bastaría con remontarse a los principios *positivizados* en la Constitución y quizá en otros textos legales. 3) Habría que demostrar que existe un principio del Derecho natural que establece que el derecho a la vida: a) tiene un carácter de preeminencia frente a cualquier otro derecho, y b) su ejercicio es además obligatorio, en el sentido de que el titular del derecho no es libre de optar entre vivir y morir. No es cosa de entrar aquí a discutir de qué forma se ha planteado este problema en la tradición iusnaturalista, pero quizá no sea inoportuno recordar dos datos obvios. El primero es que entre los autores iusnaturalistas no ha habido precisamente unanimidad al respecto. Y el segundo es que sostener lo afirmado en a) casa bastante mal con defender la pena de muerte o —digamos— el tiranicidio, lo que no ha sido precisamente anecdótico en esta tradición de pensamiento. Por lo demás, la apelación al Derecho natural expresa —aunque de manera, como hemos visto, inadecuada— una intuición correcta: la de que la argumentación jurídica, al menos en los casos difíciles, tiene también un importante componente moral.

Como la defensa de a) y b) caracteriza también la postura de las otras decisiones judiciales indicadas en 2.1.1 y que no hacen una referencia expresa al Derecho natural, mostraré ahora por qué, en mi opinión, no se puede sostener ninguno de estos dos puntos con los argumentos contenidos allí; ello, por otro lado, debe llevar a rechazar en su conjunto esta línea de argumentación.

El razonamiento contenido en 2.1.1 para defender a) es, según creo, falaz. Es cierto que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de

ahí no se deduce en absoluto que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho. El que X sea condición necesaria para Y no implica que, por ello, X (trátese de un acto, una situación, etc.) sea superior en un sentido axiológico o normativo con respecto a Y. Por ejemplo, alimentarse es obviamente una condición necesaria para producir una obra artística, pero ello no quiere decir que lo primero implique un mayor valor que lo segundo. Y el acto de engendrar a Einstein fue desde luego condición necesaria para que éste formulase la teoría de la relatividad, pero apreciamos como más meritorio lo segundo que lo primero.

Tampoco me parece que tengan excesiva solidez los argumentos esgrimidos en favor de *b*). Por un lado, aun cuando pudiera sostenerse *a*) (lo que no es el caso), de ahí no cabe pasar a *b*) sin dar un salto en el vacío: es posible pensar que el derecho a la vida goza de preeminencia frente a los otros derechos y, sin embargo, configurarlo como un derecho de ejercicio libre y cuyo contenido sea precisamente el de vivir o morir. Por otro lado, la suposición de que no podemos disponer de la vida porque nosotros no la hemos creado, sino que la hemos recibido se basa, de nuevo, en una falacia: todos —o muchos— estamos acostumbrados a sentirnos dueños y a disponer de bienes que no hemos contribuido en absoluto a producir; no parece que seamos menos dueños de un objeto que hayamos recibido en herencia que de uno que hayamos construido con nuestras manos. Y, además, ¿cuáles serían los derechos que nosotros hemos creado y no recibido? Y, si no los hubiera, ¿querría ello decir que no podemos disponer de ningún derecho?

3.1.2. La línea argumentativa sostenida en 2.1.2 requiere también aceptar los puntos *a*) y *b*) señalados en el anterior apartado, aunque ahora se haga con argumentos distintos y ciertamente más difíciles de rebatir. En realidad, la postura recogida en 2.2 puede entenderse como una refutación de 2.1.2 (y, «a fortiori», también de 2.1.1), en el sentido de que allí se sostenía; frente a *a*), que el derecho a la vida no puede prevalecer frente al derecho a la libre expresión de la personalidad; y frente a *b*), que la persona tiene derecho a disponer sobre su propia vida. En definitiva, la discrepancia podría reducirse a dos maneras distintas de entender el derecho a la vida. En el primer caso —el de las posturas partidarias de la alimentación forzada tal y como aparecen defendidas en 2.1.1 y 2.1.2— el derecho a la vida se entiende —cabría decir— en un sentido análogo a lo que supone el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución: el titular del derecho —el niño— tiene derecho a ser educado, pero no a no serlo (él —o sus padres— no pueden elegir entre ir o no ir al colegio) y el Estado debe no sólo abstenerse de impedir que los niños se eduquen, sino que también, y fundamentalmente, debe poner los medios para que esto sea posible. En el segundo caso —el de quienes están en contra de la alimentación forzada— el derecho a la vida se entiende —podríamos decir— de manera análoga a como se configura el derecho al libre acceso a la cultura del artículo 44.1 de la Constitución: que tengamos este derecho supone que somos libres de acceder o no a la cultura —en esto se diferencia del derecho a la educa-

ción—, y que el Estado debe no sólo no impedir nuestros cursos de acción en este sentido, sino que debe también poner los medios para facilitárnoslos.

Es seguramente discutible cuál de estos dos modelos es el que sigue nuestra Constitución y es incluso probable que el modelo constitucional no sea el mismo que alienta en otros textos legales (por ejemplo, en el Código Penal); esto último, por otro lado, tampoco tiene mayores consecuencias, dada la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución. Cuando digo «discutible» quiero decir que es una cuestión de interpretación y que no puede resolverse simplemente apelando al texto constitucional. En mi opinión, la forma más coherente de interpretar la Constitución en este punto consiste en aceptar el segundo de los modelos. En su favor cabe aducir estos dos argumentos.

El primero es, en realidad, un contraargumento en relación con lo sostenido en 2.1.2 *c*). Allí se afirmaba que existe un deber positivo de evitar la muerte de otra persona, incluso cuando ésta trata de poner fin voluntariamente a su vida, derivado del deber de solidaridad humana que es irrenunciable. Pero ello implica, me parece, una idea equivocada de lo que razonablemente debe entenderse por solidaridad. Ser solidario con otro —por ejemplo, en relación con el bien vida— significa, en efecto, estar dispuesto no sólo a no hacer lo que pudiera poner en peligro su vida, sino también a hacer aquello que pudiera salvarla si estuviese en peligro; pero, ciertamente, siempre y cuando el otro considere que la vida es para él un bien que desea conservar. Sería en verdad bastante paradójico sostener que se es solidario con otro ser humano —al menos en ciertas ocasiones— cuando le impedimos realizar sus deseos (pensemos, por ejemplo, en alguien que agoniza entre terribles sufrimientos y que pide desesperadamente que le facilitemos la muerte).

El segundo de los argumentos puede presentarse como una reducción al absurdo y, esquemáticamente, consistiría en lo siguiente: si aceptamos que el derecho a la vida recogido en la Constitución debe interpretarse en el sentido del primer modelo indicado, entonces tendremos que aceptar también que la Constitución prohíbe toda forma de eutanasia (tanto la no voluntaria como la voluntaria, tanto la activa como la pasiva), en cuanto que la eutanasia presupone, en efecto, que un individuo tiene derecho a morir. Naturalmente, no cabe entrar a discutir aquí un problema tan complejo como el de la eutanasia, pero creo que sí puede decirse sin temor a equivocarse que hay al menos una forma de eutanasia (la eutanasia pasiva y voluntaria) que moralistas, juristas y médicos consideran en general como lícita. Y si esto es así, ello quiere decir que, por razones de coherencia, hay que descartar la interpretación constitucional del derecho a la vida en que se apoya 2.1.2.

3.1.3. La argumentación recogida en 2.1.3 dirigida a sostener la licitud de la alimentación forzada de los presos en huelga de hambre no se basa ya en la aceptación de los dos extremos *a*) y *b*) en que descansaban las dos anteriores líneas argumentativas, sino en las premisas indicadas como 2.1.3 *a*), 2.1.3 *b*), 2.1.3 *c*) y 2.1.3 *d*). Se trata de un plantea-

miento indudablemente original que, sin embargo, no me parece del todo sólido.

En primer lugar, porque parte de una concepción que juzgo equivocada del derecho subjetivo en general y del derecho a la vida en particular. Lo primero, porque hay derechos subjetivos —por ejemplo, el derecho a la educación o a no ser torturado— cuyo contenido no es una acción que sea facultativa para el titular del mismo: tenemos derecho a sindicarnos o a no sindicarnos, pero los niños no tienen derecho a educarse o a no educarse, ni tenemos tampoco un derecho a dejarnos o no torturar. Lo segundo, porque parece sugerir un modelo de interpretación del derecho a la vida —sería un tercer modelo que no coincide con ninguno de los dos anteriores— que no me parece aceptable. Ahora, el derecho a la vida no sería ya análogo a la cultura, sino al derecho a la libertad de expresión (o al derecho a la libre sindicación): tener este derecho significa que somos libres de expresarnos en un sentido o en otro y que los demás —en particular, el Estado— no puede impedirnos ejercer esta libertad, aunque tampoco tengan por qué hacer nada para facilitárnosla; de la misma manera, podemos vivir o dejar de vivir y el Estado, naturalmente, no puede matarnos, pero tampoco tiene ningún deber positivo de preservar nuestra vida —o la de los presos—. Pero el Estado sí que tiene un deber positivo de velar por la salud y la vida de los presos —y de los ciudadanos en general—; lo que ocurre es que no puede tomar medidas encaminadas a este objetivo que vayan en contra de la voluntad de los afectados (los argumentos recogidos en 2.2 a), 2.2 b), 2.2 c) y 2.2 f) me parecen, en este sentido, irreprochables).

En segundo lugar, la idea de que la huelga de hambre «sería constitucionalmente lícita si lo que se pretende es morir, no si lo que se intenta es presionar» se basa, pienso, en un error ocasionado, quizá, por no haber distinguido entre el resultado (querido) de una acción y sus consecuencias (no queridas). La huelga de hambre se distingue del suicidio precisamente porque la muerte para el suicida es un resultado y para el huelguista de hambre tan sólo una consecuencia. Decir que la huelga de hambre sólo es lícita si lo que se pretende es morir, equivale a decir que nunca es lícita (pues el huelguista no quiere morir, sino que está dispuesto a morir para lograr un determinado resultado —en este caso, presionar al Gobierno—); esto, por otro lado, está en contradicción con una afirmación del propio Aparicio en el sentido de que «no cabe hablar de la ilicitud genérica de la huelga de hambre».

En tercer lugar, la idea de abuso de un derecho fundamental es seguramente una idea autocontradictoria, por lo menos si se acepta una concepción de los derechos como la que ha popularizado en los últimos años R. Dworkin. Para este autor, tener un derecho —un derecho individual— significa tener un *triunfo* frente a la mayoría; significa que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo puede prevalecer frente a él (cfr. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, sobre todo el cap. 7). Y, en todo caso, no se ve por qué si el derecho a la libertad de expresión puede ejercerse para presionar sobre la política penitenciaria del Gobierno —no creo que Aparicio pensara que abusa-

ría de su derecho a la libertad de expresión el preso del GRAPO que criticara las medidas de dispersión tomadas por el Gobierno— no pueda hacerse otro tanto con el derecho a la vida.

3.2. La fundamentación ofrecida en 2.2 contiene en realidad dos tesis, una de las cuales me parece acertada, y la otra no. La primera tesis consiste en negar que se pueda alimentar forzosamente a presos que libre y conscientemente no desean ser alimentados; la segunda afirma que se les puede alimentar forzosamente una vez que han perdido la consciencia.

A su vez, la primera tesis puede justificarse —de acuerdo con el esquema de argumentación ofrecido anteriormente— de dos maneras. Una de ellas es la que se contiene en los puntos 2.2 a), 2.2 b), 2.2 c) y 2.2 d) y, en mi opinión, es substancialmente correcta. La otra es la que se expresa en el punto 2.2 i) y la juzgo equivocada. En el caso que nos ocupa, me parece obvio que no se está simplemente frente a un supuesto de «riesgo de muerte», sino de «muerte segura»: se sabe de toreros, trapezistas o corredores de motos que han sobrevivido incluso a todas sus actuaciones profesionales, pero de nadie que haya podido sobrevivir después de un determinado número de días sin alimentarse. Antes he indicado que la huelga de hambre se distingue del suicidio porque el huelguista acepta la muerte (como una consecuencia de su acción) pero no la desea (como un resultado de la misma). Ahora cabe añadir que el huelguista de hambre —que lleva hasta el extremo su actitud— se diferencia de quien acepta —profesionalmente o no— efectuar una actividad que supone un grave riesgo para su vida, porque el primero sabe con seguridad que se va a morir, pero no así el segundo; en el primer caso, hay una conexión de necesidad entre la actividad y la consecuencia, que falta en el segundo (en el que la probabilidad puede ser más o menos alta).

La tesis que juzgo equivocada —la segunda tesis— es, como he dicho, la de que se pueda alimentar forzosamente a los presos una vez que éstos han perdido la consciencia. Los argumentos aducidos para sostenerla (2.2 e), 2.2 g) y 2.2 h)) me parecen francamente débiles.

En relación con 2.2 e) cabría hacer, entre otras, las tres siguientes consideraciones críticas. La primera es que si se acepta lo sostenido ahí, parece que también habría que aceptar que a un huelguista de hambre —pero no recluido en una prisión— habría que alimentarle por la fuerza una vez que ha perdido la consciencia; pues el hecho de que uno esté cumpliendo pena y el otro no (de acuerdo con lo sostenido en 2.2 a) y 2.2 c)) no es razón que justifique una diferencia de trato a este respecto. Ahora bien, yo no veo de qué manera se puede justificar moralmente una medida de este tipo (pensemos, por ejemplo, en un Gandhi en huelga de hambre para reivindicar que los países ricos eviten la muerte por hambre en el Tercer Mundo).

La segunda consideración es que lo afirmado en 2.2 e) llevaría a una consecuencia —si se desea ser coherente— que me parece inaceptable. Pues si se niega que un individuo pueda tomar —libre y voluntariamente— decisiones para los casos de pérdida de consciencia, habría que rechazar también institu-

ciones como el testamento vital; y ello, a su vez, lleva, por lo menos, a complicar innecesariamente los problemas que plantea la eutanasia no voluntaria (es decir, no los supuestos en los que la persona a la que se da muerte es capaz de consentir pero no lo hace —eutanasia involuntaria—, sino aquéllos en que la persona no es capaz de elegir entre la vida y la muerte).

La tercera consideración es que 2.2 e) supone tomar una medida paternalista que me parece injustificada. Por «medida paternalista» entiendo una medida que se establece con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y sin contar con su aceptación. Yo no dudo de que hay casos en que puede estar justificado actuar paternalistamente. Concretamente, pienso que lo está si se dan estas tres condiciones (cfr. M. Atienza, *Discutamos sobre paternalismo*, en «Doxa», n.º 5, pp. 203-214): 1) la medida está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad; 2) los individuos o la colectividad a que se destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica —transitoria o no—, y 3) se puede presumir racionalmente que éstos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en 2) y, por tanto, conocieran cuál es realmente su bien. Puede aceptarse que en este caso se da la condición 1) y también —en la medida en que están inconscientes— 2), pero, desde luego, no puede decirse lo mismo en relación con 3), siempre y cuando se suponga (como se hace en todas las decisiones judiciales y opiniones recogidas) que el individuo (el preso del GRAPO) tomó su decisión de prolongar la huelga de hambre hasta la muerte con pleno conocimiento de causa y de manera libre y voluntaria.

El argumento contenido en 2.2 g) también sugerido en 2.1.2 d), en el sentido de que sólo de esta forma —alimentando al preso cuando está en estado de inconsciencia— se respeta la huelga de hambre reivindicativa como ejercicio de un derecho fundamental, me parece vulnerable desde dos puntos de vista. Por un lado, parece verdaderamente discutible que la medida en cuestión pueda tener los efectos que pretenden sus partidarios: si se espera a llegar al estado de inconsciencia —e incluso antes— la situación puede ser ya irreversible, de manera que realmente no se logra salvar la vida del huelguista (cfr. el fundamento sexto del auto 16/90, de 16-2, de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza); e incluso si se logra salvarla, no parece que sea ésta una medida que pueda prolongarse indefinidamente. Por otro lado, el argumento en cuestión presupone una concepción por lo menos discutible de los derechos fundamentales. Si alguien tiene un derecho fundamental —por ejemplo, a vivir o a morir—, ello significa que contra su derecho no pueden prevalecer —al menos en principio— consideraciones a partir del interés general o de conveniencias públicas. Pero, naturalmente, una cosa es que debamos respetar —o que el Estado debe respetar— este derecho del individuo aun cuando ello resulte en perjuicio de otros, de la política del Gobierno, etc., y otra cosa es que se deba hacer lo posible para permitir que el titular de un derecho fundamental logre

un determinado propósito como consecuencia de haber ejercido su derecho. Obviamente, debemos respetar el derecho de libertad de expresión y, en ese sentido, no cabe prohibir que alguien escriba un artículo, por ejemplo, en defensa de la actual regulación del tráfico de drogas en el Código Penal; pero, desde luego, no hay por qué procurar que la persona en cuestión logre su propósito de convencer a la opinión pública o a los legisladores de sus tesis y, desde mi punto de vista, haríamos incluso bien si tratáramos de contrarrestar esa influencia escribiendo un artículo refutando aquellas tesis. De manera análoga, no veo ninguna razón que nos deba mover a interpretar las normas, o a tomar decisiones, en orden a favorecer que los presos del GRAPO puedan mantener su «capacidad de presión», que no es más que un objetivo perseguido en el ejercicio de un derecho fundamental, pero que no forma parte del contenido de dicho derecho.

Finalmente, el argumento de evitar que se abran paso «razones de Estado», indicado en 2.2 h), no me parece tampoco convincente, por dos razones. Una es que el argumento es en sí mismo débil, pues no pretende decir que si se toma la medida contraria a la que se quiere defender —es decir, si no se les alimenta en la fase de inconsciencia— se produzca con ello un mal, sino simplemente que existe el riesgo de que con ocasión de ello se cause un mal. En el fondo se trata del mismo argumento de la «pendiente resbaladiza» que suelen esgrimir quienes están en contra de cualquier forma de eutanasia (se empieza justificando algunos tipos muy limitados de eutanasia y se termina en el genocidio nazi) y cuya fuerza me parece limitada. La otra razón es que el argumento está mal dirigido, en el sentido de que el destinatario del mismo lo sería en todo caso el Gobierno, pero no los jueces. La posición del Gobierno es aquí esencialmente distinta de la de los jueces, en cuanto que aquél puede tomar decisiones que eviten ese riesgo —por ejemplo, modificar su política penitenciaria, negociar con los presos, etc.— que están fuera de la competencia de los jueces. Por eso mismo, el que la postura que voy a defender a continuación coincida aparentemente con la propugnada por Thatcher no me parece que sea un motivo de mayores preocupaciones.

4. Mi punto de vista al respecto es, en efecto, que los jueces deberían haber fallado en el sentido de no autorizar a alimentar por la fuerza a los presos del GRAPO, tampoco cuando éstos han perdido la consciencia, y siempre sobre la base de que su decisión de prolongar la huelga de hambre hasta el final la han tomado con pleno conocimiento de causa y de manera libre y voluntaria. Los argumentos en que me baso para ello son substancialmente los que configuran lo que he denominado la primera tesis contenida en 2.2. A esos argumentos añadiré aquí sólo tres consideraciones que me permitirán precisar mi postura al respecto.

La primera consideración es que lo que se sostiene en 2.3 —lo que pretendo sostener aquí— es que el estado de inconsciencia no justifica que se pueda alimentar por la fuerza a un preso —o, en general, a una persona— que haya manifestado claramente su voluntad en sentido contrario. Pero con ello no quiero decir que *nunca* sea lícito hacerlo, es decir,

que en ningún caso se pueda alimentar por la fuerza a un preso en huelga de hambre. Podría hacerse, por ejemplo, en un supuesto en que concurrieran las circunstancias antes indicadas para configurar un caso de paternalismo justificado. Concretamente, estaría justificado hacerlo si hubiera razones sólidas para pensar que los huelguistas no han tomado su decisión de manera libre, sino presionados por su organización, lo que quizá no sea del todo descartable en relación, al menos, con algunos de ellos.

La segunda consideración concierne a la configuración del derecho a la vida que, obviamente, está en la base de todos los argumentos esgrimidos en uno u otro sentido. Anteriormente he distinguido tres formas distintas de conceptualizar dicho derecho y me he decantado en favor del segundo modelo: el derecho a la vida implica que se tiene derecho a vivir o a morir y que los demás —y, en su caso, el Estado— tienen no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos en orden a garantizarnos la vida. Ahora debo añadir que, aunque el derecho a la vida implique que se pueda tomar también la opción de no vivir, de morir, ello no quiere decir que sea un derecho de libre disposición, en el sentido fuerte de esta expresión. El derecho a la vida se distingue en este aspecto del derecho a la propiedad y se asemeja al derecho de voto o al derecho de elegir una determinada religión. Uno puede disponer libremente de su propiedad y transmitir en consecuencia a otro sus derechos sobre un determinado objeto; pero no puede vender su voto o hacer un contrato renunciando en el futuro a adherirse a un determinado credo religioso aunque, naturalmente, pueda votar o no votar y adherirse a una religión o a otra.

Y la tercera consideración es que, puesto que —como ya he dicho— lo que falla es la argumenta-

ción sostenida en 2.2, no es la concepción del derecho a la vida ni la idea de que existe algún caso en que se pueda alimentar por la fuerza a un preso, sino la línea de demarcación que separe los casos en que sería lícito hacerlo de los otros, habría de surgir aquí otro criterio alternativo al de la conciencia-incoscienza de los presos.

Para ello me parece interesante volver de nuevo a Dworkin y, concretamente, a una distinción que él traza en diversos escritos (cfr., por ejemplo, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, caps. 18 y 19) entre argumentos de principio y argumentos consecuencialistas (*arguments of policy*). Los primeros son argumentos dirigidos a establecer o justificar un derecho individual; los segundos se dirigen a establecer o justificar un fin o interés general; en caso de contradicción (y salvo supuestos extremos) los argumentos de principio deben prevalecer sobre los argumentos consecuencialistas. Pues bien, si configuramos el derecho a la vida como un derecho fundamental según el modelo antes indicado, entonces ello quiere decir que frente a él no pueden prevalecer consideraciones consecuencialistas como, por ejemplo, el hecho de que el ejercicio de este derecho podría hacer fracasar una determinada política del Gobierno o de que ocasionaría determinados problemas al funcionamiento de las instituciones penitenciarias. El derecho a la vida (y, por tanto, a la muerte) de los presos del GRAPO sólo podría limitarse si su ejercicio afectase a derechos fundamentales de otros o supusiera consecuencias verdaderamente extremas (poner en peligro el funcionamiento mismo de las instituciones penitenciarias, entrañar un riesgo para el sistema democrático, ocasionar gastos económicos de extraordinaria entidad, etc.). Como me parece que no estamos frente a ninguno de estos supuestos, entiendo que los jueces no deberían haber autorizado la alimentación por la fuerza de estos presos.

## Sobre la huelga de hambre en prisión

Maria José AGRA

La reflexión sobre la violencia ha sido y es una constante en el pensamiento filosófico político. Dicha reflexión apunta a diversos problemas vinculados, en general, a las relaciones constitutivas de la sociedad y, en particular, a la sociedad política. La violencia bien se justifica como origen de la política, como acto creador, bien se considera como no-política o, mejor, como anti-política. En primera instancia el trasfondo de la reflexión nos lleva a la guerra y a la revolución o a la barbarie, en última instancia, diríamos, nos encontramos con el problema de la vida y la muerte, con el poder de vida y muerte, con el hacer morir o el dejar vivir.

Quizá, en el contexto que aquí nos interesa, no esté de más recordar con H. Arendt que «Sófocles, en *Edipo en Colona*, la obra de su vejez, escribió estos famosos y espantosos versos: "No haber nacido es la mejor de las venturas, y una vez nacido, lo menos malo es volverse cuanto antes allá de donde es uno venido".» También nos hace saber, por boca de Teseo, el fundador legendario de Atenas y su protector, lo que haría posible que los hombres corrientes, jóvenes y viejos, pudiesen soportar la carga de la vida: «era la *polis*, el espacio donde se manifiestan los actos libres y las palabras del hombre, la que podría dar esplendor a la vida: τὸν βίον λαμπρόν ποιῆσαι».

