

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

J. E. Peces Morate, El partidismo en el CGPJ. **P. Andrés Ibáñez**, Justicia penal en el estado de la crisis. **I. Duce Sánchez de Moya**, ¿La banca contribuye al fraude? **R. Conde Salgado**, La desaparición del derecho. **J. Picatoste Bobillo**, Compañera en precario. **F. Bueno Arús**, Nuevo anteproyecto de C. Penal. **E. Gimbernat Ordeig**, Sobre la reciente doctrina jurisprudencial en delitos contra la vida. **J. M. Goerlich Peset**, Derecho de huelga en servicios esenciales. **B. Ríos Salmerón**, Sobre nueva ejecución laboral. **J. J. López Ortega**, Audiencia pública en apelación y casación. **C. Movilla Alvarez**, Gestión de la administración de justicia. **D. López Garrido**, El hecho inmigratorio en Europa. **I. Sánchez Yllera**, Extranjeros en prisión. **P. Patrizi**, Reciente legislación penal italiana de menores. **Instituto Justicia y Cambio**, Poder Judicial en el Perú.

10 SEPTIEMBRE/1990

En este número: Perfecto Andrés Ibáñez, *magistrado*. Audiencia Provincial de Madrid.
Francisco Bueno Arús, *profesor ordinario de Derecho Penal*. Universidad de Comillas.
Remigio Conde Salgado, *presidente*. Audiencia Provincial de Lugo.
Ignacio Duce Sánchez de Moya, *juez de primera instancia*. Coslada (Madrid).
Enrique Gimbernat Ordeig, *catedrático de Derecho Penal*. Universidad Complutense.
José María Goerlich Peset, *letrado*. Tribunal Constitucional.
Diego López Garrido, *catedrático de Derecho Constitucional*. Universidad de Castilla-La Mancha.
Juan José López Ortega, *magistrado*. Audiencia Provincial de Madrid.
Claudio Movilla Alvarez, *presidente*. Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
Patrizia Patrizi, Universidad La Sapienza. Roma.
Jesús Ernesto Peces Morate, *magistrado*. Tribunal Superior de Justicia. Madrid.
Julio Picatoste Bobillo, *magistrado*. Audiencia Provincial de Pontevedra.
Bartolomé Ríos Salmerón, *presidente de la Sala de lo Social*. Tribunal Superior de Justicia. Murcia.
Ignacio Sánchez Yllera, *juez de instrucción*. Valladolid.

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, Claudio MOVILLA ALVAREZ, Jesús PECES MORATE, Ramón SAEZ VALCARCEL.

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. 15.960-1987 Unigraf, S. A. Móstoles (Madrid).

INDICE

	<u>Pág.</u>
Debate	3
— <i>El partidismo en el Consejo General del Poder Judicial</i> , Jesús E. Peces Morate.	
— <i>El papel de la justicia penal en el estado de la crisis</i> , Perfecto Andrés Ibáñez.	
— <i>¿La banca contribuye al fraude?</i> , Ignacio Duce Sánchez de Moya.	
— <i>La desaparición del derecho</i> , Remigio Conde Salgado.	
— <i>Compañera en precario</i> , Julio Picatoste Bobillo.	
Estudios	17
— <i>A propósito del nuevo borrador de anteproyecto de Código penal parte general (octubre de 1990)</i> , Francisco Bueno Arús.	
— <i>Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)</i> , Enrique Gimbernat Ordeig.	
— <i>El derecho de huelga en los servicios esenciales</i> , José María Goerlich Peset.	
Teoría/práctica de la jurisdicción	43
— <i>Sobre la nueva ejecución laboral y sus límites constitucionales</i> , Bartolomé Ríos Salmerón.	
— <i>La audiencia pública en los recursos de apelación y casación (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani)</i> , Juan José López Ortega.	
Cuestiones de ordenamiento judicial	51
— <i>La gestión de la administración de justicia. (La sentencia n.º 56/90 del Tribunal Constitucional)</i> , Claudio Movilla Alvarez.	
Dossier: la infra-condición de extranjero	57
— <i>El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio</i> , Diego López Garrido.	
— <i>Extranjeros en prisión: doble condena</i> , Ignacio Sánchez Yllera.	
Internacional	71
— <i>La evolución del sistema de garantías en la reciente legislación penal italiana de menores</i> , Patrizia Patrizi.	
— <i>Poder Judicial en el Perú: crisis y alternativas</i> , Instituto Justicia y Cambio.	
Apuntes	81
— <i>Incomprendido ministro.</i>	
— <i>Prisión provisional, ¿para qué?</i>	
— <i>De misa y olla.</i>	
— <i>¡Qué cruz!</i>	