En este texto se expresa claramente la idea de que la vida no es un valor absoluto sino más bien relativo. Es preciso la libertad y la palabra para poder realmente vivir y esto sólo es posible en el espacio de la política. Las relaciones políticas son constitutivas y necesarias; la mediación política entre la vida y la libertad es lo que da sentido a ambas. No obstante, han surgido y surgen conflictos entre la libertad y la vida que se presentan en no pocas ocasiones como valores antinómicos. La modernidad está llena de conflictos entre ambos valores, justamente en la medida en que la libertad individual aparece tematizada en el pensamiento filosófico político.

En los últimos meses venimos asistiendo a un conflicto —la huelga de hambre de los presos del GRAPO— que nos enfrenta ante lo que parece una variante de la antinomia libertad-vida. Ahora bien, hay que tener en cuenta algunos aspectos importantes: en primer lugar, que en este conflicto la libertad y la vida están limitadas a la prisión; en segundo lugar, que el origen de la protesta surge de una decisión político-administrativa, a saber, la dispersión de los presos por los diversos centros penitenciarios; en tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, en el conflicto intervienen auxiliarmente jueces y médicos.

A todo esto hay que añadir que estos presos pertenecen a una organización terrorista, lo cual nos enfrenta ante un problema a todas luces delicado en el que juega de una manera más o menos inconsciente, incluso en cierta medida insinuado, el fantasma de la venganza, de la ley del talión, que en nada beneficia a la reflexión pausada, al debate y la lógica democrática, acercándonos, por una parte, al miedo más propio del estado de naturaleza o, de otra, a la lógica del monstruo Leviatán.

El conflicto ante el que nos hallamos es un conflicto político que se plantea, sin embargo, como un conflicto entre libertad y vida a un doble nivel: el del huelguista y el de la institución penitenciaria. Con relación al primero, el preso, en ejercicio de su libertad utiliza como protesta la huelga de hambre, poniendo en riesgo aquello de lo que aún puede disponer libremente: su vida. No se trata de una actitud suicida. Es obvio que si su intención fuese la de suicidarse podría emplear otros medios más rápidos y efectivos para lograr dicho fin. Su protesta es política. La huelga de hambre como medio de lucha política, de resistencia pasiva es de todos conocida.

La privación de libertad que conlleva el estar preso condiciona, obviamente, la vida y la libertad del individuo pero en ningún momento hasta el punto de perder su dignidad como persona. Merece esto especial atención puesto que el internamiento en instituciones penitenciarias es por sí mismo lo suficientemente «penoso» para que esto se agrave con unas condiciones de vida en las cárceles (hacinamiento, enfermedades, aislamiento...) que nada tienen que ver con los derechos humanos más elementales ni con la reinserción social que, se dice, es la misión básica de tales instituciones.

Puede objetarse que ésta es una consideración exagerada y que la situación de las cárceles españolas no es tal. Sin embargo, la decisión de dispersar a estos presos es debida a que mantenerlos juntos significa fomentar una escuela de terroristas, ante esto sólo cabe preguntarse ¿cuáles son, pues, las condiciones y las funciones de las prisiones para que esto no ocurra? También escuchamos que son escuelas de delincuentes, de drogadictos, etc. Si esto es así, más bien habrá que plantear un amplio debate, por otra parte ya suscitado por algunos, sobre la abolición o reforma de las mismas.

Desde el punto de vista de la institución, el conflicto no se plantea como político sino únicamente como un conflicto sobre la vida en donde su obligación de velar por la vida, salud e integridad de los internos se extiende hasta la alimentación forzosa, contra la voluntad expresa del huelguista. Traduciendo así el problema a una cuestión judicial: los

jueces deben dar la autorización necesaria para que se proceda a la alimentación forzosa; y a una cuestión médica: los médicos serán los encargados de llevar a cabo la alimentación y preservación de la vida.

Los derroteros por los que discurre ahora el problema, por tanto, es por la vía auxiliar que representan los jueces y los médicos. Nos encontramos con una variante de lo que puede llamarse la falacia del procedimiento. La institución penitenciaria, mediante este procedimiento, no sólo desvía el campo de atención, sino que además convierte el deber asistencial de velar por la vida, salud e integridad que acompaña al derecho a la vida en el deber de la vida contra la voluntad del interno. Dicho de otro modo, la utilización del procedimiento de la alimentación forzosa supone el paso de la obligación de *garantizar* a la de *imponer*, configurándose como una variante más característica del modelo de salud pública del Estado clínico, como lo denomina F. Savater, y que aplicado al caso que aquí nos ocupa acaba contribuyendo igualmente a la desvirtuación del concepto moral y político de libertad y vida. Generando

así más problemas de los que verdaderamente resuelve.

Más aún, la cuestión radica en el hecho de la vulneración y degradación de la persona que lleva consigo la alimentación forzosa, pero cabe plantearse si tal medida va encaminada a poco más que mantener una vida funcionando, aunque el riesgo de muerte no desaparece totalmente, y si es, por tanto, una medida efectiva. Siguiendo la línea argumentativa iniciada más arriba, está claro que esta medida no resuelve nada. Nos hallamos ante un conflicto político y en un contexto tal que los valores de la vida y la libertad sólo se pueden preservar a través de la mediación política. Es decir, el conflicto no nos plantea un problema de medios para garantizar la vida, la salud y la integridad, sino un problema de condiciones, aquellas que, aun en situación de reclusión, deben garantizar la vida y la libertad.

Evidentemente no se trata de que en aras de su libertad puedan llegar a morir, ni solamente de actuar cuando ya no hay consciencia, sino de buscar soluciones que no engendren una espiral de violencia, que alejen el fantasma de la barbarie.

## Consideraciones éticas en torno a la huelga de hambre de los «grapo»

José Antonio GIMBERNAT

La huelga de hambre, con carácter colectivo de un importante número de presos del GRAPO, tuvo su primera incidencia polémica en la discrepancia jurídica, después que las autoridades del Ministerio de Justicia ordenaran la alimentación de aquellos huelguistas que habían alcanzado un punto crítico en su estado de salud. Los argumentos legales esgrimidos en pro y en contra son ya conocidos. Mis reflexiones de ahora no tratan de dirimir la cuestión estrictamente jurídica, para la que carezco de competencia, y pretendo situarlas en el espacio de la reflexión moral.

Nuestro siglo ha conocido controversias, con importante repercusión en la opinión pública, a propósito de la legitimidad de las huelgas de hambre. En el año 1920, conmocionó a la opinión internacional, la huelga de hambre llevada a cabo por el alcalde de la ciudad irlandesa de Cork, Terence Mac Swiney. Había sido detenido y encarcelado por participar en el movimiento independentista irlandés, opuesto a las pretensiones de dominio de Gran Bretaña. Se negó a comer, si no se le otorgaba la libertad. Después de sesenta y tres días murió en prisión. Mac Swiney es hoy un héroe nacional de la independencia de Irlanda. El carácter de católico, tanto suyo como del movimiento nacionalista en el que estaba integrado, abrió un sonado debate teológico sobre la licitud moral de su actuación, en cuyos detalles no voy a extenderme. Los moralistas de las Iglesias debatieron sobre si su decisión debería ser considerada como un suicidio, lo que en la teología confesional supondría una reprobación por inmoral. La distinción escolástica entre suicidio «directo» o «indirecto», permitió ordenarla en la segunda categoría, que según los cánones al uso hacía posible estimarla como moralmente lícita. La mayoría del clero irlandés, junto con el pueblo, reconocido el valor moral de la entrega de su vida, pasó a ensalzarlo como héroe nacional y religioso; mártir de la libertad de su país.

En otra área cultural y religiosa, en las décadas de los años treinta y cuarenta, la atención mundial estuvo pendiente de los métodos no violentos de Mahatma Gandhi que incluía la huelga de hambre como instrumento para intentar cambiar las leyes y la política de dominación en la India de la potencia colonial, el imperio británico. El impacto y reconocimiento universal de la figura de Gandhi no necesita ahora especial detalle.

Más recientemente, disidentes de países del área soviética, con Sajarov como figura preminente, han utilizado la huelga de hambre como recurso para orientar o acelerar los procesos de democratización

en esos Estados. Además la huelga de hambre, en general, ha sido un procedimiento que los presos de connotación política o de convicción han utilizado con frecuencia en el intento de lograr mejoras en la situación carcelaria, o con el fin de hacer rectificar decisiones que pretendían empeorar sus condiciones penitenciarias. Este ha sido el tono de huelgas de hambre en las últimas décadas, llevadas a cabo por presos del IRA en Irlanda, de la RFA en Alemania Occidental o de los encarcelados, durante la dictadura de Franco, por actividades políticas y sindicales.

Esta tradición de la huelga de hambre ha llevado a la convicción generalizada —dejando al margen la cuestión teológica— de que la huelga de hambre es un método legítimo, casi con carácter de último recurso, que permite dar cauce al derecho a la resistencia, en circunstancias subjetivamente estimadas como injustas. Desde una perspectiva individual o colectiva a los huelguistas les parece factible, mediante su acción, transformar las situaciones sociales y nacionales, y —dado el caso— las propias condiciones existenciales. La huelga de hambre ha merecido el respeto general por tratarse de un método de acción de carácter no violento. El principal dañado es quien la emprende, pues pone en peligro la propia salud y arriesga su vida. La dinámica interna del proceso huelguista está provista de una gran credibilidad en lo que respecta al compromiso con sus convicciones del que la realiza, pues para mostrarlo está dispuesto a soportar tan graves daños personales. Este procedimiento de protesta posee un valor de testimonio, que le capacita para extender estados de conmoción y apoyo, pues cambia las estrategias agresivas al uso por otras de consecuencias autoinmulatorias. Los movimientos pacifistas modernos han incorporado la huelga de hambre como una forma propia de actuación, dentro del arco de su metodología de actuación. En conclusión, puede decirse que es una forma legítima de resistencia, que debe ser respetada en su práctica, se esté o no de acuerdo con las demandas o ideología de quienes consideran que deben explicitar de este modo su disconformidad y protesta. Este reconocimiento de este tipo de huelga de hambre como un derecho, en coherencia exige no impedir que sus autores, mientras tengan capacidad decisoria, puedan llevarla hasta el extremo elegido por ellos. La interrupción forzada desde fuera de ella, en algún punto de su secuencia, equivale de hecho a no aceptar consecuentemente la legitimidad de su ejercicio. El poder persuasivo de la huelga, en algunos casos, reside en la voluntad de llevarla hasta el límite, pues sólo así

—se piensa— el oponente es capaz de recapacitar sobre sus actitudes y acciones. Impedir ese extremo significa de hecho recortar el derecho a ponerla en práctica.

En la controversia jurídico moral acerca de la huelga de hambre de los «grapos» resaltan dos posiciones opuestas: la de quienes la estiman como un caso particular, al que hay que aplicar las consideraciones más generales realizadas hasta aquí, y la de aquellos que piensan que es un caso que no justifica estas estimaciones y, por tanto, debe ser tratada de forma especial. Según esta opinión, su excepcionalidad radica en que se trata de una huelga emprendida por miembros de una banda terrorista, carente de toda justificación. De esta premisa infieren que los objetivos de la huelga quedan afectados por el sello de esta organización. Por tanto, es legítimo no respetar su decisión de llevar su huelga hasta el extremo, impidiendo que con ello favorezcan a su asociación y a sus fines.

La debilidad de esta línea de argumentación, queda de manifiesto, en la hipótesis, de que algunos de sus miembros, cumplida su condena, hubiera emprendido o proseguido tal tipo de huelga, fuera del recinto de la prisión; por ejemplo, en una vivienda particular. Difícilmente alguien podría justificar moralmente la acción de alguna autoridad, que por tal procedimiento de protesta, limitara la libertad de sus autores y los internara bajo vigilancia para obligarles a ser alimentados. Parece, pues, que la conciencia subjetiva del huelguista es suficiente para respetar que lleve a cabo su propósito, sean acertadas o equivocadas sus ideas acerca de las relaciones sociales vigentes. Desde esta óptica, en lo que se refiere a los supuestos o razones para interrumpir coactivamente estas huelgas, no resulta adecuado diferenciar entre huelgas buenas y malas. Ello encubre la estimación implícita de que las huelgas de las causas justas son respetables, las de las causas injustas, no lo son. Además de la dificultad de discernir sin perspectiva histórica muchas de las causas, que después del transcurso del tiempo se confirmarán como mejores, la difícil cuestión de quien dirige su rectitud, que además suele ser a la vez juez y parte, hace prácticamente imposibles valoraciones que sean participadas por todos. En este marco hay también que tener en cuenta la verdad incuestionable de que no toda reclamación sobre sus condiciones penitenciarias hechas por un grupo terrorista debe ser siempre a priori rechazable e injustificada, ni tampoco que el trato a que se les somete sea siempre el más justo. Dicho sea de paso, en el caso que ahora nos ocupa, la petición de reagrupamiento de los presos, sea o no considerada conveniente, no es en sí legítima. De hecho ésa era la situación decretada anteriormente por las autoridades correspondientes y su revocación fue la que originó la actual respuesta.

Si mis razones hasta aquí han sido lo suficientemente persuasivas, sólo queda por dirimir el argumento de quienes —en una perspectiva moral— consideran que las razones para interrumpir coactivamente la huelga de hambre de los «grapos» es consecuencia de la condición de presos en la que se hallan los huelguistas. No les resultará fácil aducir razones morales que prueben que en la pérdida

de derechos de un preso, derivada de las sentencias de la justicia, se incluye también la de llevar a cabo este tipo de huelgas, que en otro contexto le es reconocido. Quien así razona tendrá que arrastrar las consecuencias de su principio, que consecuentemente implica que en su caso personalidades como Gandhi o Sajarov deberían haber sido ligados a sus lechos y alimentados coactivamente, llegado un estado crítico de salud en su decisión de llevar adelante sus huelgas. Negar esta consecuencia en estos ejemplos, desvelaría que la argumentación utilizaba elementos meramente estratégicos y oportunistas. Hay que tener en cuenta, además, que este derecho de huelga de una persona en prisión, si cabe, debe poseer más protección que fuera de ella, pues esa circunstancia limita de por sí otros procedimientos posibles de protesta, de los que se dispone en la situación normal del disfrute no coartado de la libertad.

El último argumento moral para recortar el derecho de huelga del ciudadano en prisión, consiste en subrayar la obligación de las autoridades que lo custodian de proteger de sí misma a la persona que con sus formas de protesta está a punto de quitarse la vida. Según ello, habría una colisión de un derecho (el del huelguista) y un deber (el de las autoridades), que habría que decidir en favor de este último.

Nuestras reflexiones han tratado de mostrar el respeto que merece el empeño de las personas que, para enfrentarse a situaciones o condiciones consideradas subjetivamente injustas, emprenden la huelga de hambre. De tal manera que se puede hablar de un derecho (en sentido moral) para llevarla al límite elegido. Además al comienzo de este trabajo se aludió a que incluso las teologías morales dentro de sus supuestos confesionales dejan espacio para estimar como lícitas y a veces relevantes este tipo de prácticas. Todo ello hace muy problemático estimar que el deber de asistencia anule el derecho a fijar libremente la finalización de una huelga de hambre. Teniendo además en cuenta que quienes inician la decisión de finalizarla coactivamente son, al menos en parte, aquellos contra quienes va dirigida la protesta del huelguista, y que lógicamente son los más interesados en que ésta cese, en cuanto factor crítico de sus propias decisiones.

A ello hay que añadir que los procedimientos hábiles para coaccionar la alimentación tienen siempre un componente de degradación de la dignidad de la persona que los sufre.

En conclusión: el derecho de resistir mediante la huelga de hambre, el respeto a la libertad de la persona que elige este método —desde una consideración moral—, parece que debe prevalecer sobre los propósitos de proteger su vida, o por las restricciones que impone la condición legal de estar privado de libertad. La preocupación por la vida de estas personas debe saber elegir otras alternativas más humanas —menos primitivas— que la presión física para obligar a la alimentación. Deben de ir por la vía del diálogo, el reconocimiento de lo que haya de justo en sus demandas, el aprecio explicitado de su dignidad como persona, proponiendo fórmulas de compromiso con el fin de intentar disuadirle de una actitud tan desesperada como es la huelga de hambre hasta el fin.



## NOVEDADES



- ❖ **La reforma del proceso penal**  
Perfecto A. Andrés Ibáñez y otros
- ❖ **La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria**  
Antonio Millán Garrido
- ❖ **El derecho a la tutela judicial**  
Ángela Figueruelo Burrieza
- ❖ **Pasado y presente de los Derechos Humanos**  
Oestreich, G.  
y Sommermann, Karl Peter
- ❖ **Los Derechos Humanos desde la escuela de Budapest**  
Joaquín Herrera Flores
- ❖ **Sistema Jurídico y Economía**  
Santos Pastor Prieto
- ❖ **Terrorismo y derecho**  
Juan Terradillos Basoco
- ❖ **La aplicación del convenio europeo de Derechos Humanos en España**  
Carlos Fernández de Casadevante
- ❖ **Régimen legal de las inversiones comunitarias en España y de las españolas en países comunitarios**  
Federico Garau Sobrino
- ❖ **La prevaricación judicial**  
Mercedes García Arán
- ❖ **Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas**  
José Luis Díez Ripollés
- ❖ **El contrato de factoring**  
José Antonio García-Cruces
- ❖ **El Autocontrato**  
María Díaz de Entre-Sotos
- ❖ **La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica**  
Agustín Jorge Barreiro
- ❖ **La representación de los sindicatos en el modelo laboral español**  
Ricardo Escudero Rodríguez
- ❖ **El trabajo de los extranjeros en España**  
Margarita Ramos Quintana
- ❖ **La conmutación de la legítima**  
Carmen López Beltrán de Heredia
- ❖ **Constitución y Democracia**  
Manuel Aragón Reyes
- ❖ **Justicia/Conflicto**  
Perfecto A. Andrés Ibáñez
- ❖ **La ordenación constitucional de la defensa**  
Roberto Blanco Valdés



**tecnos**

**EDITORIAL TECNOS**  
Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID  
Tel.: (91) 320 01 19

De venta en librerías.  
Si desea recibir más información, solicite nuestro catálogo al Apartado de Correos 14.632.  
Ref. D. de C. 28080 Madrid.  
Comercializa **GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL S.A.** Ferrer del Río, 35.  
28028 Madrid. Tel. (91) 361 08 09

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

---

## Una anómala legitimación (art. 111 de la LO 11/1987)

José JIMENEZ VILLAREJO

El artículo 117.5 de la CE, tras proclamar en su primer inciso que «el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales», añade: «La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuesto de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución». Este segundo inciso contiene tres previsiones fácilmente diferenciables: a) se mantendrá la jurisdicción militar no obstante la vigencia del principio de unidad jurisdiccional; b) se reducirá su campo de actuación al ámbito estrictamente castrense en tiempos de normalidad constitucional, quedando a salvo la posibilidad de que sea ampliada su competencia cuando se declare el estado de sitio, y c) el ejercicio de la jurisdicción militar tendrá que ser regulado de acuerdo con los principios de la CE. Este último mandato es el que nos ha de servir, en esta breve reflexión, como punto de partida.

Aunque en el precepto constitucional que hemos recordado sólo se prevé, expresamente, una regulación legal que ajuste a los principios de la CE «el ejercicio» de la jurisdicción militar, desde el primer momento se vio con toda claridad que el mandato no podía llevarse a efecto con una mera reforma de los procedimientos militares, con ser la misma absolutamente necesaria. La jurisdicción militar no se podía ejercitar de forma constitucionalmente correcta si no se transformaba profundamente su organización anterior, esto es, la que tuvo hasta que se produjo la mutación política trascendental que supuso la entrada en vigor de la Norma Fundamental de 1978. La afirmación anterior apenas necesita el apoyo de razones explícitas. Basta ponderar, entre otras circunstancias, que un derecho fundamental como es el que todos tienen al juez ordinario predeterminado por la ley, un presupuesto básico para la actuación jurisdiccional en un Estado de Derecho como es la independencia de los jueces y un rasgo característico de todo régimen asentado en la división de poderes como es la naturaleza exclusiva y

excluyente de la potestad jurisdiccional, estaban sustancialmente ausentes en la estructura de la justicia militar que configuraba el CJM de 1945, mantenedor, por lo demás, de las líneas tradicionales marcadas por los textos legales que ordenaron la materia en el siglo XIX.

Estaba, pues, fuera de toda duda razonable que únicamente tras un cambio orgánico radical, en el sentido de los principios y preceptos de la CE, sería posible que el ejercicio de la jurisdicción militar se realizase de acuerdo con la misma. A satisfacer esta necesidad ha tendido la LOCOJM 4/1987, de 15 de julio. Un comentario detenido y extenso de esta ley excedería, con mucho, las posibilidades impuestas por los límites naturales de este artículo. Parece justo, no obstante, dejar constancia, al menos, de que se trata de un esfuerzo ambicioso y serio por modernizar la jurisdicción militar española y convertirla en una pieza coherente —y no disonante— con el resto de las instituciones que conforman el Estado de Derecho. Más aún, en cierto sentido, puede decirse que la LOCOJM ha tenido la virtualidad de convertir en jurisdicción —legitimándolo como tal— un sistema de aplicación de Derecho Penal Militar que, aun habiendo ostentado pacíficamente dicha denominación durante largo tiempo, era ya más que discutible pudiese seguir llamándose así si al término jurisdicción le damos un sentido rigurosamente judicial.

Para comprender el alcance de la reforma, será suficiente enunciar, por vía de ejemplo, algunas de las innovaciones más importantes: se integra a la jurisdicción militar en el Poder Judicial del Estado y se materializa dicha integración con la atribución a la Sala Quinta del Tribunal Supremo de los recursos de casación y revisión contra las resoluciones de los Tribunales Militares —con lo que la jurisdicción militar se convierte en «orden jurisdiccional» a su más alto nivel— y con el reconocimiento de importantes funciones gubernativas, con respecto a los órganos de dicha jurisdicción, al Consejo General del Poder Judicial; se residencia la potestad jurisdiccional mi-

Abreviaturas utilizadas CE: Constitución Española. CJM: Código de Justicia Militar, de 1945. CPM: Código Penal Militar, de 1985. LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal. LOCOJM: Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Mi-

litar, de 1987 LODN: Ley Orgánica de Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. LPM: Ley Procesal Militar, de 1989.

litar, de forma exclusiva, en los órganos judiciales militares establecidos por la LOCOJM; se proclama la independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento único al imperio de la ley, de los jueces militares, encomendándose la garantía de su independencia al Consejo General del Poder Judicial; y los antiguos Consejos de Guerra, discrecionalmente formados para cada ocasión, quedan sustituidos por tribunales permanentes presididos y mayoritariamente integrados por miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa —aunque con la presencia de vocales militares que el preámbulo de la ley identifica, con notoria impropiedad, con la institución del escabinado—, reforma esta última que, al tiempo que técnica y profesionaliza la jurisdicción militar, satisface aceptablemente, en este ámbito, el derecho al juez predeterminado por la ley.

Ahora bien, por numerosas y sensibles que sean las modificaciones operadas por la LOCOJM, no debe perderse de vista que nos encontramos ante una reforma, no ante una ruptura, y que el deseo expreso del legislador —declarado en el preámbulo— ha sido elaborar un nuevo marco organizativo que respondiese simultáneamente «a las corrientes doctrinales del derecho comparado, a las exigencias de la sociedad actual y a los valores tradicionales de la institución militar». Este anunciado eclecticismo, claramente perceptible a lo largo del articulado de la ley, genera a veces preceptos que, por una parte, pueden ser difícilmente comprensibles para el que los lea haciendo abstracción de la legalidad precedente y, por otra, parecen destinados a entrar en colisión con los principios inspiradores de la reforma, amenazando incluso con desnaturalizarla en la medida que suponen —los citados preceptos— la permanencia de elementos tan arcaicos como disfuncionales. Uno de ellos es el artículo 111 de la LOCOJM que, con los tres que inmediatamente le siguen, da contenido al Título VI cuyo epígrafe dice así: «De la legitimación especial que en el recurso de casación corresponde a los mandos militares superiores».