Todas las Sentencias sin excepción.

- LA MAYOR EXPERIENCIA.
- COMPLETA INFORMACION Y SEGURIDAD.
- RIGUROSO ANALISIS.
- MUY FACIL CONSULTA.
- EL MEJOR PRECIO DEL MERCADO.



• Varios ENVIOS SEMANALES de pliegos desechables, con una nueva presentación en formato de revista, que contienen una información completa sobre la Jurisprudencia de las distintas Salas del Tribunal Supremo: TODAS LAS SENTENCIAS Y AUTOS, perfectamente analizados, ordenados, sistematizados y referenciados a un número marginal; más las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cada pliego, un SUMARIO-Índice cronológico de las sentencias y resoluciones publicadas y abundante información bibliográfica.

• VOLUMENES ENCUADERNADOS que recogen esa misma información contenida en los pliegos periódicamente enviados con sus Índices Auxiliares Legal, Cronológico por Salas y como novedad, además, Alfabético por Materias y Salas.

• GRATUITAMENTE: CADA MES el Apéndice al Índice Progresivo de Jurisprudencia, para una rápida localización de cada sentencia del mes o meses anteriores mediante sus Índices: LEGAL, ALFABETICO, de conceptos por Salas, CRONOLOGICO, por SALAS y NUMERICO.

Y un Índice BIBLIOGRAFICO por Materias

AL FINAL DE LA PUBLICACION un INDICE ANUAL FIN DE TOMO, refundición de los mensuales ya enviados.

ARANZADI
EDITORIAL

Carretera de Aoiz, Km. 3,5 Elcano (Navarra)
Tfnos: (948) 33 12 12 - 33 02 26

Solicito, sin compromiso, más información sobre
REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA
BONO RESPUESTA

Sr.

Dirección.....

Tel.....

Ciudad.....

C. Postal..... Ref. J. Democ.

DEBATE

El partidismo en el Consejo General del Poder Judicial

Jesús E. PECES MORATE

La reciente designación de vocales para el Consejo General del Poder Judicial ha reabierto la polémica acerca del sistema establecido por el artículo 112 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, objeto en su día de recurso de inconstitucionalidad, que finalizó por sentencia, de fecha 29 de julio de 1986, declarando dicho precepto conforme al artículo 122.3 de la Constitución, al tiempo que advertía de los riesgos de una posible actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, ya que ciertos ámbitos de poder, y señaladamente el Poder Judicial, han de mantenerse al margen de la lucha de los partidos.

Quienes hace cinco años fueron ardorosos paladines de la entonces mal llamada «enmienda Bandrés», en lugar de poner en tela de juicio, al menos, su certidumbre, admitiendo la posibilidad de haberse equivocado, se limitan a lamentarse de lo sucedido estos días, arrojando culpas y responsabilidades a diestro y siniestro, con olvido de que no se pueden «pedir peras al olmo» y de que la advertencia del Tribunal Constitucional no era gratuita. Los infalibles, con lenguaje periclitado, aseguran que «se equivocan quienes piensen que cualquier tiempo pasado fue mejor. Se equivocan o quizá olvidan que el gobierno del poder judicial no es un bien patrimonial de los jueces, sino de la sociedad en su conjunto. (...) La solución no está entonces en volver a fórmulas del pasado que darían paso, entre otras cosas, a un Consejo General del Poder Judicial dominado por las querellas y los intereses corporativos de los jueces, sino a dotar a la elección parlamentaria de la seriedad, transparencia y relieve institucional que requiere». Este tosco análisis, que califica de fórmulas del pasado la establecida en varios sistemas judiciales vigentes, presumiblemente prevista por nuestra Constitución y recogida por la legislación hasta que la enmienda propiciada por tan preclaros defensores prosperó, no merece comentarios. La mejor respuesta es remitirlos a las consideraciones que Andrés Ibáñez dedicó a la reforma en la obra *El Poder Judicial*, publicada en el año 1986, donde aseveró que «el nuevo sistema de elección hace difícil pensar siquiera en una política judicial que no sea mecánicamente coincidente con la política de los partidos, que no responda de una forma mimética, antes que a otra cosa, a las coyun-

turales exigencias de las coyunturales mayorías parlamentarias».

Lo sucedido con el presente nombramiento de los miembros del Consejo (como en el anterior) aparece bajo el significado de la denominación y no de la elección. Los cabildeos que hoy y antaño nos han deparado se asemejan más a un cónclave que a un congreso, aunque éstos cada día tienen más apariencia de conciliábulo que de ágora. Esta realidad no es, sin embargo, inquietante, porque han sido más y mayores los errores de las asambleas que los de las camarillas de notables. La historia así lo demuestra. Cualquier tribunal unipersonal no hubiese condenado a Sócrates, que lo fue por un colegio de quinientos cincuenta y seis jueces, de los que doscientos ochenta y uno votaron su condena y doscientos setenta y cinco su absolución. Ciertamente que otro juicio injusto, no menos famoso que aquél, fue fallado por un único y escéptico juez, si bien cediendo perversamente a las violentas presiones del populacho, encabezado por un sanedrín.

Cuando se publicó la indicada enmienda, tuve ocasión de decir que «teorías y principios al margen, y quierase o no, el sistema parlamentario, imprescindible para cualquier democracia, necesita ciertas correcciones para contrarrestar la excesiva influencia que en él ejercen los núcleos de poder de los partidos políticos, regidos por el centralismo democrático. En consecuencia, el nombramiento de todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial por el Parlamento vendrá determinado por el juego de los intereses de las ejecutivas de los partidos y por el clientelismo político». (*Diario 16*, de 19 de marzo de 1985.) No pretendo echar en cara a mis numerosos contradictores de entonces que el tiempo me ha dado la razón, porque ahora, ni yo mismo, no obstante lo ocurrido, estoy convencido o seguro de que «anduviera en verdad», al valer más la tozuda realidad que cualquier razonamiento. Las cosas son como son y no como queríamos que fuesen. Lo que pasa es que esta verdad de Perogrullo no quiere decir que lo que sucede es lo mejor que hubiese podido acontecer. La historia es como es, pero de los errores se pueden obtener enmiendas para el futuro. No parece que, en la actualidad, pueda ni deba hacerse una corrección legal, pero sí es posible y necesaria una rectificación de los modos y las formas.

Estos son imprescindibles para la convivencia entre quienes discrepan.

Con ocasión de esta aciaga nominación de Consejeros se han propuesto, a mi modesto entender con cierta ingenuidad, algunos mecanismos legales correctores del sistema parlamentario. Se olvida que las leyes no transforman los usos, entre otras razones porque éstos son determinantes del incumplimiento de aquéllas, de manera que, a pesar de su letra, las prácticas seguirían siendo las de siempre. El respeto a la ley, como síntesis de la voluntad colectiva, nace de una concepción pactista o contractualista de la sociedad, muy alejada de nuestro modelo de convivencia, al que no es extraño la producción de normas contra algo o alguien. Fue el caso de la citada enmienda de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por ello hoy se padecen las consecuencias.