Según el artículo 111: «En defensa de la disciplina y otros intereses esenciales de la Institución Militar, los mandos militares superiores que se designen por Real Decreto estarán legitimados para interponer recurso de casación contra las sentencias y autos de sobreseimiento definitivo o libre que recaigan en procedimientos por delitos de que conozcan el Tribunal Militar Central, los Tribunales Militares Territoriales y, en su caso, los Jueces Togados Militares, si el inculcado les está jerárquicamente subordinado o el hecho se ha cometido dentro del territorio de su mando y el inculcado pertenece al mismo Ejército». Para que la norma transcrita pueda tener efectividad: a) en el artículo 112 se prevé que «si en el procedimiento estuvieren inculpadas personas de distinto Ejército o existiere pluralidad de lugares en que se haya cometido el delito, estarán legitimados para interponer el recurso de casación todos los mandos militares superiores en que se den las condiciones del artículo anterior» b) en el 113 se dispone asignar a los mandos mencionados un asesor jurídico que será el encargado de preparar, interponer y defender el recurso, y c) en el 114 se ordena a los órganos judiciales militares comunicar,

por el medio más rápido posible, las sentencias o autos de sobreseimiento definitivo que dictaren a los mandos militares superiores expresados en el artículo 111.

Como es lógico, esta legitimación para recurrir en casación, concedida a Autoridades que no han sido —ni pudieron serlo— partes en la instancia, plantea problemas de varia índole, de los que no son los más graves, aun revistiendo considerable envergadura, los estrictamente procesales.

Cabría suponer, para empezar, que el único recurso de casación que podría ser interpuesto por los Mandos Militares Superiores habría de ser el autorizado por el número 1.º del artículo 849 de la LECr. Teniendo en cuenta que el deber de comunicación impuesto a los Tribunales Militares en el artículo 114 de la LOCOJM está referido únicamente a la resolución dictada y a los votos particulares si los hubiere, no parece lógico se permita impugnar la resolución, por disentir de su relato fáctico o para la denuncia de reales o supuestos vicios procedimentales, a quienes, no habiendo estado presentes en el proceso, ni conocen la actividad probatoria que en el mismo se hubiese practicado, ni tienen constancia de los defectos de forma en que el Tribunal hubiese podido incurrir antes de pronunciar sentencia, con independencia de que, en relación con esta última posibilidad, no se alcanza fácilmente cómo se puede combatir una resolución por motivos puramente procesales si se actúa en el ejercicio de una legitimación conferida, de modo claramente excepcional, para defender «la disciplina y otros intereses esenciales de la institución militar». No obstante, como el artículo 327 de la LPM, de 13 de abril de 1989, al decir que «también estarán legitimados para interponer el recurso de casación los mandos militares superiores» a que se refieren los artículos de la LOCOJM que comentamos, no distingue entre recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, antes al contrario, prevé expresamente que se pueda interponer el segundo, puesto que dispone que, en tales casos, no puede ser motivo de inadmisión o desestimación «el no haber reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta», ha de concluirse que la voluntad legislativa ha sido abrir, con injustificada generosidad, todas las vías casacionales. Ello obligará a los Tribunales de instancia, dicho sea de paso, para que el derecho al recurso legalmente reconocido no devenga ilusorio, a interrumpir el plazo establecido para recurrir —lo que ciertamente no está previsto por la ley— a fin de que los mandos legitimados puedan instruirse de las actuaciones que procedieron a la sentencia o auto y llegar a tener el conocimiento imprescindible para fundamentar su impugnación, si estiman que lo exigen los intereses cuya defensa les encomienda la ley.

Mayor calado tienen, sin duda, los problemas que surgen al hilo de una reflexión sobre la propia existencia y justificación de la legitimación que examinamos y sobre su difícil articulación con aspectos realmente decisivos de la reforma en que aquélla ha sido insertada. Lo primero que es preciso resaltar es que tanto la disciplina como los otros intereses esenciales de los Ejércitos, cuya eventual defensa se pre-

senta como razón de ser de esta legitimación, son sencillamente intereses públicos tutelados por la ley penal, concretamente por el CPM promulgado por la Ley Orgánica 13/1985. A la vista de esta obvia caracterización, y habida cuenta de que defender el interés público tutelado por la ley, promoviendo la acción de la justicia, es misión propia del Ministerio Fiscal según el artículo 124.1 de la CE y, en el ámbito específico de la jurisdicción militar, de la Fiscalía Jurídico Militar de acuerdo con el artículo 88 de la LOCOJM, es legítimo preguntarse: ¿qué sentido tiene atribuir la misma función a los Mandos Militares Superiores, autorizándoles a recurrir en casación las resoluciones judiciales en que entiendan que los citados intereses no han recibido adecuada protección? Argüir que la singularidad del mundo castrense convierte a sus jefes en privilegiados intérpretes de los valores que en el mismo tienen vigencia chocaría seguramente con el universalismo que informa toda sociedad moderna y democrática, pero, aunque así fuese, ¿es necesaria, en virtud de dicha singularidad, una doble acusación pública en el contexto de una jurisdicción militar especial, en la que los tribunales están integrados por oficiales del Cuerpo Jurídico de Defensa —Vocales togados— y por profesionales de las armas —Vocales militares— cuyo papel, expresamente definido en el preámbulo de la LOCOJM, es llevar al tribunal la voz y el parecer «del ambiente en que se ha producido el hecho»? Desde otro punto de vista, es inevitable pensar en la eventualidad, ya realizada más de una vez, de que, sorprendentemente, no coincidan las tesis mantenidas en la casación por las representaciones del Ministerio Fiscal y de los mandos militares superiores. Estando la Fiscalía Jurídico Militar, a través del Fiscal Togado y según el artículo 91 de la LOCOJM, vinculada jerárquicamente al ministro de Defensa del que puede recibir «órdenes e instrucciones» —a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio Fiscal actualmente en la jurisdicción ordinaria— y estando sometidos a la misma autoridad, a tenor del artículo 10 de la LODN, los Mandos Militares Superiores, ¿no habrá que reputar grave incoherencia que se entable un duelo procesal entre partes que, en nombre de un mismo interés, postulan resoluciones contradictorias?

Para las anteriores preguntas, sólo puede encontrarse respuesta con la clave de la regulación legal precedente. En ella, como es sabido, el ejercicio de la jurisdicción militar estaba compartido —artículo 46 del antiguo CJM— por el Consejo Supremo de Justicia Militar, las Autoridades Judiciales Militares, los Consejos de Guerra y los Jueces Togados Militares de Instrucción, si bien algunos comentaristas se inclinaban por la tesis de que, en realidad, dicha jurisdicción era ejercida en cada asunto, de forma conjunta, por el Consejo de Guerra, el Auditor y la Autoridad Judicial Militar, sin perjuicio de la competencia revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar. Conviene recordar que las Autoridades Judiciales Militares, que detentaban seguramente la cuota más importante de la jurisdicción, eran, según el artículo 49 del CJM, «1.º los Capitanes Generales de las Regiones, los Generales en Jefe de Ejército y los Generales Jefes de Tropa, con mando indepen-

diente, a quienes se haya atribuido expresamente jurisdicción; 2.º los Capitanes y Comandantes Generales de Departamento, o Comandantes Generales de Escuadra y el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina; 3.º los Generales Jefes de las Regiones y Zonas Aéreas». Y que a estas Autoridades incumbía, entre otras funciones, aprobar las sentencias dictadas por los Consejos de Guerra o disentir de ellas, en cuyo caso elevaban las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar —artículo 52 del CJM— para que éste resolviera lo que fuera procedente. A la vista de estos antecedentes, no parece descaminado interpretar la legitimación para recurrir establecida en el artículo 111 de la LOCOJM como una nueva versión, debidamente actualizada, del viejo disentimiento que condicionaba la ejecutoriedad de las sentencias dictadas en los procedimientos judiciales militares al beneplácito del mando militar correspondiente. A confirmar esta interpretación, por otra parte, contribuyó decisivamente el Real Decreto 421/1988, de 29 de abril, en que se determinó quiénes son los mandos militares superiores, a los fines que nos ocupan, en los términos que siguen: «1.º El Jefe del Estado Mayor de la Defensa; 2.º en el Ejército de Tierra: a) el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra; b) los Capitanes Generales de Región Militar y de la Zona Militar de Canarias; c) el Comandante General de Baleares; 3.º En la Armada: a) el Jefe del Estado Mayor de la Armada; b) los Capitanes Generales y Comandantes Generales de Zona Marítima; c) El Almirante de la flota; d) El almirante Jefe de la Jurisdicción Central; 4.º En el Ejército del Aire: a) El Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire; b) Los Capitanes Generales de la Región Aérea; c) El General Jefe de Zona Aérea de Canarias». Como se ve, los Mandos Militares Superiores de hoy coinciden básicamente con las Autoridades Judiciales de ayer, con la incorporación, no desprovista de relevancia y plenamente congruente con los criterios que presiden la nueva organización de la estructura militar, del Jefe del Estado Mayor de la Defensa y de los Jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos.

Acaso sea aventurado calificar de «transaccional», como hemos hecho en otra ocasión, la norma que ha servido de tema a este comentario. En cualquier caso, es innegable que el legislador, en trance de privar a determinadas Autoridades Militares de la potestad jurisdiccional que poseían, para otorgársela exclusivamente a los nuevos órganos judiciales militares, no se atrevió a extraer las últimas —e insoslayables— consecuencias del sistema que aspiraba a instaurar y mantuvo, cambiando su naturaleza pero no sus efectos en el proceso, una institución propia de la época en que la función jurisdiccional, en el ámbito castrense, se confundía con la de mando y, en buena medida, le estaba subordinada. En el preámbulo de la LOCOJM se dice que se legitima especialmente a los Mandos Militares Superiores en el recurso de casación para que aquéllos «puedan velar, en el seno de la jurisdicción, por la disciplina y otros intereses esenciales de los Ejércitos». No es razón suficiente. Ante los Tribunales, no es del todo apropiado atribuir a la Administración —civil o militar— el solícito cuidado de determinados bienes o in-

tereses que implica, figurativamente, el verbo «velar». A la Administración incumbe, sencillamente «promover» la acción de la justicia en defensa de los bienes o intereses que la ley tutela y, como recordábamos más arriba, ése es precisamente el papel del Ministerio Fiscal. Otra forma de incitar la actuación de los Tribunales, como la sugerida cuando se dice que ciertas autoridades deben «velar» ante

ellos en favor de ciertos valores, parece responder a una inicial desconfianza en la aptitud de los primeros para desempeñar su función prioritaria y a la consiguiente convicción de que es preciso «vigilar», desde otro poder, la forma como dicha función se realiza. Y no cabría mayor contradicción que una jurisdicción vigilada por la Administración.

# **La audiencia al demandado rebelde y el recibimiento a prueba en segunda instancia: un supuesto de abuso de posición procesal**

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

## **I. INTRODUCCION**

La posición procesal del demandado que, por no personarse en autos en forma adecuada, pasa a situación de rebeldía, resulta compleja y de difícil sistematización, y es regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma fragmentaria y no siempre adecuada. El legislador ha tratado de evitar la posible indefensión de la persona demandada, máxime cuando hay constancia de que en ocasiones el emplazamiento no se produce de forma que sea cognoscible por aquélla, y puede verse condenada sin ser oída. Especialmente, desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 resulta indispensable cuidar la posición procesal de los demandados, para dar estricto cumplimiento al derecho a la tutela efectiva reconocido en el artículo 24.1 del texto constitucional, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

En el proceso civil se regula de modo especial el llamado «juicio en rebeldía» en el Título IV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con especialidades tendentes, de una parte, a asegurar los derechos del demandante y, de otra, a propiciar la posibilidad de defensa del demandado rebelde. En cuanto a éste, el artículo 766 de la expresada ley establece que cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca será admitido como parte, y se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso, también se permite la audiencia al condenado en rebeldía contra la sentencia firme que haya puesto término al pleito, en los supuestos a que se refieren los artículos 773 y siguientes de la indicada ley.

Para evitar esta posible audiencia frente a una sentencia firme, es práctica habitual instar la notificación personal de la sentencia, lo que produce los efectos expresados en los artículos 771 y 772 de la ley procesal citada. En estos casos, el demandado a quien se ha notificado en su persona la sentencia, si ésta resulta contraria a sus intereses, puede interponer el recurso de apelación dentro del término legal, y en este caso tiene la posibilidad de recibimiento a prueba en segunda instancia, en el término prevenido en el número 5 del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **II. EXPOSICION DE LA NORMATIVA REGULADORA**

El artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fija los supuestos en los que cabe el recibimiento a prueba en segunda instancia, y lo hace en forma restrictiva, al afirmar inicialmente que sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en los casos expresamente establecidos en el indicado precepto, y limitando además los medios de prueba en la forma que establece el último párrafo del artículo. Ello se debe a que la concepción procesal de la apelación significa, en principio, una revisión de la resolución judicial recaída en primera instancia, tanto en el ámbito de la valoración de la prueba, cuanto en lo relativo a la aplicación correcta de los hechos de la norma jurídica. Sólo en los supuestos excepcionales contemplados en el artículo referido es posible practicar en segunda instancia nuevas pruebas, con lo que el sentido de la resolución que el tribunal de apelación haya de dictar queda modificado, al tener que revisar los términos de la resolución apelada y, además, examinar y valorar en derecho la prueba practicada en segunda instancia.

De entre los diversos supuestos en los que, conforme al citado artículo 862, puede otorgarse el recibimiento a prueba en segunda instancia, interesa aquí especialmente el número 5, que lo permite cuando el demandado declarado en rebeldía se hubiere personado en los autos en cualquiera de las dos instancias, después del término concedido para proponer la prueba en la primera. Este precepto es coherente con los artículos 776 y 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el primero permite comparecer al demandado rebelde, pero sin que pueda retroceder al estado procesal de las actuaciones, y el segundo autoriza el recibimiento a prueba, si lo pidiere y fueren de hecho las cuestiones que se discuten en el pleito.

La especialidad de la norma establecida en el indicado número 5 del artículo 862 radica en que, conforme al último párrafo del precepto, en este caso se admitirá toda la prueba pertinente que propongan las partes. No se limita aquí el recibimiento a prueba a practicar diligencias incorrectamente desestimadas en primera instancia, o a aquellas que no pudieron practicarse en la primera fase del pleito por cualquiera de los motivos expresados en los núme-

ros 2, 3 y 4 del referido artículo, sino que cabe lealmente un total replanteamiento del período probatorio del proceso, admitiéndose y practicándose toda la prueba que propongan las partes, siempre que el Tribunal la estime pertinente. Por ello, según se ha expuesto precedentemente, la segunda instancia puede llegar a significar la celebración de un nuevo proceso, en que se aporten toda clase de pruebas tendentes a acreditar los hechos alegados, de forma que la sentencia que recaiga tendrá, de hecho, el sentido de una resolución judicial dilucidadora de las pretensiones ejercitadas de las partes, más que el de una revisión de la sentencia precedente.

### III. LAS SITUACIONES ABUSIVAS

Al amparo de la indicada normativa se producen, con reiteración, situaciones de auténtico abuso de derecho por parte de algunos demandados que, emplazados en forma tal que tienen conocimiento cabal de los términos de la demanda deducida contra ellos, dejan transcurrir el plazo para comparecer en primera instancia, en espera de que recaiga sentencia en la misma, amparándose en la prevención establecida en el artículo 1.214 del Código Civil, que hace recaer la carga de la prueba de los hechos en que se basa la pretensión del demandante sobre dicha parte, de forma que sólo podrá prosperar la demanda si ésta parte procesal logra acreditar cumplidamente en el proceso los hechos en que fundamenta su solicitud de amparo judicial. Si no es así, el demandado rebelde ha evitado todo gasto y molestia, y su situación personal no se ve afectada en modo alguno por la demanda que contra el mismo se dedujo.

En caso contrario, una vez le es notificada la resolución judicial adversa, al demandado hasta entonces rebelde comparece en autos para interponer recurso de apelación contra la misma —artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, acude a la Audiencia para sostener el recurso y solicita en segunda instancia el recibimiento a prueba que, conforme al precepto repetidamente examinado, habrá de concederse, admitiendo toda la prueba pertinente que proponga.

Nótese que esta actuación pugna con el sentido general de la tramitación de un proceso judicial; en el mismo la demanda da principio a la tramitación (art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ella y la contestación (arts. 540 y 542 de la citada ley) fijan los términos respecto de los cuales ha de dilucidarse el proceso, y en relación a los cuales ha de dar el juzgador oportuna y congruente respuesta (art. 359 de la ley procesal), siendo el período probatorio el adecuado para justificar o acreditar los hechos en los que se fundamentan las pretensiones deducidas por ambas partes, incluyendo entre las mismas las excepciones planteadas por la parte demandada. Igualmente, es posible articular prueba para negar la realidad de los hechos invocados de contrario —la llamada contraprueba—, y todo ello exige conocer los pedimentos formulados por la parte contraria. Tras el período probatorio se produce un término de conclusiones de las partes en algu-

nos procesos y, en todos ellos, ha de producirse la resolución judicial de la controversia que, como se ha expuesto, ha de ser congruente con las demandas y las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, tal como establece el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resulta evidente que articular prueba tendente a justificar hechos no invocados significa una distorsión en la marcha normal del proceso, y puede incluso determinar la indefensión de la parte contraria, que se ve privada de la posibilidad de intentar la contraprueba, al no tener conocimiento —al menos formal— de la finalidad con la que la parte contraria propone la suya. La distorsión aludida puede ser un sacrificio necesario, respecto al desarrollo normal del procedimiento, en los supuestos de imposibilidad del demandado para comparecer con anterioridad, habiendo estado en situación de rebeldía, y en este caso podrá evitarse la indefensión del actor, facilitando el recibimiento a prueba también a su instancia y permitiendo que se lleve a cabo toda la que proponga también dicha parte, pues así lo autoriza el último párrafo del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fuera de estos supuestos no parece necesario ni procedente llevar a cabo esta actuación, y debería, por tanto, ser rechazada la pretensión que así lo solicita.

Para verificar cuándo se está en presencia de las que llamamos «situaciones abusivas» hay que tener en cuenta la forma en que se ha realizado el emplazamiento del demandado. La Ley de Enjuiciamiento Civil permite que el emplazamiento se lleve a cabo por medio de cédula que se entregará a parientes, u otras personas, conforme a los artículos 267, 268, 270 y 271. También autoriza a realizarlo por edictos, cuando no conste el domicilio de la persona del demandado. Estas posibilidades legales, que significan una quiebra del principio general de comunicación personal de las pretensiones deducidas en contra de cualquier persona, han sido declaradas conformes a la Constitución por reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras las de 31 de marzo de 1981 y 20 de octubre de 1982, si bien el referido Tribunal ha cuidado de expresar la prevención con que ha de acordarse esta forma de emplazamientos, para evitar la indefensión de los demandados. En concreto, la sentencia citada en segundo lugar declaró inconstitucional el emplazamiento llevado a cabo por medio de edictos publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, cuando era posible hacerlo de otro modo, que hubiera permitido el efectivo conocimiento por parte del demandado de la pretensión suscitada contra él, y la defensa respecto de la misma.

Pues bien, en los casos en los que el emplazamiento al demandado se produce por medio de edictos, y en aquéllos en los que la cédula se entrega a una persona distinta del mismo, es posible entender que la comparecencia en autos después de recaída sentencia condenatoria en primera instancia, y a los fines de mantener recurso de apelación contra aquélla, es una actuación amparada por el derecho y puede producir las consecuencias jurídicas que el ordenamiento tiene previstas para estos supuestos. En concreto, cabe la solicitud de recibimiento a prueba del pleito en segunda instancia, con los amplios

efectos establecidos en el número 5 y párrafo último del artículo 862 repetidamente citado.

Por el contrario, si el demandado ha sido emplazado en su persona y ha tenido conocimiento desde el inicio de la pretensión suscitada en su contra y del desarrollo del proceso, puede entenderse que se está en presencia de una situación de abuso de derecho cuando se pretende, en segunda instancia, replantear toda la cuestión fáctica mediante el recibimiento a prueba en toda su amplitud. Es, como se ha manifestado, un supuesto en el que la incomparecencia del demandado en el proceso se debe, exclusivamente a su voluntad, y por ello debe afrontar las consecuencias derivadas de su propio actuar.

#### IV. LA RESPUESTA JUDICIAL

Ante una situación que puede considerarse de normalidad, en la que el demandado ha sido emplazado en autos por medio de edictos, o por cédula entregada a otra persona, y posteriormente deviene en situación de rebeldía, si comparece en el proceso en segunda instancia y solicita entonces el recibimiento a prueba, el Tribunal de apelación habrá de dar cumplida respuesta a su petición, con arreglo a lo establecido en los artículos 767 y 862.5 y último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los amplios términos allí establecidos. Igualmente, podrá adoptarse esta decisión en los casos de emplazamiento personal, en los que conste la imposibilidad del demandado de comparecer con anterioridad al momento en que lo realiza, ya que no se está aquí en presencia de ningún abuso de derecho, sino de ejercicio legítimo y normal de derechos propios.

En los otros supuestos, antes descritos como «situaciones abusivas», la respuesta judicial puede y debe ser distinta, precisamente para evitar el abuso de derecho y la indefensión que puede causarse a la parte contraria.

Es interesante constatar al respecto la doctrina sentada por la sentencia número 149/1987, de 30 de septiembre, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en recurso de amparo número 758/1986, que en orden al recibimiento a prueba en segunda instancia establece los siguientes criterios, que pueden resumirse así: 1.º el régimen de prueba en los procesos civiles es básicamente un régimen legal, que se rige por el principio dispositivo, siendo acomodado a las exigencias constitucionales el modelo que articula un determinado período dentro del proceso, con el fin de que la práctica de las pruebas se realice dentro de él y sólo dentro de él; 2.º es también ajustado a la Constitución el carácter excepcional y limitado de las pruebas que se pretenden practicar durante la sustanciación de los recursos de apelación, pues el momento estrictamente probatorio pertenece a la primera fase del proceso y el recibimiento a prueba en la segunda instancia sólo cobra sentido cuando se trata de pruebas sobre hechos acaecidos después de la sentencia, que tengan relevancia para el enjuiciamiento del asunto, o cuando las pruebas propuestas en la pri-

mera instancia no pudieron ser practicadas y esta imposibilidad de la práctica de la prueba no sea imputable a quien la pretende después (fundamento jurídico segundo).

Dicha sentencia estima, según se ha expuesto, conforme al ordenamiento constitucional el régimen de limitación de pruebas en segunda instancia, pero establece además, y esto es importante para dilucidar el tema aquí debatido, que el momento probatorio pertenece a la primera fase del proceso, de forma que es excepcional la posibilidad de recibimiento a prueba en la citada segunda instancia.

A su vez, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de diciembre de 1987, dictada en recurso de amparo 968/1986, estimó que se produce indefensión para que una de las partes cuando la sentencia recaída en el proceso se funda en «hechos nuevos» introducidos de oficio por el órgano decisor, lo que no respeta el principio de congruencia, alterando el objeto del proceso, sin dar a las partes oportunidad de defenderse sobre los nuevos términos en que el Tribunal coloca el asunto (fundamento jurídico segundo).

Pues bien, algo similar al supuesto de hecho a que se refiere esta última sentencia constitucional puede producirse en los casos a que nos venimos refiriendo, si el Tribunal examina y valora las pruebas que se practican en segunda instancia, y dicta una nueva resolución aplicando el ordenamiento jurídico a unos hechos acreditados por dichas probanzas, que son distintos a los invocados por la parte actora en su escrito de demanda, y sin que la parte demandada haya introducido otros elementos fácticos en el proceso, al haber estado en rebeldía durante el período de alegaciones. En tal caso se podría producir una situación de indefensión para que el actor, apelado en la segunda instancia, por cuanto éste no tendría posibilidad de contraargumentar respecto de unas alegaciones implícitas del demandado recurrente, antes rebelde, alegaciones que no son expuestas en ningún momento del proceso, pero que son deducibles de los términos en los que se articula la prueba en la segunda instancia.

Por todo ello, debería en estos supuestos rechazarse judicialmente la petición de recibimiento a prueba que formule el demandado recurrente, que estuvo en situación de rebeldía por causas a él mismo imputables, en los términos a que se refiere el número 5 del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Obviamente podrá otorgarse el recibimiento a prueba a instancia de dicha parte, cuando concurra alguno de los supuestos expresados en los números 1 a 4 del citado precepto, y con la limitación expuesta en el último párrafo del mismo. Esta resolución puede fundarse, además de en los principios constitucionales antes expresados, en lo dispuesto en el artículo 11, puntos 1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según el cual en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe, y los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

# INTERNACIONAL

## Justicia internacional, cooperación y derecho de los pueblos\*

Salvatore SENESE

### 1. EL ARTICULO 11 DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA ITALIANA

Es una afirmación recurrente en el discurso oficial que la política exterior italiana está orientada a la consecución de la justicia y de la cooperación internacional y a la defensa del derecho de los pueblos.

Cualquiera que sea la medida en que tal afirmación se corresponda con la realidad, es en todo caso cierto que los objetivos señalados traducen precisas indicaciones constitucionales en materia de política exterior que, en cuanto tales, vinculan a los gobernantes. La dificultad y problematicidad de los mecanismos activables para hacer valer su eficacia jurídica no constituye en efecto argumento suficiente para excluir la naturaleza jurídica de los preceptos contenidos en el artículo 11 de la Constitución<sup>1</sup>.

De tales preceptos, por lo demás, la doctrina ha examinado, sobre todo, el contenido en la primera proposición («Italia repudia la guerra como instrumento de ofensa a la libertad de los demás pueblos y como medio de resolución de las controversias internacionales»), mientras que se ha dedicado escasa atención<sup>2</sup> a las siguientes proposiciones que cifran en la paz y en la «justicia entre las naciones» el objetivo de la acción del Estado en la comunidad internacional.

Un análisis de los significados que actualmente encierra la fórmula «justicia internacional» no puede, sin embargo, prescindir del artículo 11 de la Constitución y de la indagación sobre los nexos que

vinculan la fórmula constitucional a la elaboración que, durante decenios, se ha venido desarrollando en el debate internacional sobre el tema.

A este respecto, la norma constitucional cobra relieve sobre todo en la segunda de sus proposiciones, la que —afirmando la legitimidad de las limitaciones de la soberanía popular, en condiciones de igualdad con los demás Estados, cuando las mismas sean «necesarias en un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones»— fija las finalidades últimas de la política exterior de nuestro país; finalidades en vista de las cuales la tercera y última proposición del mismo artículo 11 atribuyen a los gobernantes la tarea de promover y favorecer las organizaciones internacionales que se orientan a la obtención de las mismas.

Las líneas generales que derivan de las dos proposiciones recordadas se compendian en la apertura de nuestro país a la comunidad internacional; y, por consiguiente, en el rechazo de toda visión autárquica de la vida y del desarrollo nacional; en la tendencial aceptación de un foro más amplio de la sola escena nacional para la formulación de los parámetros de juicio y de legitimidad sobre las grandes opciones de política internacional, en el debate que tiene lugar en ese foro, para contribuir a la transformación de la comunidad internacional en sentido democrático e igualitario<sup>3</sup>.

Una apertura a la comunidad internacional, por consiguiente, cualificada y caracterizada por la propuesta de un fin: la instauración de la paz y de la justicia entre las naciones.

\* Aparecido en *Questione Giustizia*, 2/1989.

<sup>1</sup> La opinión de que el artículo 11 contiene una mera indicación carente de valor jurídico, sostenida por G. Ballardore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, Milano, 1965, p. 465, había sido ya contestada por M. Bon Valsassina, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955. Con posterioridad, el carácter preceptivo del artículo 11 ha sido sostenido por A. Cassese, «Commento all'art. 11», en *Commentario Costituzione*, edición de G. Branca, Bologna, 1975, pp. 565 y ss. Recientemente, el problema ha dado lugar a numerosas intervenciones doctrinales en relación con la decisión del Gobierno italiano relativa a la instalación de los llamados euromisiles sobre el territorio nacional, cfr. A. Barbera, «Gli accordi internazionali. tra governo, parlamento e corpo elettorale», en *Quaderni costituzionali*, 1984, pp. 439 y ss.; S. Grassi, «Le garanzie giuridiche in tema di pace», en *Democrazia e diritto*, 1986, pp. 79 y ss.; U. Allegretti, «Una ricerca

su Costituzione e nuove armi», *ivi*, pp. 103 y ss.; todas las cuales se han pronunciado en favor de la tesis del carácter preceptivo del artículo 11 de la Constitución. Esta tesis, por otra parte, no es más que una aplicación de los resultados a los que han llegado la mejor doctrina constitucionalista y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, en orden a la eficacia normativa de todas las disposiciones constitucionales, comprendidas las dotadas de contenido prevalentemente programático, cfr. A. Pizzorosso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1984, p. 512 (hay traducción castellana en edición del Centro de Estudios Constitucionales).

<sup>2</sup> Deben recordarse, sin embargo, las consideraciones al respecto de A. Cassese, *op. cit.*, p. 472; y de U. Allegretti, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. Cassese, *op. cit.*, pp. 462 y ss.

## 2. LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Ya se ha señalado<sup>4</sup> cómo todas las fuerzas presentes en la Constituyente, convergieron en esta apertura orientada a la comunidad internacional y en la individualización de sus fines.

Pero ¿cómo entendían estas fuerzas «la justicia entre las naciones», que es lo que hoy nosotros indicamos como «justicia internacional»?

Recorriendo los trabajos de la Asamblea Constituyente o atendiendo al debate político-cultural de aquellos años, se advierte que esta finalidad era, por cierto, fuertemente sentida; pero, al mismo tiempo, que lo era en términos muy generales o incluso genéricos.

Justicia entre las naciones era, sobre todo, el rechazo de tratados inicuos.

Inducía también a una orientación de este género el trabajo de paz que se estaba preparando para Italia y la no aceptación de condiciones punitivas que en definitiva habrían hecho pagar al nuevo Estado, nacido precisamente de la resistencia y de la lucha contra el fascismo, las culpas de este último<sup>5</sup>. Más allá de este tipo de razones contingentes, se daba también quizá un rechazo más general de los tratados que pudieran suponer condiciones demasiado gravosas para los vencidos, casi el único eco de la conciencia de las desastrosas consecuencias del tratado de Versalles.

Contaba también indudablemente el rechazo de la opresión colonial, inequívocamente deducible del valor atribuido (en la proposición de apertura del art. 11) a la «libertad de los demás pueblos» y de la implícita representación de la humanidad como agregado de diversos pueblos, todos dotados de igual dignidad. Posiciones, éstas, y en particular la apuntada en último lugar, susceptibles de interesantes desarrollos; pero escasamente profundizadas.

Del mismo modo como, por lo demás, tampoco había sido objeto de particular atención la endiádis que en el texto del artículo 11 expresa los fines que deben ser perseguidos en el ámbito de la comunidad internacional: *paz y justicia*.

Se trata de una endiádis clásica que puede implicar una tensión entre los dos términos de que consta, tanto cuando la paz se presenta como consolidación de un orden injusto como cuando la justicia necesita de rupturas y desgarros para instaurarse. En el momento político-cultural de nuestra Constituyente, esa tensión no ocupaba el primer plano, al presentarse la aspiración a la paz como tendencialmente incondicionada; sin embargo, no estaba ausente, sino por el contrario se hacía explícita en el artículo 3.º con referencia al par igualdad formal-igualdad sustancial y, por tanto, a la tensión dialéctica entre exigencia de estabilidad del ordenamiento jurídico y exigencia de transformación del orden jurídico económico y social.

Se trata de una tensión que ya estaba presente en la Carta de las Naciones Unidas y que, por cier-

to, marcaba fuertemente el clima de la época y la construcción de las nuevas democracias. El cuadro institucional afirmado por la Carta, efectivamente, no se orientaba únicamente al mantenimiento de la paz y de un cierto orden mundial, sino que al mismo tiempo proponía un proyecto ideológico que debía fundar los parámetros de la legitimidad política. Esta última se apoya en igual medida sobre la tutela de los derechos humanos y sobre la promoción del progreso económico, social y cultural de los pueblos. El orden internacional que la Carta de las Naciones Unidas propugna debe ser conforme a «justicia», y ésta a su vez no descende de un orden predado, que habría que defender y conservar, sino que representa un resultado a alcanzar mediante transformaciones y cambios capaces de incidir sobre la estabilidad de los ordenamientos, que a su vez es un presupuesto natural de la garantía de los derechos<sup>6</sup>.

Es innegable que esta dialéctica, integrada en la filosofía de la Carta de las Naciones Unidas, incidió en el proyecto de nuestros constituyentes y, de manera específica, en el diseño de los grandes fines de la política exterior de la nueva república, vinculándolos estrechamente a los ideales expresados en el documento destinado a sentar las bases del nuevo orden internacional.

El acuerdo de los constituyentes sobre la formulación y el contenido del artículo 11 era, por tanto, también convergencia sobre los ideales contenidos en la Carta de la ONU y las perspectivas delineadas en ese texto.

## 3. LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

Ello quiere decir que, aún con las limitaciones y las ambigüedades propias de un documento de ese género, es al que hay que referirse para profundizar el contenido normativo de la disposición constitucional.

Semejante reenvío, por lo demás, tiene un carácter abierto, en el sentido de que los contenidos de la Carta recogidos por nuestro artículo 11 no son, de una vez por todas, los que se querían afirmar en 1945, sino sobre todo los que la evolución de la historia y de la conciencia de la comunidad internacional ha ido extrayendo día a día. Parafraseando la terminología de los juristas, podríamos definir ese reenvío como formal y no recepticio o material.

Esto es tanto como decir que, aún cuando la disposición constitucional de reenvío no contiene ningún reclamo explícito a la Carta de la ONU o al ordenamiento internacional, la precisión de los conceptos que la misma expresa —como, por ejemplo, el de «justicia entre las naciones»— debe llevarse a cabo a la luz del significado que tales conceptos asumen, progresivamente, en la Carta de la ONU y en el ordenamiento internacional.

Son de necesaria referencia al respecto sobre

<sup>4</sup> M. Bon Valsassina. *op. cit.*; A. Cassesi. *op. cit.*, pp. 462, ss., 665, ss.

<sup>5</sup> A. Cassesse, *op. cit.*, p. 473.

<sup>6</sup> Cfr P. De Senarclens, «Les Nations Unies et le droit des peuples», en *Cahiers n. VII de la Fondation internationale Lelio Basso pour le droit et la liberation des peuples*, Roma, pp. 34 y ss.

todo el preámbulo y el artículo 55 de la Carta.

El primero —que se abre con las famosas palabras «Nosotros, pueblos de las Naciones Unidas, etc.»— traza la inspiración fundamental de las Naciones Unidas, resumiendo los principios, los fines y los medios, en una suerte de mensaje inspirado, a veces mesiánico, ciertamente tributario de la ideología y de las utopías rooseveltianas<sup>7</sup>. A parte la subjetivación de los pueblos en un documento internacional, desde luego sorprendente y fuertemente significativa aunque retórica, el texto se caracteriza por la estigmatización de la guerra como «flagelo» del género humano (y no, por tanto, instrumento de autotutela de los Estados, forma legítima de violencia, medio de solución de conflictos internacionales, etc.); por la afirmación de la igualdad entre mujeres y hombres, naciones pequeñas y grandes; por la conciencia de la necesidad de crear las condiciones exigidas por el mantenimiento de la justicia y el respeto a los tratados; por la indicación del progreso social y de la instauración de mejores condiciones de vida en una cada vez mayor libertad como objetivo a perseguir por la comunidad internacional.

La tolerancia recíproca, el rechazo del uso de la fuerza, el recurso a instituciones internacionales para favorecer el progreso económico y social de todos los pueblos, son las vías a recorrer para la realización de aquel fin.

A su vez, el artículo 55<sup>8</sup> apunta —de forma más precisa— a la creación de condiciones de estabilidad y bienestar como el objetivo a perseguir para asegurar, entre las naciones, relaciones pacíficas y amigables fundadas sobre el respeto del principio de autodeterminación y de la igualdad de derechos de los pueblos. A tal fin, compromete a las Naciones Unidas: a) a favorecer la elevación de los niveles de vida, el pleno empleo y, más en general, condiciones de progreso y desarrollo del orden económico y social; b) a trabajar por la solución de los problemas internacionales en los sectores económicos, sociales, de la salud pública y de otras materias conexas y por la instauración de la cooperación internacional en los sectores de la cultura y de la educación; c) en fin, a promover el respeto efectivo y universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos.

Se trazan así las coordenadas esenciales en cuyo interior cobra cuerpo el concepto de «justicia internacional» tal y como se le había entendido entre los vencedores del segundo conflicto mundial y como había sido recibido por nuestros constituyentes.

Las connotaciones fundamentales de ese concepto giran en torno a la paridad de derechos de todos los pueblos y al progreso económico de los mismos.

Este término «progreso», que vuelve a ser reiterado con insistencia, conjugándose con la igualdad de derechos, parece definir la esencia de la «justi-

cia internacional» que se caracteriza como posibilidad concreta para todos los pueblos de obtener mejores condiciones de vida, pleno empleo, instrucción y acceso generalizado a la cultura, posibilidad de una asistencia sanitaria satisfactoria<sup>9</sup>.

Justicia es, por consiguiente, posibilidad para todos los pueblos de superar la pobreza, de acceder a un relativo bienestar y a una perspectiva de «*Welfare State*». Estamos de lleno dentro de la ideología rooseveltiana y el horizonte del «*New Deal*».

Las articulaciones concretas de este horizonte no aparecen indicadas, pero —en consonancia con los caracteres optimistas de la ideología rooseveltiana— quedan en alguna medida confiadas a una especie de *bienveillance* de la Historia: como si el «progreso» representase una suerte de carácter genético de la historia humana y se tratase, eliminando las guerras y favoreciendo la instauración de relaciones de amistad entre los pueblos, de posibilitar las condiciones de realización de ese destino.

Sería, ciertamente, un error afirmar que, en la Carta de las Naciones Unidas, el progreso económico y social de la humanidad resulta confiado únicamente a los mecanismos espontáneos del mercado: la ideología subyacente es en efecto una ideología de intervención en la economía más que puramente liberal<sup>10</sup>; pero el intervencionismo que la misma postula es más bien de corrección y de apoyo del mercado y no dirigido a hacer quebrar la lógica del mismo.

No es éste el único punto crítico de la concepción de la justicia internacional contenida en la Carta. En esta concepción se hace también evidente la traspolación a escala planetaria de vicisitudes y modelos propios de las sociedades avanzadas del occidente liberal-democrático. Pero, sobre todo, aquella concepción —que implicaba de manera inequívoca la igual dignidad de todos los pueblos y la desaparición del colonialismo, por tanto— entraba en contradicción insalvable con el mantenimiento de los imperios coloniales que habían sobrevivido al conflicto mundial. Es sabido que el desmantelamiento de tales imperios, reclamado por la Unión Soviética y apoyado por los EEUU, encontraba la firmísima oposición de Inglaterra y Francia, y que, al fin, el compromiso entre las tesis opuestas se encontró en la proclamación del principio de autodeterminación de los pueblos no como contenido de una obligación de *ius cogens* de los Estados, sino como una meta a alcanzar, un objetivo de la comunidad internacional, de modo que la Carta de las Naciones Unidas pudo entrar en vigor sin un previo desmantelamiento de los imperios coloniales aunque en la perspectiva de su superación<sup>11</sup>.

Y sin embargo, más allá de las contradicciones y de las debilidades que lo minaban, el concepto de «justicia internacional» introducido en la Carta de las

<sup>7</sup> Sobre el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, cfr. J. P. Cot y A. Pellet, en varios autores, *La Charte des Nations Unies* (ed. de J. P. Cot y A. Pellet), Paris-Bruselas, 1985, pp. 1 y ss.

<sup>8</sup> Sobre el artículo 55 de la Carta, cfr. A. Pellet, *op. cit.*, pp. 841 y ss.; J. B. Marie y N. Questiaux, *ivi*, pp. 863 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. P. De Senarclens, «Procès et développement dans l'ideologie des Nations Unies», ponencia presentada al coloquio

*L'universalité est-elle menacée*, organizado por la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en esta ciudad durante los días 16 y 17 de diciembre de 1985 (Doc. OdG/85/15 GE-85-03620).

<sup>10</sup> Cfr. J. P. Cot y A. Pellet, *op. cit.*, en la nota 7, p. 16, P. De Senarclens, *op. ult. cit.*, p. 3.

<sup>11</sup> Cfr. A. Cassese, «Il diritto dei popoli all'autodeterminazione politica dallo statuto dell'ONU alla Dichiarazione di Algeri», en varios autores, *Omaggio a Leila Basso*, Milano, 1978, pp. 733 y ss.

Naciones Unidas recibido por varios ordenamientos internos, entre ellos el italiano, presenta un relevante factor de novedad y de vigencia, consistente en que extiende a nivel internacional los ideales de justicia que hasta la fecha se habían propuesto únicamente como referencia a la sola comunidad nacional. Por esa vía se afirma para todos los habitantes de la Tierra el mismo vínculo de solidaridad fatigosamente construido por los pertenecientes a un mismo grupo, a un mismo pueblo, o a un mismo país, poniendo fin a aquella división entre los hombres hasta entonces representada por las barreras nacionales. Este salto en la concepción política de la convivencia humana parece destinado a poner definitivamente en crisis —aunque a través de un proceso de larga duración todavía abierto— las bases sobre las que se habían construido los grandes desequilibrios económico-sociales que caracterizan al planeta.

En lo sucesivo podrán cambiar los parámetros de justicia, pero es lo cierto que resultará cada vez menos sostenible la adopción de un criterio de justicia para los asuntos internos de un país y otro diverso a escala mundial en las relaciones con otros pueblos.

#### 4. LA COOPERACION INTERNACIONAL

La contradicción entre principio de autodeterminación y supervivencia de los imperios coloniales no duró mucho. Aunque a costa de conflictos duros y sangrientos (baste recordar Argelia), la descolonización intervino con una rapidez imprevista trastornando en el espacio de quince años la escena del mundo, a la cual fueron empujados pueblos y naciones antes oprimidos. En 1960 la resolución número 1.514 de la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo del principio de autodeterminación una regla de la *ius cogens* del derecho internacional. Desde aquel momento la descolonización será no sólo un objetivo de la comunidad internacional, sino una obligación precisa y vinculante: el proceso experimentó entonces una aceleración y una legitimación reforzadas que facilitaron su rápida culminación, aunque sólo en el plano político.

En efecto, los pueblos salidos de la colonización llevan consigo los signos del dominio y de la explotación a que han estado sometidos, mientras la economía-mundo los relega rápidamente a una posición subalterna. Lejos de participar en un proceso general de desarrollo, estos nuevos países ven agudizarse rápidamente las diferencias que les separan de los países industrializados, mientras en América central y meridional y en Asia tiene lugar un proceso análogo respecto de otros países, formalmente independientes sí, pero excluidos de la industrialización.

Al fin ya de los años cincuenta, el mundo se presentaba dividido entre un pequeño grupo de países industrializados y una masa de países de los llamados en vías de desarrollo, algunos de ellos pobrisi-

mos. Comienza entonces a abrirse camino la conciencia del carácter insostenible de una situación mundial en la que un restringido número de países ricos se encuentra rodeado de una creciente masa de pueblos hambrientos. La pobreza comienza a ser vista como una amenaza para el orden económico y político de Occidente.

Se afianza entonces la idea de la creación-definición de mecanismos para una cooperación internacional al desarrollo de los países del Sur del mundo. La cooperación al desarrollo como parte integrante de las relaciones Norte-Sur llega a ser la tesis dominante en los países del mundo industrializado.

Pero ¿en qué consistía exactamente esta cooperación? ¿Cuál era su filosofía de fondo?

A decir verdad, la idea de cooperación internacional había entrado en las relaciones internacionales inmediatamente después del fin del conflicto, con el Plan Marshall, mediante el cual los EEUU habían intervenido para proporcionar una poderosa ayuda a la reconstrucción de los países industrializados del occidente europeo. Desde 1948 a 1952, en efecto, los EEUU dispusieron de cerca del 2 por 100 del producto nacional bruto de la época bajo la forma de subvenciones y préstamos destinados a la adquisición de equipamientos y mercancías necesarios para volver a poner en funcionamiento el aparato productivo de los países beneficiarios<sup>12</sup>.

Se trataba de poner de nuevo en marcha un mecanismo, no sólo preexistente, sino que precisamente había hecho siglos su aparición en esa parte del mundo, forjando por sí mismo las formaciones económico-sociales que ahora recibían aquella ayuda.

Los beneficiarios eran portadores de una cultura industrial común con los dispensadores de la ayuda, compartían los mismos valores, eran depositarios del saber técnico-científico necesario, participaban del mismo sistema económico. El acuerdo se presentaba, por tanto, como cooperación entre países culturalmente homogéneos, que se reconocían en los principios de la economía de mercado. Esto permitió entre otras cosas que el plan funcionase para promover la cooperación europea a nivel regional, a través de la promoción de un programa coordinado de reconstrucción y de la creación de una organización para la cooperación económica en Europa.

En estas premisas de fondo reside la razón del espectacular éxito del Plan Marshall, pero también las condiciones imprescindibles para que pudiera tener éxito una operación de este tipo; los límites propios —intrínsecos, por decirlo de algún modo— del género de cooperación que la misma representaba.

Y sin embargo, esta especificidad no fue efectivamente captada cuando se trató de plantear la cooperación para el desarrollo, que se inscribió plenamente en el marco de las coordenadas generales que habían presidido la cooperación entre países industrializados. Es evidente que tal género de cooperación no podía haber funcionado para los países del Sur del mundo, portadores de culturas, tradicio-

<sup>12</sup> Cfr. al respecto Leeland De Silva, *Development Aid, Aquide to facts an issues*, edición a cargo de Third World Forum Un-Ngo

liaison service, Ginebra, 1984.

nes, saberes, muy diferentes de los propios de las sociedades industrializadas. Aplicada a los países del Sur, la cooperación así entendida se convirtió en un ulterior mecanismo de expropiación, cuyos efectos son hoy bien conocidos.

## 5. LA COOPERACION COLONIZADA

Las ideas de cooperación y desarrollo implícitas en el tipo de intervenciones producidas con referencia al Sur del mundo a partir de los años cincuenta, a las que se ha hecho mención, presentan un singular carácter ptolemaico, que hace de la historia, de la experiencia, de la cultura de los países industrializados el alfa y omega de la historia del mundo.

En efecto, en los EE UU se afirma —y después se irradia progresivamente en Occidente— la teoría del desarrollo lineal, sistematizada por Rostow<sup>13</sup>. El crecimiento económico es visto como un proceso uniforme, universal, a través del cual todas las sociedades deberían pasar: del estadio tradicional al caracterizado por las condiciones preliminares al despegue, de éste a la madurez, para llegar, en fin, a la era de los consumos en masa. Un esquema semejante —extrapolado, y no importa si de forma más o menos correcta, de la historia de algunos países industrializados— deviene el modelo de la evolución universal. Resultaría referible a todos los países. Las diferencias serían sólo el efecto de la colocación de los más pobres de ellos en un estadio inferior al alcanzado por los países industrializados. La pobreza —ésta es la conclusión— se combate entonces mediante una aportación de capital a los países más pobres, como ayuda a la transición hacia el estadio superior e impulso para el despegue industrial. ¿No fue, por lo demás, una aportación de capitales lo que había permitido a la economía de los países destruidos por la guerra volver a funcionar accediendo rápidamente a la sociedad de consumo? La sugestión de los éxitos del Plan Marshall encuentra así campo abonado en un planteamiento que, rechazando cualquier relativización, impide captar en cada caso las razones específicas de lo sucedido.