Opino que, una vez establecido el sistema, no es fácil su corrección, y quienes hoy lo critican serán mañana sus más ardientes defensores si de él pueden obtener alguna ventaja. La frontal oposición sostenida cuando se instauró se ha convertido, a estas alturas, en complicidad al obtener una sustanciosa cuota de reparto. A los más honestos defensores del citado mecanismo de designación de Vocales para el Consejo General del Poder Judicial habría que recordarles cómo el optimismo de lo nuevo ha de compaginarse con un prudente escepticismo por los resultados y cómo el deseo dista un largo trecho de la realidad. «Muchos —decía Maquiavelo— han imaginado repúblicas y principados que nunca vieron ni existieron en realidad. Hay tanta distancia de cómo se vive a cómo se debería vivir, que el que deja el estudio de lo que se hace para estudiar lo que se debería hacer aprende más bien lo que ha de obrar su ruina que lo que ha de preservarle de ella.» (*El Príncipe*.)

La intriga política, a través de un sistema parlamentario con gran influencia en la Justicia, fue claramente descrita por Raimundo Poincaré, al afirmar que «con el predominio del Parlamento sobre el Ejecutivo, el centro de gravedad del mecanismo que influye sobre los jueces se ha desplazado hacia aquí: el ejecutivo es el mero instrumento de la acción del legislativo sobre los jueces, que a su vez tienen en éste una defensa contra los excesos de gobierno. Aquel poder actúa no sólo por injerencias personales de sus miembros, sino como poder, ordenando investigaciones, autonzando interpelaciones sobre asuntos judiciales, prescribiendo al ministro determinada actitud o conducta; todo ello hace sentir a los jueces el peso de cada miembro del legislativo en sus posibilidades de mejora y hace urgente y necesario protegerle del abuso de esta intervención. Todo lo que se haga para separar la política de la justicia, confinando a cada una en sus dominios respectivamente, será obra de salud pública. Si el juez no llega a liberarse de la tutela parlamentaria, bien pronto desaparecerá la autoridad de la justicia. Y entonces no habrá necesidad de escribir y leer ensayos sobre el arte de juzgar: el arte de intrigar será bastante». (Prólogo a la obra *Essai sur l'art de juger*, de G. Ransson, 1912.)

No es, sin embargo, la atribución de la designa-

ción de cargos judiciales a instituciones políticas, dominadas por los partidos, causa segura de manipulación de la Justicia. La realidad demuestra que la independencia de los jueces no se resiente tanto por el método de designación o elección de los jueces cuanto por la forma del ejercicio de la jurisdicción. Si éstos están ordenados dentro de un sistema funcionarial, cualquiera que sea la forma de selección (la elección, la designación por el Parlamento o el Gobierno, el nombramiento por un cuerpo o colegio profesional, la obtención de una plaza a través de exámenes u oposiciones), se estará más lejos de la auténtica división de poderes que si los jueces no se integran en un orden jerárquico y carecen del *status* de funcionario, manifestándose con autonomía y personalidad propia, alejados de escalafones, ascensos y otras características peculiares del sistema funcionarial.

En el siglo XIX quedó configurada en Inglaterra una organización judicial que pudiera aparecer contraria, en lo que se refiere a la designación de los jueces, al indicado principio de división de poderes. El Lord Canciller, que es miembro del Gabinete y por tanto amovible, dada su condición de persona de partido, preside la Cámara de los Lores, la más alta asamblea política. Además es juez, y por ello preside no sólo la Cámara de los Lores cuando actúa como Tribunal de Justicia, sino también el Comité Judicial del Consejo Privado, el Tribunal de Apelación y la Sección de Cancillería del Supremo Tribunal de Justicia. Tiene el derecho de presentar las personas para cargos de jueces de este Tribunal, previniendo de ello al Primer Ministro y al Secretario de Estado del Interior, que no interviene, salvo que existieren motivos graves. Nombra también a los jueces de Condado, a los que puede revocar por incapacidad o mala conducta, y nombra, suspende y revoca a los jueces de paz. Ejerce la inspección general sobre la Administración de Justicia; convoca y preside las reuniones de jueces, en las que se acuerdan los reglamentos procesales, se discuten las cuestiones relativas a la organización de los circuitos para los jueces itinerantes y se examinan las reformas que deben introducirse en la legislación o en la organización de los servicios judiciales. Recibe todas las denuncias, quejas y reclamaciones formuladas contra los jueces y les dirige observaciones y advertencias. Función ésta rigurosa respecto de los magistrados (jueces de paz) y los jueces de los tribunales de Condado, mientras que es permanente moral sobre los jueces de la *High Court*. No dependen del Lord Canciller los nombramientos de los jueces pertenecientes al Tribunal de la Cancillería, cuyas credenciales se emiten en virtud de una declaración del Parlamento, ni los de los jueces de apelación, destinados por un *writ* del Secretario de Estado en el Departamento del Interior (*W. V. Holdsworth History I, The judicial system*, página 397).