La cooperación se afirma, por esa vía, como instrumento de reconducción de las diversas realidades del mundo al interior del cuadro de la dinámica capitalista: como negación de la especificidad de las situaciones particulares, culturas, formas de vida; como afirmación de la superioridad del hombre occidental y de su cultura. El subdesarrollo se presenta como retraso de determinadas sociedades, debido a sus estructuras, a sus mentalidades, a su reclusión en actitudes prenewtonianas. La racionalidad de Newton, a la que no habrían accedido los países subdesarrollados, se ofrece como «el símbolo de la vertiente histórica, a partir de la cual se difundió entre los hombres el concepto de un mundo ex-

terno sujeto a algunas leyes cognoscibles y posibilitadoras de transformaciones colectivas sistemáticas»<sup>14</sup>. Así, la pobreza sería atribuible a la ausencia de esta racionalidad, que debiera alumbrar Occidente.

El espantoso impacto de la colonización en el Tercer Mundo, los mecanismos de expoliación-rapiña inducidos por ella, están totalmente ausentes de semejante análisis, autoabsolutorio y autoapologético a un tiempo. Pero esta actitud no se refiere solamente al pasado, sino que se proyecta también sobre el futuro. El objetivo —de acuerdo con esta teoría— es para todos la sociedad de consumo, y, por consiguiente, sus valores, su cultura totalizadora e individualista, sus horizontes ideales. Más allá de la imposibilidad práctica de un objetivo semejante —denunciado por los economistas más avisados en consideración al despilfarro característico de la sociedad de consumo y a la limitación de los recursos de la tierra, que impide que toda la humanidad pueda abandonarse al dispendio de riquezas propio de un restringido grupo de países industrializados<sup>15</sup>— hay que denunciar aquí la pretensión uniformadora de imponer a todo el planeta el estilo de vida propio de un pequeño grupo de naciones.

Y sin embargo, es esta filosofía de la cooperación internacional la que se impuso al comienzo de los años sesenta y proyecta su extensa sombra hasta nuestros días. Todavía en septiembre de 1982 la Comunidad Económica Europea dispone un préstamo de 600 millones de dólares a una compañía gubernativa brasileña para la explotación de las minas de hierro de Carajas, en la Amazonia oriental. El proyecto prevé la deforestación de una parte de la selva amazónica, de una superficie equivalente a casi dos veces la de Italia, con objeto de beneficiarse de la extensísima cuenca minera y del cultivo extensivo de tierras. Estas alteraciones supondrán la expulsión de cerca de 20.000 *poseiros* que cultivan para sus propias necesidades pequeñas parcelas de tierra en aquella región, y de cerca de 4.000 indios. Las consecuencias inmediatas para Brasil serán la pérdida de poder decisonal sobre una parte importante de su territorio, una transferencia de beneficios a favor del capital multinacional, una explotación-rapiña de sus recursos naturales, el desarraigo de los habitantes de la región. El objetivo final será la exportación de materias primas en un mercado internacional que penaliza a los suministradores de esta riqueza; mientras, en el plano interno, la realización del proyecto determinará un masivo desplazamiento de poblaciones, con objeto de aportar mano de obra para las nuevas actividades, cuyas consecuencias no se han planificado en lo más mínimo<sup>16</sup>.

El préstamo de la CEE fue concedido con la firme oposición del comisario para el desarrollo de la propia CEE, el francés Edgar Pisani.

El *proyecto Carajas* ilustra bien las características de fondo de la política de cooperación que se ha

<sup>13</sup> Cfr. W. Rostow, *Gli stadi dello sviluppo economico*, trad. italiana Torino, 1962, que sistematiza las tesis desarrolladas por el autor en una serie de escritos, lecciones y conferencias en el curso de los años cincuenta.

<sup>14</sup> W. Rostow, *op cit*, p. 33.

<sup>15</sup> Cfr. los análisis económicos a que hacen referencia P. F.

Gondec y Tran van Minh en *Politique comparee du Tiers monde*, Paris, 1980, pp. 210 y ss.

<sup>16</sup> Para los datos y las valoraciones recogidas en el texto, cfr. «Centro de recherche et d'information pour le developpement» (editor), *Bresil, le projet Grand Carajas*, Paris, 1983.

analizado: corre el riesgo de convertirse en la versión moderna de la explotación colonial del Tercero y Cuarto Mundo por parte de los países industrializados. La ideología ptolemaica del desarrollo lineal se revela funcional a un tipo de relaciones internacionales que aseguran la sociedad de consumo en los países industrializados a expensas del Sur del mundo.

Esta filosofía de la cooperación internacional, conjugada con la mundialización de la forma-Estado, determina consecuencias también en orden al modo de ser del poder estatal en muchos países del Sur. Porque ese poder, extraño en su forma a las tradiciones locales y marcado siempre, por tanto, por una acentuada separación de la sociedad, tiende con frecuencia a transformarse en máquina represiva al servicio de los intereses de los grandes grupos industriales extranjeros configurando esa moderna y atroz forma de Estado neocolonial que los politólogos definen «Estado alienado»; es decir, un Estado que, aunque dotado de los atributos esenciales de la soberanía, funciona como máquina institucional para someter al pueblo a los intereses del gran capital internacional.

Ayudas como la de referencia ofrecen a menudo a esas dictaduras una apariencia de legitimación. Valga como ejemplo elocuente al respecto la documentación recogida por el Tribunal permanente de los pueblos en el curso de la sesión sobre Zaire (Rotterdam, 18-20 de septiembre de 1982) y expuesta en la correspondiente sentencia, donde se documenta también el papel de apoyo al régimen dictatorial de Zaire desempeñado por las instituciones financieras internacionales<sup>17</sup>. Tales instituciones —que constituyen un núcleo esencial de la cooperación— actúan realmente en función de los intereses político-económico-estratégicos de los países industrializados. Lo que no debe sorprender, si se considera que esta institución, de las que también son miembros los países en vías de desarrollo, han sido concebidas —según la expresión del profesor Rigaux— «en función de necesidades que no son las de tales países», estando modeladas más bien conforme al esquema de las sociedades por acciones (con los países ricos como grandes accionistas) que no según el modelo de una estructura de distribución<sup>18</sup>.

El grave problema de la deuda externa de los países en vías de desarrollo, que ahora explota con todo su dramatismo, y los costes insostenibles impuestos a las poblaciones de los países deudores por las recetas elaboradas al respecto por parte de las instituciones financieras internacionales, constituyen una ilustración elocuente de las consecuencias de una «cooperación internacional» entendida y practicada en el sentido antes indicado y, al mismo tiempo, una confirmación de cuáles son los intereses realmente tutelados por tales instituciones<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La sentencia puede consultarse en varios autores, *Un tribunal pour les peuples*, Paris, 1983, pp. 258 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. F. Rigaux, *L'étude des questions juridiques particulières en rapport avec le nouvel ordre international*. Ponencia introductoria a la conferencia pluridisciplinar sobre la transición hacia un orden internacional democrático Ciudad de México, 2-6 de septiembre de 1981, p. 24.

## 6. COOPERACION INTERNACIONAL Y AYUDAS ALIMENTARIAS

No se sustrae a tales caracteres perversos ni siquiera aquel tipo de cooperación que se produce bajo el nombre de «ayudas alimentarias» y que consiste en el envío —casi siempre a precios inferiores a los de mercado, y en ocasiones también a título gratuito— de productos alimenticios destinados al mantenimiento de las poblaciones beneficiarias.

Bajo el barniz de generosidad que las reviste, estas operaciones constituyen un medio a través del cual los países ricos eliminan los propios excedentes sin repercusiones negativas sobre el precio de los correspondientes productos. Además, preparan bastante a menudo la penetración de la industria alimentaria del Norte en los países destinatarios, alterando los hábitos alimentarios locales.

Es instructivo al respecto el ejemplo de la leche en polvo introducida por Holanda, hace algunos años, en el circuito de las ayudas alimentarias: según S. Abadie y B. De L'Homme<sup>20</sup>, esta introducción —que ha servido para liberar a Holanda de los grandes excedentes de ese producto que había acumulado— ha provocado, sin embargo, graves daños en la alimentación de la infancia de los países destinatarios, a causa de la carencia de vitamina A en esa leche y de la progresiva disuasión de la lactancia materna inducida por el consumo de ese producto.

Estos problemas están hoy bien presentes entre cuantos se ocupan de cooperación internacional, tanto que en el número de agosto de 1987 de *Voluntariato internazionale* (Boletín del MLAL) se ha publicado una carta de dos enfermeras que contestaban la iniciativa «50.000 biberones para Nicaragua» (promovida en el marco de la campaña «Nicaragua debe vivir» en la que nosotros mismos habíamos participado), remitiéndose a los estudios de UNICEF sobre las consecuencias devastadoras que, para la población infantil de los países en vías de desarrollo, ha tenido la introducción de leche artificial extraída del contexto socioeconómico (higiene generalizada, cultura de base, producción farmacéutica, disponibilidad de agua corriente y de energía) en el que esa forma de alimentación infantil ha podido desarrollarse positivamente.

## 7. DESCOLONIZAR LA COOPERACION INTERNACIONAL

El fracaso del tipo de cooperación internacional antes analizado ha sido ya reconocido por los propios expertos occidentales.

Un informe de 1981, redactado por Edmund Berg

<sup>19</sup> Cfr. al respecto la sentencia del Tribunal permanente de los pueblos sobre la política del FMI y de la Banca mundial, pronunciada al final de la sesión que tuvo lugar en Berlín Oeste durante los días 24 al 29 de septiembre de 1988, en curso de publicación.

<sup>20</sup> S. Abadie y B. de l'Homme, «Cee la marée blanche», en *La lettre de Solegrand*, n.º 22, enero de 1984, pp. 7 y ss.

por cuenta de la Banca mundial, documenta irrefutablemente este fracaso para toda la región africana del sur del Sáhara. En esta zona, la situación se ha agravado considerablemente, para todos los países examinados, con respecto a hace veinte años, cuando dio comienzo la cooperación. Mientras entonces la autosuficiencia alimentaria estaba casi asegurada, hoy todos dependen de la ayuda alimenticia externa y están expuestos no sólo a la subalimentación, sino incluso al hambre, tan pronto como las condiciones climáticas dejan de ser excepcionalmente favorables. También la situación sanitaria se ha deteriorado: reaparecen las grandes enfermedades endémicas, como la enfermedad del sueño, que parecían haber sido vencidas. Las condiciones de vida se degradan en las megápolis, engrosadas por el éxodo rural de una demografía incontrolada. El nivel cultural desciende, la vida colectiva se disgrega. Estamos en presencia, documenta Berg, de un verdadero y propio proceso de disgregación del tejido colectivo y humano que se ha verificado en veinte años de política de ayudas que habrían debido sostener el desarrollo de comunidades, hasta entonces arcaicas y tradicionales pero autosuficientes y con una identidad y una cultura propias<sup>21</sup>.

Esta toma de conciencia, por otra parte, se había producido ya en los países emergentes, cuyos representantes —desde la mitad de los años sesenta, y después cada día de modo más enérgico— han desplazado la atención sobre las causas estructurales del desarrollo, poniendo en discusión una serie de reglas y constantes que rigen el orden económico internacional: desde los mecanismos del intercambio desigual y del comercio internacional a la división internacional del trabajo y hasta las formas de flujo de capitales y tecnologías desde los países industrializados a los del Sur del mundo.

Se hace necesario, por consiguiente, un replanteamiento, capaz de liberar a la cooperación internacional de los caracteres coloniales que la misma ha ido asumiendo.

Este replanteamiento puede encontrar impulso y alimento en aquel factor de novedad que señalaba en el concepto de «justicia internacional» expresado en la Carta de las Naciones Unidas, es decir, en la proposición a nivel internacional de los mismos parámetros de justicia considerados válidos a nivel interno. Esto significa para nosotros los italianos —conforme se ha puesto de manifiesto por Casse<sup>22</sup>— que la justicia internacional, de la que hoy hay expresión en el artículo 11 de la Constitución, se nutre de los mismos valores de participación y democracia que están en la base de nuestro pacto nacional.

También en nuestro país existen desequilibrios y desigualdades; pero hoy parece ser adquisición definitivamente común (aunque no vaya acompañada de una praxis coherente) la conciencia de que tales desequilibrios no se superan a través del asistencialismo, la reducción a la pasividad, la negación de autonomía y de identidad cultural de las poblaciones y regiones interesadas. El valor de la dignidad de la

persona —sancionado en el artículo 2 de la Constitución— significa también valorización de todo lo que concurre a formar al ser humano, y por consiguiente también su historia y su identidad cultural. La directiva del artículo 3.2 significa también la exigencia de ir a la raíz de las desigualdades, sin limitarse a tratar de atenuar las consecuencias.

Aplicando estas orientaciones a la cooperación internacional es posible poner las premisas de su descolonización.

## 8. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS

Los valores constitucionales ahora invocados están, por otra parte, en la base del derecho de los pueblos, que representa hoy la articulación más concreta y persuasiva del concepto de justicia internacional.

El derecho de los pueblos no es un sistema jurídico o un orden dotado de efectividad. Es sobre todo un sistema de valores y de criterios de orientación de las relaciones internacionales, un proyecto ético-político crecido sobre la base de la gran conmoción que la humanidad ha conocido en los últimos decenios a partir de la entrada de nuevos pueblos, nuevas culturas, nuevas necesidades en la escena mundial.

Esta conmoción ha puesto en crisis concepciones y categorías ptolemaicas y etnocéntricas, como aquellas a las que antes he hecho referencia; ha hecho madurar la conciencia de que el mundo es demasiado complejo para poder ser dirigido y gobernado por una sola cultura y que esta humanidad, tan rica y ahora ya irremediabilmente intercomunicante, debe llegar a elaborar categorías de convivencia fundadas sobre la interdependencia, sobre el mutuo respeto, sobre la recíproca valoración de las diversidades. Cada día cobra más crédito la idea de que la gran *chance*, la gran perspectiva de la humanidad reside precisamente en las diferencias que la contrastan y que su riqueza está precisamente en esto: en que está hecha no de uniformes, no de clones o de asimilables, sino de diversos y todos dotados de idéntica dignidad.

Sobre estas premisas ha venido desarrollándose el sistema de valores que integran el derecho de los pueblos.

Los «bienes» esenciales que este nuevo sistema de reglas, dotado de fuerte vocación de efectividad, quiere proteger, son: la posibilidad para todo pueblo de ver reconocida y respetada su propia identidad nacional y cultural; la posibilidad, por tanto, para cada pueblo de existir no sólo como entidad política, sino como comunidad que se remite libremente a los recursos de que dispone y entra en relación con los demás pueblos según mecanismos que no sancionan la subalternidad de alguno en provecho de otros; y aún, la posibilidad de organizarse como unidad de hombres libres, que respete la subjetividad de los individuos no menos que de las minorías

<sup>21</sup> Cfr. J. P. Cot, *A l'épreuve du pouvoir. Le tiersmondisme pour quoi faire?*, París, 1984, pp. 48 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. A. Cassese, *Commento agli arts. 10 e 11 Cost.*, cit., pp. 469 y ss.

que la componen, en una dimensión en la que la variedad de la condición humana y las diversidades en que la misma se manifiesta sean protegidas como elemento de enriquecimiento de toda la humanidad y la misma relación de los hombres con la naturaleza con vistas al bienestar común no se produzca en formas negadoras del derecho de cada uno y de todos a la preservación del ambiente y del patrimonio histórico-cultural que han acumulado los hombres.

Se trata, como es fácil ver, de «bienes» cuya protección exige no sólo la fundación de obligaciones de abstención, de no injerencia, a cargo de los Gobiernos y de los Estados, sino también la institución de obligaciones positivas —de cooperación, precisamente— dirigidas a promover las condiciones únicas en presencia de las cuales, en la actual situación del mundo, las posibilidades antes evocadas pueden llegar a hacerse concretas.

Este sistema de valores y su organización en *derecho de los pueblos* encontró en Lelio Basso un fuerte impulso a la explicitación y a la sistematización, culminada en la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, que una conferencia internacional de juristas, politólogos, exponentes de movimientos de liberación de distintas áreas del mundo, proclamó en Argel el 4 de julio de 1976<sup>23</sup>.

En la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, una serie de principios, ya escritos en la experiencia de las luchas de liberación de todo el mundo, ya en parte y aun cuando contradictoriamente en circulación dentro del derecho internacional, han encontrado organización y sistematización en proposiciones normativas relativamente coherentes, idóneas para expresar los puntos cardinales del nuevo código que la humanidad necesita. En la base de éste se encuentra la constatación de que la humanidad ha alcanzado un umbral que impone concebir un diverso modo de ser, distinto de los hasta aquí experimentados, en las relaciones entre los hombres, entre los pueblos, entre los Estados. En esta conexión con necesidades reales está la tensión a la efectividad de semejante sistema de valores.

Pero un sistema de valores que aspira a la efectividad debe ensayarse también a través de su capacidad de alumbrar la comprensión de los nuevos problemas que presenta la realidad; a través —cabe decir— de su capacidad de concurrir a una nueva epistemología.

## 9. DERECHO DE LOS PUEBLOS Y JUSTICIA INTERNACIONAL

El derecho de los pueblos presenta esta capacidad de concurrir a una nueva epistemología, ya que permite, entre otras cosas, asignar un significado no genérico ni retórico a una fórmula como la de «justicia entre las naciones» empleada en el artículo 11 de nuestra Constitución y en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas.

Por tal vía, aquél —que nace en un plano diverso al del derecho positivo— se conecta a este último a través de las aperturas que todo orden jurídico mantiene (y, después del segundo conflicto mundial, no puede dejar de hacerlo, so pena de la propia invalidez) hacia el mundo de los valores.

Esta conexión del derecho de los pueblos con el derecho positivo (interno e internacional) y la capacidad «heurística» del primero para la definición de preceptos imperativos y de conceptos-clave del segundo (como el concepto de «justicia internacional»), resultan particularmente subrayadas por dos observaciones.

La primera hace referencia a la aparición, en el marco del derecho internacional, de nociones como la de «patrimonio común de la humanidad»<sup>24</sup>, que representan nudos esenciales de la filosofía del derecho de los pueblos. Es en tal sistema, en efecto, donde encuentra sistematización plausible y coherente la idea de que la humanidad puede constituir un sujeto de derecho y que hay «bienes» necesarios para la existencia y el desarrollo de todos los pueblos de la tierra y no apropiables por ninguno de ellos, no repartibles, y ni siquiera gestionables como cosa común, porque son necesarios (y por ello pertenecientes) no solamente a los seres humanos existentes en un determinado momento histórico, sino también a aquellos que le seguirán a lo largo de las generaciones futuras; esto es, en definitiva, a la especie, es decir, a la humanidad.

Esta idea, tan profundamente disonante con un sistema de derecho internacional caracterizada por la soberanía de los Estados, ha sido (y en parte continúa siendo) fuertemente hostigada en el ámbito de las relaciones internacionales; pero ahora ya, a juicio de muchos juristas, ha entrado a formar parte (aunque con carencias y limitaciones) del derecho internacional vigente, en especial a partir de la firma de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, cuyo artículo 136 establece que el fondo y el subsuelo marino, situados más allá de los límites de la «jurisdicción nacional», y los correspondientes recursos, son «patrimonio común de la humanidad».

La segunda observación hace referencia a la crítica que de la cooperación internacional, entendida en el sentido etnocéntrico ya ilustrado, ha venido desarrollándose en el interior de las Naciones Unidas y en el debate internacional. Esta crítica no solamente —según lo que hemos recordado— ha fundado la exigencia de una reconsideración sobre los términos de la cooperación, sino que se ha traducido en propuestas sumamente relevantes, que han culminado en importantes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como las relativas al Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) y al correspondiente programa de acción (respectivamente, del 9 y 16 de mayo de 1974), ambas aprobadas *per consensus*, y la que aprobó la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados

<sup>23</sup> Sobre la Declaración de Argel, cfr. varios autores, *Pour un droit des peuples* (edición de E. Jouve y A. Cassese), incluye el texto de la Declaración, París, 1978, E. Jouve, *Le droit des peuples* (collection *Que sais-je?*), París, 1986, pp. 19 y ss. y *passim*; F. Rigaux, *La Carta di Algeri*, Firenze, 1988.

<sup>24</sup> Sobre el concepto puede consultarse con provecho: A. Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, pp. 434 y ss.

(12 de diciembre de 1974), por lo demás con el voto en contra de los EE UU, Gran Bretaña, República Federal de Alemania y otros y con la abstención de otros diez países, entre ellos Italia.

Los principios de tales resoluciones deberían fundar precisamente un nuevo orden en las relaciones económicas internacionales, subvirtiendo las reglas del hiperliberalismo imperante e introduciendo una serie de intervenciones de apoyo a las economías débiles mediante el control de las sociedades multinacionales, la libertad de nacionalización o expropiación de bienes extranjeros en condiciones de favor para el país que expropia, la instauración de condiciones comerciales que eliminen el cambio desigual entre productos manufacturados y materias primas, la extensión de preferencias arancelarias generalizadas no recíprocas y no discriminatorias para los países en vías de desarrollo, la transferencia a esos países de tecnologías adecuadas, el reconocimiento y la tutela del derecho de los mismos a constituir asociaciones de productores de materias primas, y así sucesivamente<sup>25</sup>.

Estas directivas no constituyen directamente *ius cogens*: demasiado genéricas las contenidas en las primeras resoluciones, carentes de la fuerza que las habría podido conferir una aprobación *per consensus*, las más rigurosas de la Carta, representan —según muchos internacionalistas— sólo una expresión de intenciones contradicha por la efectividad de las relaciones internacionales que continúan desarrollándose conforme a las viejas reglas. Esta conclusión pesimista, por otra parte, no tiene en cuenta la susceptibilidad de utilización de aquellas resoluciones (y de la crítica en ellas implícita) a los fines de definición de la «justicia internacional» y por consiguiente de la susceptibilidad de recuperación de ésta para el orden jurídico positivo, a través de esa vía, en todos aquellos sectores en los que se trate de aplicar preceptos imperativos cuya estructura contenga referencias a la noción de justicia internacional.

De este modo, aquellas resoluciones, que han inspirado claramente el derecho de los pueblos y cuya filosofía ha encontrado en el marco de éste un coherente desarrollo, valen también para introducir en el derecho positivo el mismo derecho de los pueblos como expresión cumplida de la racionalidad ínsita en aquellos textos, indirecta pero legítimamente recuperados para la dimensión jurídica positiva.

Es cierto que todavía queda en pie la mayor objeción que cabe hacer al NOEI y es que presupone un mundo diverso, una superación y transformación de la actual constitución material del mundo. Pero esta objeción es mucho menos decisiva de lo que parece, porque la constitución material que se opone al nuevo orden se presenta como «un obstáculo de hecho», tan poderoso como se quiera pero contrario a la «justicia entre las naciones» y, por consiguiente, ilegítimo, objeto, por tanto, de superación y no fuente de parálisis para la acción. Por el contrario, los contenidos de los derechos de los pueblos, y del NOEI que forma parte del mismo, constituyen otros tantos parámetros en base a los cuales los ciu-

dadanos de un país democrático pueden valorar y juzgar el tipo de cooperación internacional o de ayudas al desarrollo practicadas por el propio Gobierno, pesando sobre las opciones de este último y concurriendo a orientarlas.

Esta presión, por otro lado, puede y debe nutrirse de la consciencia de que el derecho de los pueblos no es solamente justo, sino también necesario para la armoniosa supervivencia de la especie humana. Una consciencia, esta última, que ya comienza a entrar también en las conciencias occidentales: basta pensar en una consigna como la de la *austeridad* que hace ya cerca de dos lustros fue lanzada en Italia. Otra consigna, a menudo disfrazada y malentendida, que no sólo expresa una gran tensión moral, sino que subraya además la exigencia, ya inaplazable, de una relación más discreta del hombre con la naturaleza, con los recursos, poniendo en cuestión el mito del desarrollo cuantitativo y del productivismo como un fin en sí.

La necesidad de un Gobierno de la razón sobre la producción (por consiguiente de una subordinación de ésta al reino de los fines) y de un *self restraint* en la agresión del hombre a la naturaleza, es hoy un tema central en todos los debates sobre el ecosistema terrestre; pero es también uno de los pilares del derecho de los pueblos, una de las vías por las que pasa la justicia internacional.

## 10. LA RELATIVIZACION DE LA IDEA DE DESARROLLO

Estamos, como puede verse, en el punto de intersección de grandes cuestiones relativas al destino de la humanidad. Se trata de cuestiones a las que no es posible sustraerse cuando se afrontan los problemas de la justicia entre las naciones, de la cooperación internacional, del derecho de los pueblos. Estos problemas no han sido nunca problemas sectoriales o especializados; pero ahora esto se hace evidente a quien se aproxime a ellos con seriedad. Al especialista puede pedírsele la articulación técnica de una propuesta, no la filosofía general de la intervención. Y, por otra parte, hoy se advierte que el fracaso de tantos proyectos ha sido consecuencia de vicios que minaban la filosofía general y no de específicas insuficiencias técnicas.

La crítica de la ideología del desarrollo y de la cooperación tradicional continúa siendo radical, pero ha superado la fase de las contra-formulaciones perentorias. También hoy han entrado en crisis fórmulas que tuvieron fortuna durante un tiempo, con la del «desarrollo autocrizado», que eminentes personalidades del Tercer Mundo, como Samir Amín, habían preconizado a partir de una crítica radical del modelo de desarrollo desviado, para defender la tesis de unas rupturas de las economías débiles con el mercado mundial y, por tanto, de una suerte de desarrollo autárquico de los países pobres, caracterizado, sin embargo, por una transferencia progresiva de la población activa hacia los más fuertes, según un imperativo de industrialización<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A. Cassese, *op. ult. cit.*, pp. 417 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. S. Amín, *L'accumulation à l'échelle mondiale*, Paris.

Hoy son muchos los que rechazan que el objetivo de la industrialización pueda constituir el imperativo único y prioritario del desarrollo<sup>27</sup>. Se rechaza incluso la practicabilidad de un efectivo desarrollo en el marco de un circuito cerrado a toda participación en el sistema económico y comercial mundial; los intercambios culturales, pero también económicos fundados en el reconocimiento de las necesidades y exigencias ajenas, son indispensables para el desarrollo<sup>28</sup>. Del mismo modo si la industrialización no puede convertirse en el imperativo totalizador del desarrollo, esto todavía resulta menos concebible en una suerte de retorno de la sociedad del Tercero y Cuarto Mundo a una mítica edad de oro del estado de naturaleza, alcanzable a través del repliegue sobre sí mismos y la clausura frente al mundo externo. Aún más, los procesos de transformación, y a menudo de disgregación, producidos en aquellas sociedades, hacen tal perspectiva ya a simple vista impracticable.

La clausura autárquica, tanto si se la quiere orientada al despeque industrial como si funcionalizada a la recuperación de «una pureza primigenia», se revela como una perspectiva en declive; aunque sólo sea porque, en cualquier caso, conlleva el riesgo de una exaltación del Estado, que debería guiar ese proceso autárquico, con la consiguiente mortificación de la sociedad civil en su conjunto y la comprensión de los derechos fundamentales.

A la fórmula del «desarrollo autocentrado» se contraponen, así, la del «desarrollo independiente», en la que el acento se coloca sobre la recuperación del control de las opciones y de los instrumentos del propio desarrollo por parte de las poblaciones interesadas.

Esta exigencia de valorización de los procesos de autonomización de las poblaciones interesadas se encuentra hoy ampliamente reconocida entre cuantos sostienen la necesidad de un nuevo modelo de desarrollo, porque —más allá de las fórmulas— la única adquisición que parece segura es que la cooperación no debe ser nunca una cooperación descendente que ofrezca recetas y modelos prefabricados o de cualquier forma extraños a la cultura y a las exigencias de los destinatarios.

La exigencia que parece obtener hoy más consenso es que las ayudas no deben ser un factor de expropiación para las comunidades a que se refieren.

Hay un hermoso libro de Edgar Pisani, *La mano y el instrumento*<sup>29</sup>, que ilustra bien esa exigencia, insistiendo sobre la necesidad de ofrecer instrumentos que puedan controlar la mano del hombre, de manera que la ayuda se resuelva en un crecimiento de las capacidades de intervención de las comunidades destinatarias y no en su reducción a la pasividad. Esto supone una relativización de la idea misma de desarrollo; la confutación de la tesis de que pueda existir un modelo de este único y universal; la aceptación de la perspectiva de que el desarrollo

tiene que ser diferente según las particularidades de cada área, específico, capaz por consiguiente de recuperar y valorizar las peculiaridades socioeconómicas y también culturales de cada comunidad, partiendo de éstas en un esfuerzo de gradual liberación del hombre de las necesidades primordiales y de gobierno progresivo de la naturaleza sin violencias destructivas y rupturas disgregadoras.

## 11. UNA SALUDABLE NUEVA PUESTA EN CUESTION DE LA CENTRALIDAD DEL PENSAMIENTO OCCIDENTAL

Esta idea diversa del desarrollo y de la emancipación humana, de la superación de la pobreza, no es —por lo demás— una adquisición de estos últimos años. En estos años, la misma ha empezado a convertirse en adquisición también *nuestra*, de los occidentales, quiero decir. Pero, ya en la época en que nacían las Naciones Unidas, esta idea diversa estaba presente en algunas grandes figuras que han constituido faros de civilidad de nuestro siglo

Pienso, por ejemplo, en Gandhi. Se insiste mucho cuando se habla de él en su predicación pacifista, pero se subraya menos su mensaje sobre el haz de problemas de que hemos hablado aquí.

¿Nos hemos preguntado por qué Gandhi solía dejarse ver con el huso en la mano, vistiendo paños que el mismo, hilando, había contribuido a fabricar?

Había un mensaje encerrado en aquel huso. Gandhi, en efecto, insistió mucho en su programa, sobre la importancia del *khaddar*, el hilado y el tejido manual del algodón<sup>30</sup>. Y no solamente porque el mismo representaba un instrumento para la sensibilización de las masas de campesinos indios, una forma de resistencia a la industria textil inglesa, una posibilidad de empleo de la gran cantidad de mano de obra disponible en India (todos motivos de gran actualidad para los países en vía de desarrollo), sino también porque la exaltación del trabajo manual permitía subrayar la totalidad que hay en el hombre; totalidad material y espiritual en la que un aspecto no debe prevalecer sobre el otro o ser amputado, debiendo ambos constituir una preocupación de todos para evitar una inmutable división de tareas que puede generar desigualdad, discriminación, opresión en la sociedad.

En este sentido hay en el *khaddar* la fuerte recuperación de algunos momentos que nuestra cultura y nuestra civilización han considerado como propios del mundo femenino.

Y, en efecto, en nuestra tradición occidental, hilar constituye actividad típica de la mujer, relegada fuera de la historia.

Gandhi —al predicar nuevas formas de convivencia humana y un nuevo modo de ser de las relaciones públicas entre los seres humanos— asumió también, como momento indefectible de esa nueva perspectiva, este acudir a las necesidades materia-

1970, t. I, pp. 50 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. J. P. Cot, *op. cit.*, p. 55

<sup>28</sup> Cfr. M. Beaud, «Pour le codeveloppement», en *Le Monde Diplomatique*, enero 1985.

<sup>29</sup> E. Pisani, *La main et l'outil*, París, 1984

<sup>30</sup> Sobre la importancia del *Khaddar* para Gandhi cfr. G. Pontara, introducción a Joahn Galtung, *Gandhi, oggi*, Torino, 1987

les por parte de cada uno y el rechazo a hacer de actividades tan necesarias tarea de figuras subalternas o marginales. Esta contestación de la cristalización de la división del trabajo y de su traducción en relaciones de dominio, tiene gran actualidad también para la construcción de unas relaciones más igualitarias entre los pueblos y los países.

Se hace así evidente que la instauración de la justicia entre las naciones requiere no sólo una transformación de las relaciones materiales, sino también e incluso antes una renovación copernicana en las categorías seculares con las que los occidentales estamos habituados a contemplar el mundo. No creo que esto deba hacernos más pesimistas, si estamos persuadidos de que, en interés de todos y no sólo de los dominados, ha llegado el momento de abandonar la lógica del dominio como lógica de unificación del mundo. Abandonar esta lógica significa también hacer cuentas con las específicas actitudes culturales que se han construido sobre la misma y que han contribuido a alimentarla; en una palabra, hacer cuentas con nuestra historia.

«Desde el momento de la conquista de América

y durante más de trescientos años —escribe Todorov— Europa occidental se ha esforzado por asimilar al otro, por hacer desaparecer su alteridad, su ser extremo; y en gran medida ha llegado a conseguirlo. Su modo de vida, sus valores, se han difundido por todo el mundo. Y este extraordinario éxito se ha debido, entre otras razones, a un rasgo específico de la civilización occidental, que durante mucho tiempo había sido considerado como un rasgo del hombre en sí y que es, sin embargo, una característica particular de los occidentales; es la capacidad de entender a los demás, es decir, de entender su modo de pensar, de poder colocarse en la situación de los otros; pero no para respetarles en cuanto otros, sino sobre todo para servirse de esta comprensión con objeto de asimilarlos o destruirlos.»<sup>31</sup>

Hoy se trata de modificar esta actitud; de comprender las diferencias para vivirlas en la igualdad, que se realiza no nivelando a todos, sino reconociendo a cada uno —en la irrepetibilidad que le distingue— la misma dignidad.

(Traducción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

<sup>31</sup> T. Todorov, *La conquête de l'Amérique*, Paris, 1982, p. 251.

# Política antidroga en USA: un punto de vista crítico\*

Robert W. SWEET

Señoras y caballeros:

Después de esta amable presentación, quisiera explicarles, ante todo, cómo me vi conducido a combatir con el demonio de la lucha contra la droga; después, en segundo lugar, hacerles partícipes de mi valoración de la respuesta de nuestra sociedad frente al uso de drogas; en tercer término, examinar que el dinero, o su falta, es lo que está dirigiendo este comportamiento abusivo, y les diré desde ahora mismo que ya lo mueve todo en demasía en nuestra sociedad; en cuarto lugar, proponer la abolición de la prohibición; y, en fin, evaluar la posibilidad real de llevar a cabo semejante propuesta.

Primeramente, les diré cuál es la razón de que me atreva a suscitara estos temas ante ustedes. Es el descubrimiento, a lo largo de los pasados once años y medio como juez federal, de la inutilidad de condenar a delincuentes que han sido declarados culpables de violar las normas sobre drogas; y la sensación de frustración que produce ver nuestro sistema judicial dominado por un fenómeno social. No llegué a esta experiencia totalmente falto de preparación. Fui AUSA en los primeros años cincuenta, y trabajé con Deputy Mayor, durante los años sesenta, y participé en los esfuerzos de John Lindsay por promover alternativas a la adicción: la administración de metadona, y también programas experimentales de tratamiento, tales como el Day Top y la Phoenix House. Y, aún más terrible, era padre durante los sesenta y los setenta, y por suerte lo sigo siendo.

Para explicarles parte de la razón por la que ahora les estoy hablando, déjenme describirles la mañana del 13 de octubre, de este mismo año, y los tres casos que tuve que conocer, y que, puedo asegurárselo, son plenamente típicos.

Radman se había declarado culpable de vulnerar las normas sobre las drogas, y quedó visto para sentencia. Es un hombre de cuarenta años, y llegó a Estados Unidos, procedente de Siria, en 1977, huyendo de la violencia de Damasco. Se dedicó a hacer chapuzas, como vendedor ambulante y en la construcción. El y su esposa abrieron un bar, en la calle McDougal, vendiendo especialidades del Oriente Medio, trabajando al límite de la rentabilidad. Tiene dos hijos, de siete y dos años.

Alguien del barrio, preguntó a Radman si sabía de

alguien que pudiera proporcionarle heroína. El lo hizo así, pero la persona con quien entró en contacto no quiso hacer directamente la venta, sino que ofreció a Radman una cantidad por mediar en la negociación. Radman vendió dos onzas de heroína por 16.000 dólares, y recibió 1.000 por su participación en la transacción.

Las cifras se dispararon. El cliente pidió un kilogramo, y el proveedor apareció con nueve onzas. La transacción parecía haberse consumado, pero, para desgracia de Radman, con un confidente, y Radman fue detenido. La condena por este delito es de cinco años de privación de libertad. No tenía antecedentes. Explicó que lo había hecho porque necesitaba el dinero para evitar la pérdida de su tienda y de su vivienda.

El 16 de septiembre de 1987, Antonio fue detenido en una redada callejera, en lo que se llama, en la jerga de la práctica legal, una «compra y detención». Un agente de policía de paisano, que actuaba entre la calle 47 y la Novena Avenida, bajaba la calle y oyó que alguien le ofrecía *caballo*. Respondió que quería dos y fue conducido ante Antonio, quien por treinta dólares, le vendió dos papelines que contenían 1,3 gramos de heroína. Detenido, Antonio declaró que vendía heroína y crack por dinero, para financiar su propia adicción. Antonio tiene veinticinco años.

Su padre y su madre no estaban casados, y su padre se marchó de casa poco después de su nacimiento. En 1982, Antonio, junto con otros trece, fue declarado culpable de robo. Tras cuatro años de control, superó con éxito la *probation*. En 1987, fue detenido cuando trataba de retirar la placa de matrícula de un automóvil, trabajo por el que se le iban a pagar veinte dólares. El coche, no hay que decirlo, era robado. Desde 1983, era adicto a la cocaína y a la heroína, lo que suponía un costo de mantenimiento diario de doscientos dólares. Pasó siete meses bajo un programa de tratamiento en régimen de internamiento. No tiene estudios secundarios, ni especialización profesional. Fue condenado por primera vez el 7 de mayo de 1988, y reincidió el 13 de octubre, por quebrantamiento de su libertad condicional, tras cumplir una condena de prisión por faltar a la comparecencia de control del *probation officer*, y por consumir cocaína y heroína. Por este quebrantamiento de la *probation* fue condenado a otro año.

\* *El País* publicaba el día 18 del pasado diciembre un suelto titulado: *Bancarrotas de la política antidroga en EE.UU. Por primera vez un juez federal en activo propone la legalización de los estupefacientes.*

Los datos que el corresponsal del diario en Washington aportaba en su crónica nos permitieron, también con su ayuda, loca-

lizar al juez Sweet, jurista de sesenta y siete años, ex primer teniente de alcalde de Nueva York y, efectivamente, ahora juez federal, que en seguida nos remitió el texto de su intervención en el *Club Cosmopolitan* de Nueva York, que publicamos (N de la R.)

Beno nació en Manhattan, en 1967. Su madre era incapaz de ocuparse de él, y su padre lo maltrataba; y cuando tenía tres años, lo arrojó a la acera, abriéndole al cabeza. Permaneció en coma durante un mes, y hospitalizado durante seis, y se le diagnosticó hiperkinético, con graves dificultades de aprendizaje. Luego fue adoptado. Cumplidos los diecinueve años, se marchó de casa, para irse a vivir con sus hermanos naturales. Se fue luego del Instituto para enrolarse en los *Savage Ghosts*, porque —según sus propias palabras— «me hacían sentir importante». Desde 1986 a 1989, trabajó en chapuzas. Antes del verano de 1989, fue detenido dos veces, una, por venta de marihuana, y, otra, por participación en una transacción de heroína.

El 23 de mayo de este año, un agente policial camuflado se puso en contacto con el coimputado con Beno, el cual se había comprometido a proporcionar al agente nueve onzas de heroína por 52.000 dólares. Beno llegó con un aviso para ir a un restaurante donde se haría entrega del alijo. Ya en el restaurante, Beno dio un segundo mensaje: «Joey estaba a punto de llegar». Beno fue detenido. Declaró que se había topado con un amigo, quien le preguntó si quería ganarse algo de dinero. Cuando le respondió que sí, le dijo que tenía que decir a unos tipos dónde tenían que reunirse con él. Una vez concluida la transacción, recibiría quinientos dólares. El sabía que se trataba de narcóticos, pero desconocía hasta qué punto. Tras la detención, ha vuelto con sus padres adoptivos, y ahora trabaja regularmente como carpintero. La condena mínima fijada por el Congreso para Beno, basada en el volumen de la transacción, es de cinco años.

Luego está María, quien fue llevada a mi presencia la semana siguiente. Era una acusada adicta, embarazada, segunda generación de una familia de adictos, y que llevaba consigo la tercera generación, ya enferma de lo mismo, que había de ser simplemente otra más de la cadena. La cuestión es que imponer una condena en estos casos me obliga a encarar el tema de las drogas en la sociedad, de la manera más directa y dolorosa.

A estos casos, por supuesto, se pueden añadir juicios como los de la *Pizza Connection*, o la acusación —acompañada del éxito— formulada por el Gobierno contra unos veinticinco ganeses que importaron heroína desde África, y supusieron equivocadamente que su conversación telefónica en su dialecto nativo —el *twi*— era segura. Pero, claro, cuando los ganeses son condenados, los dominicanos toman su lugar, como se suceden los blancos móviles en una caseta de tiro en la feria.

Muy correctamente, estos casos, como todos los penales, están sometidos a las exigencias de un juicio rápido, lo que significa, hablando en términos generales, su instrucción dentro de las diez semanas después del *indictment*. Consiguientemente, la acusación de asuntos de droga trastorna el resto de los señalamientos del juez. No hay motivo para considerar que mi calendario es atípico. Todos llevamos nuestros asuntos del mismo modo, por lotes. Desde el Día del Trabajo, he juzgado ocho casos, todos, salvo dos, penales, y, de éstos, todos, salvo uno, de drogas. En septiembre, se me dijo, no había jurados disponibles más que para casos penales, más del

50 por 100 de los cuales eran casos de droga en nuestro tribunal.

Lo mismo Ed Koch que Jesse Jackson se han servido de la misma cifra para evaluar las dimensiones del mercado de drogas en Estados Unidos: 150.000 millones de dólares. Otros estudiosos del problema han estimado que oscila entre 10.000 y 15.000 millones. Por la misma naturaleza del mercado, no es posible aquilatar las estadísticas, pero es indiscutible que las cifras son elevadas, muy elevadas.

Los beneficios son inmensos. El caso de la *Pizza Connection*, que mi compañero Laval tardó veintitrés meses en juzgar, contenía testimonios relativos a compartimentos llenos de dinero en efectivo en depósitos en Suiza. *The Economist* evalúa que el incremento de precio, a propósito de la heroína y de la cocaína, es de un 5.000 por 100 sobre el coste de los materiales desde el vendedor inicial al consumidor.

Un reciente estudio federal, describe el *Times*, el 5 de diciembre, calculaba que el consumo de drogas cuesta a nuestra economía anualmente 60.000 millones de dólares. El coste del tratamiento, calculado por el senador Bentsen, asciende a 2.500 millones de dólares. La Reserva Federal ha estimado que se escapan de nuestra economía 125.000 millones de dólares, en su mayoría atribuibles a ventas de droga. Es una economía sumergida, ni sujeta a impuestos ni regulada, que en algunos países andinos es equivalente al conjunto de bienes exportados legalmente. La cabecera del *Times* era: «El estudio deja constancia de que el narcotráfico es una de las más importantes industrias de América». Se ha calculado que, entre 35 y 40 millones de americanos han consumido ilegalmente droga durante el periodo abarcado por la investigación del *National Institute of Drug Abuse Household*. Por esta organización se estima que la cifra de estas personas seriamente dependientes ronda los seis millones y medio. Otros expertos la sitúan en dos o tres millones. Tom Wicker nos refiere que hay 875.000 adictos en Nueva York.

El público americano no ha sido remiso en hacerse cargo de esta realidad. Una encuesta de la *CBS/New York Times* en Estados Unidos, en septiembre de 1989, dejaba claro que un 54 por 100 de los americanos creían que las drogas eran el problema más importante al que había que hacer frente en el país. En 1985, la misma encuesta detectó que sólo un 1 por 100 creía que las drogas eran nuestro problema más serio.

El mensaje no cayó en saco roto entre nuestros políticos, quienes también leen estos sondeos. Este otoño, antes de las vacaciones navideñas, el Congreso aumentó el envite del presidente, el 14 de noviembre, y agregó 3.200 millones de dólares a su petición de fondos para acumular a la guerra contra la droga, en lo que el senador Glenn llamó «frenesí devorador». Este año, el gasto total alcanzará los 8.800 millones de dólares, de los que mil irán a parar a prisiones federales. Tenemos casi a un millón de personas en la cárcel, y el último año se llevaron a cabo unas 750.000 detenciones, tres cuartas partes de los cuales fueron por posesión, típicamente de marihuana. En la ciudad de Nueva York, el 40 por 100 de todos los *indictments* por delito fueron

por violaciones de las leyes sobre drogas. La construcción de prisiones es, ahora, una industria floreciente en nuestro país, que ya tiene la tasa más elevada de cárceles que cualquier otro, a excepción de África del Sur, en parte, como resultado de los plazos mínimos acordados por el Congreso, de veinte, diez y cinco años para ciertas violaciones de las leyes sobre drogas.

Más dinero, más prisiones, más adictos. Estas cifras me demuestran, claramente y sin discusión seria, que la presente política represiva ha fallado.

La guerra de la droga ha fracasado a la hora de detener el tráfico o de cambiar las pautas sociales que producen el fenómeno. Es cara y encubridora, y ha estado a punto de dar lugar a incursiones y subversiones en el extranjero, y nos ha conducido a replantearnos sí, como nación, deseamos, o no, emplear el magnicidio como expresión de una política. No sólo se ha tensado nuestro tejido social interno, sino que nuestras relaciones exteriores han empeorado y se han distorsionado. Los economistas del Tercer Mundo ponen en duda nuestra buena fe, al ver que tratamos de impedir su participación en un cultivo que la sociedad está reclamando. Sugieren que la guerra de la droga está en quiebra.

De pasada, una anotación terminológica. Esta prohibición, por nuestros ciudadanos, del uso de sustancias perturbadoras de la mente ha recibido la sonora etiqueta de «guerra de las drogas». Desde luego, no es una guerra; no hay amenaza extranjera alguna a nuestra seguridad; no hay enemigo exterior. Según la clásica definición de Pogo, «hemos encontrado al enemigo; somos nosotros». Este fenómeno no es una guerra. Es una úlcera, una enfermedad debilitante, una grieta dentro de nosotros mismos y de nuestra sociedad.

De estar en lo cierto, el problema no estaría fuera, sino dentro; a saber —mi tercer punto— qué ha creado, en nuestro mundo, esta frustrante, debilitadora y destructiva condición. A riesgo de simplificar excesivamente, sugiero que es una única cosa: el dinero, o —otra cara de la moneda— la falta de dinero. Aunque sea a título de anécdota, permítanme darles cuenta de una conversación que me refirió un oficial de *probation*, el cual se había tomado un particular interés por uno de sus pupilos, un brillante joven de dieciocho años, al que había controlado en una ocasión. Cuando se enteró de que su cliente estaba otra vez en la cárcel, por violación de las leyes de drogas, fue a verlo y le preguntó por qué, teniendo en cuenta su capacidad, había decidido adoptar una forma de conducta que le resultaba tan arriesgada. La respuesta fue: «Usted quiere que yo haga un trabajo de salario mínimo, cuando puedo hacerme con doscientos dólares al día en la calle». Es una salida —desde luego, arriesgada— y funciona. Resulta comprensible su postura. Cincuenta, 100 ó 300 dólares por un disparo a la carrera, o por hacer de conductor o de vigilante, es dinero inmediato y contante y sonante. El riesgo determina la recompensa; el dinero permite reclutar a los que han de reemplazar a los apartados de la operación sea por la fuerza de la ley o por otra razón.