A pesar de su origen, los jueces han gozado en Inglaterra de un merecido crédito y prestigio por su rectitud e independencia frente a los demás poderes, hasta el punto de que Bentham fue más crítico con la costumbre de elegir los jueces entre abogados que con el uso hecho por los Gobiernos de esta

facultad (*Organización Judicial*, traducción al castellano de Anduaga. Año 1842, página 120 y siguientes). Es reconocido a la judicatura inglesa el mérito de haber sabido someter al Ejecutivo dentro de la legalidad. Mientras que en Francia, y por su influencia en España, se produjo un proceso de autocontrol de la Administración, en Inglaterra se consolidó un sistema de heterocontrol merced al buen hacer de los jueces. La tradición y la práctica fijaron en ésta un modelo que, a pesar de interferencias y relaciones con otros poderes, ha sido un ejemplo de independencia frente al poder del que dimana, hasta el punto de que se puede deducir su grado de evolución y perfeccionamiento por su actuación en los conflictos de los ciudadanos frente al Estado y de éste frente a aquéllos. Se logró un eficaz ejercicio de la función judicial, evitando que pudiera subordinarse a los intereses del Ejecutivo contra los ciudadanos, a modo de órgano policial, o que se sometiera a posibles abusos del legislativo contra las minorías, secundándolos con persecuciones individuales.

La polvareda levantada por el reciente nombramiento de Vocales para el Consejo General del Poder Judicial quedara diluida con el tiempo, si bien tales hechos habrá dejado un poso de desconfianza que aflorara, sin duda, con ocasión del ejercicio de las dos potestades, jurídica y políticamente más relevantes que ostenta dicho Consejo, cual son la disciplinaria y la de designar magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de otros tribunales. Consecuencias de tal recelo fueron, durante el mandato del anterior Consejo, algunas muy fundadas críticas

a su actuación en los dos citados ámbitos. De singular vehemencia fue la tensión institucional entre el Consejo General del Poder Judicial y el colectivo judicial por lo que éste estimó uso indebido de la potestad sancionadora con invasión del ámbito estrictamente jurisdiccional, lo que, tristemente, no fue bien comprendido ni interpretado por la ciudadanía, principalmente por una visión sesgada de los hechos, propiciada desde diversas instancias gubernamentales, que torcidamente tacharon la rigurosa, valiente y estricta actuación de los jueces como una manifestación de «neocorporativismo».

Sería deseable que los Consejeros tuviesen muy presente aquellos hechos y situaciones, porque las fundadas dudas sobre la legitimidad de su nombramiento, con más o menos acierto y con mejor o peor intención expresadas durante el proceso de constitución del nuevo Consejo General del Poder Judicial, naturalmente mantendrán una tensa y vigilante atención respecto de sus decisiones, escrutando cada uno de sus actos, especialmente cuando el primero de ellos, cual es la elección de su presidente, a su vez del Tribunal Supremo, ha confirmado aquellos reparos, al haber recaído, entre otros muchos posibles, en el que el partidismo político había previamente designado, con lo que, en su primer acuerdo, han hecho dejación de un valor imprescindible para su crédito, como es la independencia de criterio, incluso en el supuesto de que el nombrado fuese el mejor de los candidatos posibles. La ciudadanía necesita y espera un cambio de rumbo para confiar en las instituciones políticas. Este Consejo tiene la obligación de contribuir a su logro.