Leonard Rauch, un vecino de treinta y dos años, del Sur del Bronx, que trabaja en su propio vecindario, en tareas de seguridad, intenta ser un modelo

de conducta para los adolescentes del barrio. Pero Rauch ha declarado. «Ellos se dan cuenta de que, para que les vaya mejor, necesitan dinero, y, para ello, dinero a montones significa drogas. Ven a un tipo como yo sacándose 250 dólares semanales, y a un traficante, con cadenas de oro y un coche nuevo, sacándose 2.000 a la semana. ¿Como quién creen que quieren ser...?» (Morgan, Bronx Playground: Focus of Area Under Siege, *N.Y. Times*, 15 de agosto de 1987).

La causa y el éxito de la distribución de las drogas está, obvia e indiscutiblemente, en el dinero que puede sacarse. La analogía con la prohibición —el noble experimento— sienta como un guante a este propósito.

Pero ¿qué hay del consumidor? Desde Dionisos o las vides de Noé en adelante, la perturbación de la mente por el alcohol ha sido parte de la cultura occidental. No así la marihuana, la cocaína, la heroína y el crack. No obstante, estas sustancias, con mayor o menor alcance, y en grados variables, alteran nuestra consciencia, nuestra perspectiva del mundo. Si es cierto que el alcohol embota nuestro autocontrol y excita nuestro propio punto de vista: que la cocaína proporciona una sensación de euforia; que la heroína da bienestar y calor; y la marihuana una sensación de comodidad y de relajación, ¿qué hay de malo en todo ello...?

Por cierto, en cuanto a la marihuana, y especialmente hoy día, la respuesta es negativa. Se ha informado que es nuestro cuarto cultivo más importante. En 1972, la comisión organizada por el presidente Nixon sobre derecho de drogas recomendó la regulación y sujeción a impuesto de la marihuana; recomendación repetida en 1982 por la Academia Nacional de Ciencias. Se diga lo que se diga sobre la heroína, la cocaína y las drogas sintéticas, veintisiete años son sobradamente suficientes para aprender que la prohibición de la marihuana debería ser abolida.

La prohibición produce dos resultados negativos que están en abierta contradicción con el objetivo de la prohibición. Crean un incentivo económico para que los traficantes de drogas hagan crecer el uso de las que acabo de mencionar. Y tienen, sobre otros productos químicos, el aliciente de su mística cualidad de estar prohibidos por la sociedad. El uso de drogas prohibidas satisface la necesidad individual de autoafirmación frente a la sociedad. Holanda aprendió bien la lección, según el *Wall Street Journal*:

«La marihuana ha dejado de ser un tema principal en Holanda. El chocolate (*pot*) se ha vendido libremente en cafés y centros juveniles desde 1978, cuando el Gobierno llegó a la conclusión de que esa sustancia era "relativamente inocua", y dejó sin efecto todas las medidas penales por su uso.» (5 de diciembre de 1984, página 1, columna 1).

Por lo que se refiere a la cocaína y a la heroína, lo que provoca el interés y la identificación de sus usuarios es la fuerza de su capacidad adictiva y de alteración de la mente.

Aunque existe documentación sobre el uso de narcóticos por blancos con ingresos medios o altos, la mayoría de los consumidores son negros instalados en la pobreza o en sus alrededores. No es infrecuente que lleguen a mi presencia miembros de la

tercera generación de consumidores. El Departamento Municipal de Sanidad calcula que un 5 por 100 de los vecinos de nuestra ciudad nacerá ya adicto.

La seña de identidad del consumidor es la necesidad de evasión, la pérdida de la esperanza, la falta de un lugar en la sociedad. Uno de cada cuatro jóvenes de nuestro país experimentará la pobreza en la década siguiente, frente a uno de cada nueve en la anterior. Harold Howe, profesor de Harvard, pero, por otra parte, respetable, como presidente de un comité para identificar los problemas de la mitad olvidada de nuestra juventud, de ese margen de 20 millones sin estudios universitarios, algunos de los cuales consumen drogas, han dejado la escuela, y cometen delitos, identifica, firme y precisamente, la causa de esta conducta antisocial: la pobreza. En 1986, un 33 por 100 de familias encabezadas por personas de menos de veinticinco años estaba por debajo de los límites de la pobreza, porcentaje doble que el de 1967, y triple que el del 11 por 100 de todas las familias americanas en 1986. Es también la raíz primera del consumo abusivo de drogas, como cabe sospechar lo ha sido en cuantas sociedades se ha dado el problema en el pasado.

Las drogas se han convertido en una evasión para aquellos que carecen de un lugar en la sociedad, y cuyo sentido de sí mismo está tan debilitado que prefieren conscientemente arriesgarse a la destrucción y a la adicción a falta de una motivación alternativa. He aquí nuestro verdadero problema.

Sugiero que es hora de abolir la prohibición, de dejar de tratar como un delito sentir placer en la alteración de la mente. El primer resultado de este cambio de rumbo será la eliminación de la motivación económica, las bandas, los traficantes de drogas. El segundo sería la identificación de los consumidores, los que buscan la droga a cualquier precio, los que están en peligro en la sociedad. Finalmente, por supuesto, habría que dedicar algunos ingresos para reforzar programas de investigación, educación y tratamiento, y casi 9.000 millones de dólares podrían ser reencauzados y destinados a la prevención y a la rehabilitación. Obviamente el modelo es la abrogación de la prohibición, y el final de Al Capone y de Dutch Schultz.

El método mediante el cual podría esto llevarse a término pudiera ser la derogación legislativa de la prohibición federal, el establecimiento de pautas para la dispensación de drogas, y su sujeción a impuesto, la posibilidad de financiar a los Gobiernos estatales y municipales que asumieran la responsabilidad de identificar a los consumidores, quizá por la huella de DNA, desarrollar alternativas de bloqueo para los adictos e incrementar los centros de tratamiento terapéutico. Acaso, haciendo accesible la metadona a los 200.000 heroinómanos que ahora la buscan, en vez de los 30.000 a los que se les da actualmente la oportunidad. Tal vez, haciendo posible el tratamiento residencial a quienes se hallan en un concreto umbral de adicción, y permitiendo a los que están más allá de él, obtener drogas únicamente con intervención médica. La reventa y la distribución fuera de estos controles seguiría siendo delito federal. El castigo sería más rápido, seguro e igualitario e incluso más severo que hoy día.

La sola presentación de la propuesta hace surgir un cúmulo de problemas: sobre la experiencia inglesa, sobre la juventud, sobre el crack, sobre el creciente consumo de narcóticos, sobre Charlie Rangel...

En cuanto a la experiencia inglesa, durante los años sesenta, Gran Bretaña creó centros de tratamiento para los adictos a la heroína. Al principio les facilitó mediante receta, luego, a través de unas cuarenta clínicas. La estrategia no ha tenido éxito; las clínicas resultan inadecuadas y más que apartar de la droga, algunas condujeron únicamente a largo plazo a un mantenimiento con metadona. La adicción de los consumidores no ha sido eliminada, y, a la vez, los males de la prohibición actual no han sido todavía documentados.

Por lo que se refiere a la juventud, es difícil hacer distinción entre la alteración mental resultante del alcohol y la que deriva de las drogas. La sociedad no tolera —ni quiere ni debe tolerar— su uso antes de la mayoría de edad. La distribución a menores debe continuar prohibida. A la vista de la realidad del mundo actual, hay que hacer especialmente accesibles a los jóvenes no sólo la educación, sino una motivación, quizá incluso subvenciones sustanciales para primar posibles logros atléticos, educativos o profesionales, y un programa de convocatorias con niveles y salidas para todos.

Por lo que respecta al crack, su fuerza es temible, y todavía dejar el crack fuera del área de control significa lógicamente dar por tierra con la premisa subyacente de la abolición. El crack no es, por supuesto, sino la última expresión de la cultura de la droga, que viene a suceder a la heroína, al polvo de ángel y a la cocaína. Por supuesto, hay indicios de que el hielo, una droga sintética, va a suceder —como droga de moda— al crack, como el crack lo hizo con la cocaína, y la cocaína con la heroína. Establecer distinciones sobre la base del grado de adicción puede no ser posible empíricamente, ni atrae a la lógica ni a la simetría.

Pero la lógica de esta posición —que me atrae— difícilmente podrá remontar la emoción que crea la referencia de la «epidemia del crack». No vale para nada hacer ver que la capacidad adictiva del crack todavía no ha sido establecida, sino anecdóticamente, y que la investigación puede descubrir algún antídoto. La dirección de la *Legal Aid Society* ha observado que aumentan en un 500 por 100 los procedimientos ante los Juzgados de Familia que implican el abandono y los malos tratos de hijos y que aquélla achaca mayormente al crack. Uno de mis distinguidos compañeros, Bob Patterson, ha anotado, al condenar a un traficante, que la presencia de drogas en los detenidos había ascendido desde un 42 por 100 en 1984, a un 68 por 100 en 1986.

No obstante, la misma experiencia del abandono de la paternidad responsable demuestra el fracaso de nuestra prohibición actual. En su lugar, deberíamos identificar a los que están en situación de riesgo, y esforzarnos por proporcionarles asistencia y, finalmente, un poco de esperanza. Actualmente no hay prueba de que la prohibición haya quebrantado o vaya a quebrantar el círculo vicioso entre dependencia y abandono.

En cuanto al consumo creciente, hay que contar con él, dada la historia de la derogación de la pro-

hibición, aunque el panorama no sea en modo alguno tan claro como pudiera suponerse en principio. Ante todo, la realidad es que hoy quien quiera comprar drogas, tiene poca dificultad en encontrar el lugar de mercado y adquirir el producto. Apuesto a que podríamos ir ahora mismo a la Sexta Avenida y a la calle 43, bajando desde el Century, y comprar lo que queramos sólo por gusto. La historia del consumo del alcohol es indicativa: 2,6 galones por persona y año, antes de ella; durante ella, 0,73 galones; diez años después de la derogación, 1,5 galones; y sólo ahora, de nuevo 2,6 galones. La jugada maestra consistiría en dirigirse a los factores subyacentes; suministrando narcóticos gratis y tratando a los consumidores, al final daría como resultado una América más sana. Si no se hace así es porque nuestros ciudadanos han perdido la capacidad de actuar afirmativamente y de controlar sus adicciones personales. El clima actual me parece optimista: se enfatiza la salud, la dieta, lo que uno toma. Si nuestra sociedad puede aprender a dejar de consumir mantequilla, debería estar en condiciones de hacerlo con la cocaína. Si no, ninguna prohibición puede ser eficaz.

Como parte del fantasma del incremento del consumo, se habla a gritos de genocidio, de que la abolición de la prohibición destruirá a los menos capaces de sobrevivir en sociedad. Este reto es real, y es dinamita política. A menos que sea cuidadosamente analizado, uno como yo podría ser acusado de insensibilidad, de racismo y aun de cosas peores.

Si éste es el efecto esperado, hay que confesar que los desheredados, los golpeados por la pobreza son la fuente del problema; y, sí, este grupo es mayormente no-blanco. Entonces, hagamos frente a esto honradamente, y reconozcamos que debemos actuar sobre nuestra sociedad, para eliminar, o, cuando menos, reducir substancialmente, la pobreza, y aquellas condiciones de las que se deriva el consumo de drogas. Supondrá dinero, reorganización de estructuras y, lo peor de todo, un aumento de los impuestos. Dentro de las 23 naciones industrializadas, aunque nuestra tasa de mortalidad infantil está entre las cuatro superiores, el porcentaje de recursos tributarios, con relación al producto interior bruto, está entre los tres de cola (con Turquía y Japón), y somos los segundos en gastos militares (con Grecia). Sean nuestras preocupaciones el empleo, la educación, la sanidad y la vivienda. Si no queremos ser los guardadores de nuestros hermanos, nos convertiremos en sus carceleros, y ésa no es una alternativa aceptable para un pueblo que proclama su aprecio por la libertad personal.

A lo mejor, entonces, el tema crucial es el de la responsabilidad: la del individuo por su propia vida, y la de la sociedad por proporcionar el marco y los conocimientos precisos para que la decisión personal pueda tomarse adecuadamente. A lo mejor lo que debemos preguntarnos no es qué debemos hacer para eliminar las drogas, sino qué debemos hacer para eliminar, o, al menos reducir el nivel de pobreza.

Una de las voces más fuertes que cuestionan el cambio de nuestro actual programa prohibitivo es la del congresista Rangel. Está a punto de ser el decano de nuestra delegación en el Congreso para la

Ciudad de Nueva York, y es un líder muy respetado en nuestra comunidad, y presidente del *House Select Committee on Narcotics Abuse and Control*. Rangel ha retado a los promotores del cambio, a través de su sección en el *New York Times*, y a través del boletín del Comité, del 16 de junio del año pasado, a contestar una serie de preguntas de grueso calado. Dice así:

«Presionen a los promotores del cambio sobre algunos de los temas y de los problemas que rodean la propuesta de legalización, y nunca parecen dar respuestas. Esos que pregonan la legalización me recuerdan a los hinchas que se sientan en las localidades baratas del estadio. Quizá sepan jugar, quizá lo sepan todo sobre las reglas del juego, pero desde donde están sentados no ven lo que ocurre. Vamos a poner el tema de la legalización en el lugar que le corresponde: entre la cháchara ociosa, mientras los vasos de cóctel se entrechocan en los acontecimientos sociales.»

Bueno, pues yo no me considero un pregonero de nada, ni mi asiento es de los baratos, y no tengo miedo a juzgar la actuación en este estadio particular. Pero creo que incluso aunque las duras preguntas de Rangel carecen de fuerza para desvirtuar las propuestas de cambio, hacen surgir temas a los que hay que hacer frente.

¿Qué drogas se verían afectadas? Todas las sustancias que modifican la mente.

¿Quién administraría la dosificación? ¿El Estado o los particulares?

El Estado fijaría cantidades y precios, y se negaría a los particulares una frecuencia mortal de adquisiciones, sin prescripción médica. De otro modo, las adquisiciones serían discrecionales.

¿Establecería, el Gobierno, privilegios fiscales para vender drogas...? Aunque la cuestión es de calado, la respuesta es «sí», y el beneficio se deduciría del impuesto sobre la venta.

¿Conseguiríamos el suministro de los mismos países extranjeros que ahora sostienen nuestro hábito, o crearíamos nuestras propias fuentes internas de abastecimiento, e industrias de narcóticos, pagando a gente el salario mínimo para producir en masa montones de cocaína y balas de marihuana?

Pasando por alto lo del salario mínimo, el suministro se haría por compañías farmacéuticas que ya están fabricando drogas de las mismas características.

¿Habría algún límite de edad? Sí, el mismo que para el alcohol.

¿Cuál sería el precio de mercado, y quién lo fijaría? ¿Qué intervención se daría en ello a la industria privada? Véase el alcohol.

¿Cuánta gente se pronostica que se convertirá en adicta?

Quizá no más que hoy, dada la realidad de la actual accesibilidad a la droga. Pero incluso si aumentase el número de adictos, cosa que parecería ser un resultado de sentido común, tenemos que encarar esa cuestión moral.

Como ha dicho Lester Grispoon, de la Harvard Medical School *The New York Times*, 15 de mayo de 1988):

«Debemos tener fe en que, a largo plazo, la gente responderá, de forma racional, a la accesibilidad

de sustancias con capacidad destructiva. Siempre habrá bajas con el alcohol. Siempre habrá muertes».

Volvamos a las preguntas del congresista Rangel:

Dado que la marihuana permanece semanas en el organismo de una persona, ¿qué podría pasar con los pilotos, los maquinistas, los cirujanos, los camioneros, los camioneros de largo recorrido, y los empleados en instalaciones nucleares que quieran consumirla fuera de sus horas de trabajo?

Y ¿cuál sería el efecto sobre las empresas de aseguramiento sanitario?

La corta respuesta, creo yo, es: «véase el alcohol».

En fin, el congresista se refiere al problema como «esta amenaza de origen extranjero a la seguridad nacional». Como ya he indicado, es una cuestión doméstica de dimensiones morales, educativas y económicas, que no tiene que ser resuelta por las armas y los tanques y toda la parafernalia de la guerra, sino más bien con fe, con argumentos morales, con compromisos familiares y con responsabilidad personal.

Termino con el convencimiento de que es la hora del cambio. Kennedy dijo en el muro de Berlín: «el cambio es la ley de la vida». Si nos hemos equivocado, tengamos el valor y el aguante necesarios para pensar otra cosa, para cambiar, y, en este caso, para abolir la prohibición. En los términos del último programa de Bill Moyer, es la hora de reconocer la verdad, como hicimos en otra ocasión con el Vietnam, y poner fin a la mentira de que estamos siguiendo una política afortunada.

En fin, pues, algo de esto ¿es real? He aquí mi quinto y merecidamente último punto. Se ha dicho, por un periodista de *ABC*, quien participó en un programa de Ted Koppel sobre esta cuestión que ningún político se adheriría a tan radical postura «blanda» en materia de drogas. Pero los tenemos. El alcalde de Baltimore, Schموke, el de Minneapolis, Fraser, algunos congresistas, George Schultz, un juez, Bill Buckley y Pete Hamill, un fiscal accidental, el *Law Reform Committee* de la *New York County Lawyers Association*, abogados como Alan Dershowitz, y algunos de los expertos en el tema, como el profesor Nadelman, de Princeton.

También se me ha dicho, por los estudiosos de la derogación de la prohibición, que entonces se daban las mismas condiciones. Los que viven de la opinión pública, no darán un paso hasta que detecten una crítica masiva. La solución más simple —prisión para los traficantes— es el eco de otras soluciones simplistas del pasado, y sigue interesando a muchos. Pero qué decir del costo de un número creciente de prisiones, si supone a la sociedad casi tanto mantener en la cárcel a un delincuente como enviarlo a Harvard. Y esa peculiar equivalencia me afecta a mí, como antiguo alumno de Yale.

Si se ha de producir un cambio, será porque, en algún extremo, si no estoy equivocado, la retórica demostrará algún punto débil, y quedará de manifiesto que la guerra contra la droga, y sus actuales frentes, no puede ser ganada; que nuestros recursos se han despilfarrado en la represión, y, lo que es más significativo, improductivamente. Quiero hacer notar el cambio de tono y dónde se pone el énfasis

en las propuestas presentadas, en las últimas semanas, al gobernador Cuomo: más énfasis en el tratamiento que en la aplicación de la ley. Si el rechazo de la prohibición puede servir de modelo, los investigadores, las organizaciones ciudadanas y los ciudadanos afectados cuestionarán cada vez más el destino de los recursos y la colocación de un problema social en el sistema de justicia penal. Lo que hoy parece una causa perdida —un muro de Berlín, si así lo quieren— mañana puede conseguir la masa de críticas necesaria para motivar a los que aspiran a descubrir y representar la voluntad popular.

Uno de los observadores más perspicaces del delito y de la pena en la actualidad es Norval Morris, un encantador australiano, antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. El se ha referido así a la aplicación de la ley como instrumento del cambio social:

El sistema de justicia penal es necesario, pero limitado. Muy pocas veces hemos podido demostrar que se hayan producido cambios en las tasas de criminalidad como consecuencia de cambios marginales y aun relativamente sustanciales de las prácticas policial o correccional.

En la actual situación familiar en América, el 20 por 100 de todos los hijos nacieron de madres solteras. Las madres solteras alcanzan el 15 por 100 de todos los nacimientos de la población blanca, y el 60 por 100 de la negra.

No estoy haciendo afirmaciones moralistas, estoy hablando de problemas en que la gente está atrapada, incapaz de huir de una clase baja intraurbana. Todo lo que he hecho fue destacar una situación atroz y terrible que va hacia peor.

Había escrito una conclusión —decía— pero un par de críticos cuyas ideas comparto, me dicen que no debería hacerla, porque podría resultar ofensiva para algunos, así que he decidido no hacerla pública. Sin embargo, sólo para su información, la conclusión rechazada era ésta: el movimiento «ley y orden» sobre el que tanto hemos oído hablar, es, en la práctica, aunque no intencionalmente, anti-negro y anti-classes bajas; no planificadamente, no voluntariamente, no deliberadamente, pero lo es en la práctica.

Esto dice algo, creo yo, de la indeseabilidad de abandonar el problema del consumo de droga a la prohibición y a su consiguiente puesta en práctica a través del sistema legal.

Para terminar, cito las palabras del presidente de Yale, cuando se dirigía a la promoción de 1989, sobre las condiciones en que tendrían que hacer frente en su graduación:

«Son condiciones de deterioro físico, más propias de un escenario bélico que del corazón de las grandes ciudades de la nación más poderosa y llena de principios de la historia del mundo. Son condiciones de deterioro espiritual que han producido la ruptura de la familia, el fracaso de la educación, la saturación de drogas peligrosas, y niveles de ilegalidad violenta que se acercan a la anarquía. Son condiciones de desempleo y de pobreza que alimentan un ciclo de desesperanza. Son condiciones de desarraigo físico y mental que constituyen un escándalo en una democracia moderna y progresista. Vie-

nen a ser un cáncer en el mismo corazón de nuestra democracia.»

¿Qué hay que hacer? La primera cosa que es preciso hacer es reconocer que hay que hacer algo, algo en gran escala, en la medida en que la naturaleza del problema también lo es.

No nos podemos permitir jugar con nuestra supervivencia como nación libre y poderosa. El precio de no dar la cara a estos problemas es inmensamente superior al de afrontarlos. Decir que nos falta voluntad de encarar estos problemas es como decir que nos falta voluntad de justicia y hasta de supervivencia.

Mi mensaje es, pues, que debemos abandonar la retórica y las soluciones simplistas, y tener ganas de pensar de una forma nueva, de redistribuir nuestros recursos y de sacrificarnos para que lo que trastorne la mente de nuestros jóvenes sea la dignidad y la capacidad, en lugar del crack, el hielo y la heroína. En pocas palabras, abolir la prohibición.

Les quedo muy agradecido por su generosa atención.

(Traducción: Jaime ALONSO GALLO/  
Jesús FERNANDEZ ENTRALGO).

## Uruguay: «Scaltritti Celso contra el Estado» (La tortura ante los tribunales de justicia)\*

Celso Félix Scaltritti, con fecha 11 de mayo de 1987, promovió demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el Estado (Poder Ejecutivo-Ministerio de Defensa Nacional). Unica vía posible, una vez clausurado el acceso a la vía penal por la «ley de caducidad».

Lo hacía con base en las siguientes afirmaciones de hecho:

1. El 9 de enero de 1976 fue detenido por personal del Ministerio de Defensa Nacional y trasladado «encapuchado» a un determinado lugar que sus aprehensores llamaban «El Galón».

2. Allí fue sometido a «las más brutales torturas, tales como «submarinos», «colgadas», «ganchos», golphiza con cachiporras, sin que mediare la más mínima explicación, salvo preguntarle «dónde esta el pinta».

3. Esta situación se prolongó hasta el mes de marzo de 1976.

4. En ningún momento fue sometido a decisión jurisdiccional alguna, ni siquiera militar. Incluso, de acuerdo a como se desarrollaban las sesiones de tortura «no existía cargo alguno en su contra. Simplemente me torturaban, afirma el actor».

5. El demandante en aquella época era electricista y toda su actuación pública se limitaba a ser «militante gremial».

6. Como consecuencia de los malos tratos recibidos hubo de ser trasladado al Hospital Central de las FF AA, para ser después de nuevo devuelto a su lugar de encierro.

7. En octubre del mismo año otra paliza hace necesario un nuevo ingreso hospitalario.

8. Al fin, como secuela, quedó lisiado e inhabilitado para desempeñar todo tipo de tareas y debió permanecer otra vez en el hospital cincuenta y cuatro días.

9. El 24 de mayo de 1977 fue liberado sin que se le diera ninguna explicación.

10. Desde entonces, hasta el 17 de octubre de 1984, se vio sometido a libertad vigilada.

11. La prolongada detención provocó la jubilación del empleo.

12. El 21 de junio de 1979 obtuvo la jubilación por incapacidad física.

13. En total la privación de libertad, sin que mediara decisión jurisdiccional alguna, se prolongó durante un año y cinco meses.

14. A ese período debe añadirse el que pasó en situación de libertad vigilada: «siete años de una

continua y permanente tortura», ya que durante ese tiempo —dice— «siempre pensé que podía ser nuevamente detenido».

La oposición del Ministerio de Defensa a la reclamación se fundó básicamente en lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 11.925 del 25 de marzo de 1953, que dice que «todos los créditos y reclamaciones contra el Estado, de cualquier naturaleza y origen, caducarán a los cuatro años, contados desde la fecha en que pudieran ser exigibles».

El Tribunal entendió en este punto que en el caso no se ejercitaba «crédito alguno, sino concretamente una reclamación por responsabilidad, basada —fundamentalmente— en el artículo 24 de la Carta». Y, más adelante continúa: «pretender que la persona de Celso Félix Scaltritti Salazar hubiera reclamado al Estado lo que reclama (y fundamentalmente por los motivos o causas que reclama) en el período que va del 24 de mayo de 1977 al 24 de mayo de 1981 no deja de ser una ingeniosa "boutade" jurídica, a todas luces ilusoria».

El juez consideró «probado en autos que el actor estuvo privado de su libertad entre el 9 de enero de 1976 y el 23 de mayo de 1977. Con relación al punto corresponde establecer que el propio Ministerio de Defensa Nacional a través de sus oficinas dependientes admite la reclusión del actor en unidades del Ejército Nacional entre el 5 de marzo de 1976 y el 23 de mayo de 1977. Que con relación al período que va del 9 de enero de 1976 (fecha denunciada por el actor como la de su detención) al 5 de marzo del mismo año (fecha admitida por las oficinas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional) el mismo, en opinión del Juzgado aparece probado a través de las declaraciones de quienes compartieron la reclusión con el actor. (...) Asimismo aparece acreditado «que no fue sometido a autoridad jurisdiccional» (...) y que «fue sometido a apremios corporales y morales, cuya intensidad, caracteres, alcances y formas han sido descritos en autos con inusitado realismo por testigos altamente calificados y cuyo testimonio no fue desvirtuado...».

Consta asimismo que «fue alojado en el Hospital Militar Central de las FF AA, unidad militar donde se le prestó asistencia médica, asistencia que —por lo menos— puede ser catalogada de técnicamente insuficiente y deontológicamente criticable». También se acreditó que «la referida internación se debió a las lesiones, traumatismos y padecimientos sufridos por el actor en ocasión de los apremios a que fue

\* Con este texto se trata de dar cuenta, aunque sea de forma sintética, de un importante fallo en primera instancia de la justicia civil uruguaya. Emitido el 30 de diciembre de 1988, se ha recibido de un compañero de aquel país, a través de la *Comisión de*

*Relaciones con Latinoamérica*, estando ya en prensa este número. La copia no permite precisar el órgano de Montevideo autor de la resolución, aunque sí que su titular fue el juez Carlos María Belangier.

sometido en los lugares de reclusión en donde permaneció alojado».

Se reconoce también que el actor, sin perjuicio de las irreversibles secuelas psíquicas que le produjo la reclusión, tuvo como consecuencia del trato durante la misma una incapacidad laboral del 100 por 100, que dio lugar a su jubilación.

Finalmente se condena al Estado al abono de los daños y perjuicios.

La sentencia ha sido confirmada por el Tribunal de Apelaciones, con una modificación en la cuantía de la indemnización.

# APUNTES\*

## ● Pontevedra: fiscal acusica

La Fiscalía de Pontevedra parece hallarse empeñada en una peculiar cruzada contra el ahora magistrado de la Audiencia y antes juez de Instrucción de esa ciudad, Luciano Varela.

Así, a finales del año pasado, por conducto del fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se hacía llegar al presidente del mismo un escrito en el que, con laboriosidad digna de mejor causa, se confeccionaba una especie de mezquino memorial de agravios, por el desafortunado procedimiento de poner, una detrás de otra —todas fuera de contexto— una serie de expresiones al parecer constitutivas en cada supuesto de «grave menosprecio del fiscal actuante que trasciende a la institución del Ministerio Fiscal».

Veamos algunas de las perlas: «el anacrónico celo de buscadores de conculcaciones reglamentarias»; «afán represivo que choca con amplios espacios de impunidad para conductas ciertamente más reprendidas en el sentir social»; «sorprendente inercia burocrática»; «componente dilatorio absolutamente incompatible con la más elemental sensibilidad en relación con aquellos valores constitucionales...»; «una dilación cuyo único fruto sería la comodidad de obviar un trámite como el de calificación»; «poco esfuerzo es necesario para comprender la intrascendencia de ese rudimentario bagaje probatorio»; «la falta de seriedad de la acusación»; «serias fallas de calidad jurídica»; «tesis ligeramente utilizada por la acusación»; «pero tampoco interesó al Ministerio Fiscal»...

Luciano Varela —redactor de las sentencias, como juez unipersonal en unos casos y como ponente, en otros—, en el trámite de audiencia que le fue concedido, hacía un pormenorizado recorrido por todas y cada una de las imputaciones, situándolas en su propio marco. Bien ilustrativo, por cierto (dicho sea con el solo ánimo de defensa, por si hiciera falta).

El entonces presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el acuerdo dictado en el expediente, decía entre otras cosas: que las expresiones empleadas por el magistrado «forman parte de la motivación de las respectivas sentencias en cuanto son referidas siempre al análisis de la prueba». Asimismo «que no cabe en la pretendida vía disciplinaria cercenar la libertad de argumentación de la Sala como elemento previo a la parte dispositiva de la sentencia». También «que tales expresiones no son en ningún caso aisladas, fuera de un contexto constructivo para demostrar una desconsideración

al Ministerio Fiscal como institución, sino que formando parte... de la motivación de la sentencia hacen referencia a la actuación concreta de un miembro del Ministerio Fiscal en un proceso determinado, bien para criticar la falta de consistencia de la prueba propuesta o bien para aludir a otras que no se han aportado para defender la tesis acusatoria y todo ello a los efectos de fundamentar el fallo de la Sala...».

Concluía el acuerdo aludiendo a las expresiones que los fiscales de Pontevedra habían empleado en escritos relativos a resoluciones de Luciano Varela, siendo este titular del Juzgado número 3 de aquella ciudad, y que aquél razonablemente no había tomado nunca como desconsideración.

El fiscal, al que también molesta ser designado como «funcionario denunciante», ahora funcionario-denunciante-recalcitrante, recurrió al Consejo.

El Consejo tuvo inicialmente sobre la mesa una propuesta de sanción como sacada de los archivos de la vieja Inspección de Tribunales. «Es evidente —se decía allí— que todas ellas (las expresiones), por su reiteración, sobrepasan los límites normales del léxico forense y ponen de relieve un propósito descalificador que menoscaba la función y la profesionalidad del representante del Ministerio Público en cada caso, siendo, por tanto, constitutivas de una falta de desconsideración con los miembros del Ministerio Fiscal, prevista en el número 2 del artículo 419 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no ser imprescindibles para la argumentación de las sentencias que las contienen». Como se habrá visto, un texto muy propio, aunque en justicia, hay que reconocer que le faltó un detalle: la referencia a la *morigeración* y el *decoro*.

El Consejo dice que *no aceptó* la propuesta por puras razones de carácter formal. Pero no es cierto, porque *ha sancionado* y de forma antijurídica por informal y atípica. *Desestimó* el recurso y dio satisfacción al fiscal con un párrafo —uno y bien compacto, con hechura de *considerando*, que es continente que corresponde a este tipo de contenidos— y que no tiene desperdicio. He lo aquí:

«Sin embargo, no se puede obviar que tales expresiones por su reiteración y significado sobrepasan los límites normales del usual léxico forense, conformando una crítica gratuita de la actuación profesional del Ministerio Fiscal como parte acusadora que, aunque se produzca en el curso de un proceso, merece por parte de este Pleno su firme rechazo, ya que las frases anteriormente mencionadas no coadyuvan al mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, sobre todo teniendo en cuenta que es el juez el mayor garante de la objetividad y

\* Sección a cargo de la Redacción.

del respeto a las partes del procedimiento, debiendo evitar, por ello, juicios de valor e imputaciones ajenas al núcleo de la decisión jurisdiccional.»

*Límites normales, usual léxico forense, crítica gratuita, juicios de valor e imputaciones ajenas al núcleo de la decisión jurisdiccional* son las categorías en que el Consejo *funda* su decisión. Vamos, todo un modelo de lo que no debe ser un discurso sancionador. Que por cierto y para más *inri* dice ser confirmatorio de la resolución recurrida.

¿Será posible? ¿Dónde está en este caso la racionalidad del discurso y la sensibilidad para lo jurisdiccional del ahora ex presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia?

El Consejo, al parecer, ni se cuestiona la posibilidad constitucional y legal de entrar a lomo del elefante disciplinario en la delicada cacharrería del contenido del acto jurisdiccional por excelencia. Lo que ya es todo un síntoma.

Pero vale la pena hacer abstracción de este aspecto, por lo demás generalmente tan claro en cualquier otro ámbito, para seguir al Consejo en su exposición.

En ella acoge las expresiones que con fervor de coleccionista recogió el Fiscal —diríase que con «el anacrónico celo del buscador de conculcaciones reglamentarias»—, para, sin rigor, sin asomo de análisis, acoplarlas como quien suelda, el párrafo que se ha reproducido. Un párrafo vacío de todo otro contenido que no sea la autoafirmación apodíctica de un principio de autoridad que se manifiesta incapaz de razonar sus *razones*.

Porque si hay alguna crítica gratuita es precisamente la que por las buenas y sin referencia al contexto estigmatiza de gratuidad a otra.

Y ¿qué decir del atributo de bondad que implícitamente se otorga al usual léxico forense, que haría *anormal* al de quien se sitúa fuera de sus límites?

Y ¿qué frases son las que coadyuvan al mejor funcionamiento de la Administración de Justicia? De existir y hallarse el Consejo en el secreto, no debería privarnos de su conocimiento. Quizá incluso tendría que editar un prontuario.

Y, sobre todo, ¿cómo ha sabido el Consejo que los juicios de valor e imputaciones que colecciona el fiscal de Pontevedra son «ajenos al núcleo de la decisión jurisdiccional?» Porque, primero, ¿tiene habilitación constitucional y/o legal el Consejo para discernir —y en qué instancia— eventuales núcleos y periferias en lo jurisdiccional? Y, segundo, aunque la tuviera, ¿a través de qué secreto proceso discursivo, de qué ejercicio de la «sana crítica», que en ningún caso explícita, ha llegado a esa convicción irrazonable?

Como en tantos ejercicios vergonzantes de la autoridad por la autoridad, el poder por el poder, resulta empeño vano buscar una lógica de otro tipo.

El *pecado* no está en los hechos. En que, por ejemplo, pudieran ser veraces, a tenor de las correspondientes situaciones, asertos como el que atribuye determinadas actuaciones a «una sorprendente inercia burocrática». O el que denuncia dilaciones «cuyo único fruto sería la comodidad de obviar un trámite como el de calificación». O el que afirma que en un determinado procedimiento la presencia del fiscal se reduce «a leer y recibir papeles». O el que

califica de «intrascendente» por «rudimentario» a un determinado «bagaje probatorio». O el que denuncia como «ligera» la utilización de una cierta tesis por cierta acusación; o una postura como «insensata u obstinada».

El *pecado* está sobre todo en nombrar lo que existe. Y después en hacer uso de una forma que se ha evitado indagar si acaso era precisamente la ajustada a las exigencias del fondo. Porque, a la postre, y para los tibios no hay nada que sea más comprometedor que la verdad.

Cierto que en las expresiones —en las expresiones *cruzadas* entre el denunciante y el denunciado— se hace patente cierta carga polémica. ¿Que no le *gusta* al fiscal de Pontevedra? Bien. ¿Que no le *gusta* al Consejo? Ni siquiera esto sería lo malo. Lo malo es que ha dado un paso más al convertir su particular y misterioso criterio en anómalo bien jurídico que se autoprotege. Y sancionar como pura y simplemente *desobediente* a quien hace *otro* uso del castellano. Tratándole como *agresor*, incluso, porque el «funcionario denunciante» parece haberse reconocido —*in pectore*— un privilegio de legítima defensa.

De todas formas, la actuación del Consejo en este caso no deja de revestir cierta penosa originalidad: tiene algo de incursión disciplinaria por el diccionario.

*Post scriptum*. Los vocales José Luis Calvo y Emilio Berlanga han formulado un convincente voto particular al acuerdo del Pleno, objeto del anterior comentario. En él discrepan de la cuestión de fondo en la valoración de las expresiones objeto de inquisición. Además, advierten al Consejo algo tan razonable como que la desestimación del recurso excluía formalmente cualquier posibilidad admonitoria, subrepticia y vergonzantemente sancionadora, como la de que hizo uso. Es motivo de satisfacción leer cosas razonables en medio de tanto despropósito.

## ● El Consejo se divierte

El Consejo General del Poder Judicial que, como se sabe, ha estado aquejado de una grave ataraxia, con episodios de electroencefalograma casi plano, parece haber salido hace poco de su profunda postración.

Lo más sorprendente es que desde el reciente abandono de la UVI el Consejo presenta un cuadro preocupante de agitación psicomotriz con evidentes síntomas de hallarse afectado de un intenso frenesí lúdico-jurídico, que se está traduciendo en una serie de sugestivos desplazamientos por la geografía del país.

La selección de los lugares de destino (últimamente Tenerife, Extremadura, La Rioja) está francamente a tono con la situación de convalecencia del paciente. Y pone de manifiesto la clara conciencia de que, del mismo modo que «los duelos con pan son menos», la patética ausencia de una política de formación de jueces puede resultar más llevadera para sus responsables si se le pone un poco de playa, un *touché* de «torta de El Casar», o ¿por qué no?, un fondo de «pimientos del piquillo».

Como fruto de esta experiencia, los servicios técnicos del Consejo trabajan intensamente en la ela-

boración de una propuesta de reforma del artículo 122 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que comportaría la inclusión de una nueva comisión en la estructura del órgano de gobierno de los jueces: la de *Turismo judicial y frivolidades periféricas*.

La idea responde a la finalidad de consolidar y dar una dimensión institucional más consistente a tan importante área de actividad. Esta aportación sería como el testamento político de quienes deberán abandonar la sede del Paseo de La Habana dentro de unos meses.

#### • ... y se equivoca

La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha tenido que rechazar incluso la simple posibilidad de entrar en el conocimiento de un tema sometido a su consideración por el Consejo.

La Comisión Disciplinaria abrió diligencias al juez de Instrucción de Madrid, José González Olleros, al mismo tiempo que remitía al fiscal general del Estado testimonio de las actuaciones por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

El asunto: una determinada resolución en tema de *habeas corpus*, básicamente consistente en rechazar la solicitud promovida por ese procedimiento en favor de una persona que ya se encontraba a disposición del juez competente.

Es decir, ¡materia jurisdiccional y resolución jurisdiccionalmente correcta!

¿Se habrá infiltrado en la Comisión Disciplinaria del Consejo general del Poder Judicial algún juez lampiño de esos de medio programa y *de penalty*. ¡Señor, señor!

#### • Fiscal General del Estado: los buenos van al cielo

Leopoldo Torres, como se recordará, entró en la Fiscalía General del Estado *como una moto*. Y desde entonces no ha parado.

Con la intuitiva seguridad del vidente y como por vía de percepción extrasensorial y diríase que también extrajurídica, vio materia de querrela criminal donde y cuando nadie la veía. Ahora, sin embargo, dice que no ve nada de nada... en Valencia.

Pero no queda ahí la cosa. El fiscal general del Estado, advirtiendo la intranquilidad que la sospecha de la generalización de las escuchas telefónicas está suscitando en la ciudadanía, nos tranquiliza: aquellos que gocen de una conciencia limpia no tienen nada que temer de la violación del secreto de sus comunicaciones; o, lo que es lo mismo, los buenos siempre van al cielo y si son un poco inocentes incluso al limbo.

La receta no es nueva en la farmacopea de una peculiar terapia psicopolítica reaccionaria. Por el contrario, expresa una vieja filosofía, una idea recurrente, siempre objetivamente orientada a prevenir eventuales alarmas sociales en presencia de algún riesgo para ciertos derechos básicos. El miedo es sólo cosa de los que tienen algo que temer, nunca de la gente de orden.

Es un tipo de recurso del que, por ejemplo, se ha hecho uso frecuente con fines estupefacientes en tema de legislación excepcional, ya desde el Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.

Como en tales ocasiones, tampoco parece que ahora el argumento contribuya a sedar al personal. Lo que sorprende es que el que lo usa pueda quedarse tan tranquilo, tan ancho.

#### • La supercuenta del BBV

Cuando proliferan las *supercuentas* maravillosas que ofrecen todo tipo de ventajas al ciudadano: créditos, coches, viajes..., el Ministerio de Justicia opta por la cuenta única del BBV. Es cierto que, hasta donde la memoria histórica alcanza, a un juez de mediana edad le vienen al recuerdo situaciones grotescas: un juez de pueblo recibiendo a una interminable hilera de directores de Banco, perfectamente ataviados, ofreciendo condiciones ventajosas por aperturas de cuentas oficiales —como fotocopiadoras, lapiceros, máquinas de escribir, y como gran novedad, ordenadores—. Ofrecimientos generalmente aceptados, las más de las veces como mecanismo para paliar la ancestral carencia de medios que pesa sobre la Administración de Justicia, y que, sin duda, dejaban abierta la vía a corruptelas personales.

El Ministerio de Justicia, ante tales irregularidades, implanta su sistema de «cuenta única» como fin de obtener la máxima transparencia. Bien pensado, los honrados administradores de la justicia reciben con agrado tan drástica solución (por lo menos la incertidumbre de un abanico de inmejorables ofertas a relacionar, cesará), se pondrán fin a las corruptelas que el dinero lleva consigo. Por fin desaparece el dinero de la mesa de los Juzgados.

Las exorbitadas cifras que alcanzan los saldos de las cuentas judiciales, y el carácter público de tales fondos, parecen reclamar que la encargada de su gestión sea la Banca pública, pero no es así. El Ministerio opta por el sistema de oferta pública, en beneficio de aquel que ofrezca mejores condiciones: ganador el BBV. Es notoria la habilidad de los banqueros para hacer florecer el dinero, ¿cuán cuantiosos no serán los beneficios que piensa obtener una entidad privada de crédito con los fondos públicos, pese a abonar exorbitadas cifras en conceptos de intereses?, ¿no sería mejor que tales beneficios revirtieran en la Banca pública, quien además, como en el caso de la Caja Postal, garantiza sucursales hasta en las más pequeñas localidades? Debe ser que no cuando «expertos» así lo han decidido, y todo cede en beneficio del justiciable.

Quizá la denominación más acertada de la Ley Procesal es la de «perjudicado» atribuida a la víctima de un delito. A los ya conocidos escollos que aquél viene obligado a salvar para obtener reparación, se le ha sumado uno más: el BBV. La práctica cotidiana en un Juzgado de Madrid revela, por ejemplo, el retraso del Banco en comunicar los ingresos efectuados, retraso que oscila entre varios días y varios meses. Comunicado el ingreso, el Juzgado, con su consiguiente retraso, acuerda la entrega de la in-

demnización: «librese mandamiento de pago al perjudicado». Comienza un nuevo calvario, pues hay que cobrarlo. La hazaña no es difícil si lo intentas en la localidad donde el mismo se ha expedido. Sin embargo, si los malos hados quieren que no sea así, es decir, que el mandamiento de pago se dé vía exhorto, porque algún juzgado hay reacio a confiar en la práctica interbancaria como mecanismo de entrega y constancia, en tal caso de todo puede ocurrir. Negativas del Banco porque no reconocen las firmas, remisión a las centrales y, lo que es más alarmante: «*Abra usted una cuenta en el BBV y se lo ingresamos*». No cabe duda, es más cómodo. Pero, ¿qué pasa con esas cuentas si se continúan utilizando por su titular? ¿Quién sale beneficiado en el caso de que permanezcan paralizadas? ¿No genera intereses negativos? ¿Es ésa la transparencia deseada?

En consecuencia, ¿a quién beneficia el nuevo sistema?

#### ● Placeres los de la carne

El arzobispo de Santiago de Compostela, en comunicación del pasado 12 de marzo, se dirigía al presidente de la comisión organizadora del homenaje al recién jubilado presidente del Tribunal Superior de Justicia de esa comunidad, en los siguientes términos:

«Por coincidir el homenaje que se le va a tributar al excelentísimo señor don José Cora Rodríguez en un viernes de Cuaresma (día de abstinencia para los católicos) y ante la petición formulada por uno de los asistentes, don Manuel Otero Peón, en la que solicita "se otorgue una dispensa a conmutación de la abstinencia de carne y que así se le comunique al presidente de la comisión organizadora del referido homenaje, con el ruego de que haga pública esa dispensa del modo que sea más conveniente para que se enteren los asistentes al acto antes de comenzar la cena".

*El señor arzobispo ha tenido a bien conceder la dispensa solicitada.*

Lo que participo a usted para su conocimiento, el de los interesados y efectos oportunos.

Dios guarde a usted muchos años.»

El interés del texto es bien patente, sobre todo si se considera que ofrece información de indudable autenticidad sobre extremos por lo general tan arcanos como la relación de algún sector de la magistratura con la carne y la comprensión de cierta jerarquía eclesiástica para con los pecados de esa índole.

De todas formas la pastoral misiva incita a trascender la pura literalidad en su lectura porque, en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, el placer en este caso estaba en la *transgresión* no en la comida. Así debe inferirse de una opción por el solomillo en tierra donde el mar, ya se sabe, ofrece a los hijos de Dios tan copiosos y buenos frutos.

Claro que en este caso y como corresponde a comensales *togados* la natural morigeración contuvo el exceso en los límites de la que cabría llamar *sua-ve transgresión*, es decir, transgresión con bula.

#### ● Jeroglífico

«Requerir a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con su acuerdo de 20 de diciembre de 1989, sobre práctica del informe a que se refiere el artículo 136 de la LOPJ, para que cumpla en sus propios términos el acuerdo del Pleno de este Consejo de 20 de diciembre de 1989, por cuanto de la rendición del alarde, debidamente realizado, puede apreciarse, ponderando todas las circunstancias de medios personales, materiales y carga de trabajo, del Organismo Judicial del que dimana el mismo informe si la actuación de su titular ha sido o no normal, en cuyo informe y con ocasión del examen y valoración del expresado alarde, pueden tenerse en cuenta otros datos objetivos y cualquier otro medio de información que se considera pertinente en cuanto a la actuación profesional de un juez o magistrado trasladado.»

(De un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial.)

La solución en el próximo Pleno.

# SERVICIO NOMINA

**PRESTAMOS**  
*en* **su bolsillo**



## CREDITO Y SERVICIO

- Seguro Gratuito de Accidentes.
- Tarjeta Electrón gratuita.
- Préstamos en las mejores condiciones.
- Todo tipo de seguros en condiciones especiales.
- Concesión de Tarjetas VISA.
- Anticipos de nómina.
- Descubiertos para el pago de recibos.
- Puntualidad en el cobro en todo el territorio nacional y sin previo requisito alguno.

**Caja Postal**

Con la garantía del Estado.