El papel de la justicia penal en el Estado de la crisis

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Una observación incluso superficial permite percibir en el momento presenta diversos indicadores sumamente expresivos de algunas transformaciones relevantes producidas durante los últimos años en el mundo de la justicia; de la justicia penal sobre todo.

Bastaría considerar algunos supuestos bien conocidos: el caso Ballesteros, los de *El Nani* y la *mafia policial*, el del espionaje, también *policial*, a algunos partidos políticos, el caso de la colza; y más recientemente el caso Amedo y los casos Guerra y Naseiro.

Los casos aludidos son muy distintos unos de otros. Pero todos en su conjunto evidencian, en una apreciación global, un claro sobredimensionamiento del papel de la justicia.

En efecto, no puede ser más notorio que la justicia tiene incluso un exceso de presencia dentro del conjunto de los temas que son objeto de preocupación social, de los que se nutre la opinión. Bastaría para confirmarlo el progresivo desplazamiento del tratamiento periodístico de muchas de esas cuestiones a las páginas de *nacional*, lejos de la *crónica de sucesos* y además a cargo con frecuencia de comentaristas políticos.

Al mismo tiempo cabe constatar también la existencia de algunos signos que parecerían apuntar precisamente hacia todo lo contrario: la pérdida de papel de la jurisdicción en otros campos, como el del control social de determinadas conductas, que discurre cada vez en mayor medida al margen de aquella y de la propia ley; también el del control de legalidad de la actividad de la policía en el que igualmente la justicia encuentra especiales dificultades para el desarrollo de su cometido constitucional. En fin, la escandalosa incapacidad de esa misma justicia para tutelar de manera efectiva los intereses sociales agredidos por la llamada delincuencia económica, mediante la persecución eficiente de las correspondientes conductas antijurídicas.

La causa de tal aparente hiperprotagonismo de la jurisdicción seguramente hay que buscarla en una serie compleja de circunstancias, que tienen que ver de manera especial con transformaciones operadas en el propio Estado y en su manera de relacionarse con la sociedad. Y también, cómo no, en la propia específica naturaleza del llamado poder judicial.

Entre nosotros Carlos de Cabo ha analizado estos fenómenos de manera muy sugestiva, al interpretarlos en el contexto de la crisis del Estado social.

El creciente intervencionismo del Estado social hizo del Estado el lugar de mediación de las relaciones de capital y trabajo. Con la crisis del modelo el Estado pasa a ser un lugar privilegiado del conflicto social. Ello produce una particular forma de *politización*, en el sentido de que «no hay problemática o reivindicación que no se convierta inmediatamente en demanda al Estado y exija y produzca una intervención política»¹.

Esta nueva situación se refleja también en la función de la institución parlamentaria, que experimenta una acusada pérdida de protagonismo político por la pérdida de capacidad de control del ejecutivo. Con ello, además de una importante quiebra en la práctica del estado de derecho, se abre un vacío en la necesaria fiscalización del poder desde el poder. Vacío que, en ocasiones, tiende a cubrirse, quizá patológicamente, para decirlo con Luhmann, mediante «el deslizamiento» de algunos problemas decisionales al ámbito de la jurisdicción².

Correlativamente, la ley sufre una transformación importante en su misma morfología y también en su función que dista mucho de ser la que le asignara el primer positivismo jurídico³.

En efecto, el actual ordenamiento no puede estar más lejos de la idea de código. Se vive incluso un proceso de «descodificación»⁴ y desestabilización normativa sobre todo en algunos ámbitos. Y una extraordinaria proliferación de reformas y disposiciones, que en ocasiones determinan la superposición de planos entre sí contrastantes —incluso antagónicos— en el orden de los principios dentro de un mismo texto legal. (La tan burdamente remendada Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente puede ser el ejemplo más claro.) Esto tiene como repercusión inevitable un fuerte potenciamiento de la discrecionalidad judicial en el ámbito de la interpretación.

Al mismo tiempo, parece cada vez más evidente que el equilibrio del sistema en sus constantes, la llamada *governabilidad*, demanda del orden jurídico la asimilación tolerante de una notable cuota de ilegalidad⁵, a la que parece *no podría* renunciar. (Los casos Guerra y Naseiro enseñan.)

El defectuoso funcionamiento de algunas instan-

¹ C. de Cabo. *La crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1986, p. 39.

² N. Luhmann. *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. de F. Spalla, Guida Editori, Napoli, 1978, p. 59.

³ Puede verse P. Barcellona. *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano 1984 pp. 141 y ss. También M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984., pp. 29 y ss. y M. Brutti, «I giudici, le

regole, l'illegalità», en *Democrazia e diritto*, 4-5/1986, pp. 7 y ss.

⁴ La expresión se debe a N. Irti en *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

⁵ Sobre esa «política de la ilegalidad» puede verse P. Flores D'Arcais, «La democracia tomada en serio», en *Claves de razón práctica*, mayo 1990, n. 2, pp. 4 y 5.

cias político-administrativas, o bien la circunstancia de que las mismas permanecen cerradas de hecho a determinadas demandas sociales, hacen que lleguen a la instancia judicial, penal especialmente, asuntos extraordinariamente conflictivos, que por lo general desbordan su capacidad de resolución. Son muchas las demandas sociales que buscan en la criminalización de ciertas conductas, preferentemente públicas, la forma de abrirse camino en el sistema. Generalmente tienen que ver con derechos sociales básicos jurídicamente desprotegidos y así simplemente abandonos a la discrecionalidad administrativa.

Por eso se habla con razón de una cierta «judicialización del conflicto socio-político»⁶, que arranca al juez de su cometido tradicional de resolutor de microconflictos, para lanzarle a la mediación de conflictos de notables relieve en el orden sociopolítico.

Es justo así que se haya utilizado el término *suplencia*⁷, para referirse a una nueva función atípica que el juez se ve llevado a desempeñar para cubrir determinados vacíos como el antes apuntado.

Se alude con ella precisamente a esa carga de nuevas competencias que instancias políticas y administrativas contribuyen a desplazar sobre la magistratura a causa del mayor o menor incumplimiento de sus funciones de prestación, mediación o control.

Es lo sucedido en muchos de los supuestos antes señalados.

Quizá sea uno de los más significativos el constituido por aquellos casos en los que se ha puesto en evidencia todo un modo de operar policial francamente connotado de ilegalidad, evocador de algo más que situaciones episódicas, para apuntar a la existencia de una grave contradicción irresuelta que afecta a la esencia misma del estado de derecho. Me refiero a la representada por la existencia de *momentos de verdadero poder fáctico* en las prácticas de alguna institución, la policial en concreto.

Se trata de casos como algunos aludidos en los que resulta curioso que la cuestión de fondo hubiera podido pasar al margen de la denuncia política, de la sensibilidad de las cámaras, hasta el momento de adquirir estado judicial.

El desplazamiento sobre la jurisdicción de estos nuevos cometidos, aparte de su valor de síntoma de que en muchos casos «no sirve la política que nace de la relación Gobierno/Parlamento»⁸, tiene al final un grave efecto deslegitimador para la misma justicia, aunque pueda presentarse como una forma de aparente reforzamiento de su significación.

Esto es así porque esa nueva tarea desborda francamente sus posibilidades de intervención en con-

diciones de mínima eficacia y porque hace aparecer como nuevas competencias judiciales lo que no son sino manifestación de graves incumplimientos y desequilibrios registrados en otras instancias. Convirtiendo al juez en un *político por subrogación*. No porque la función judicial pueda ser ajena a un cierto nivel de politización, sino porque en este caso se opera una *sobrepolitización patológica*.

Así, no es extraño que mientras agentes políticos y sociales se afanan en la utilización estratégica de la jurisdicción para incidir sobre algunas gravísimas disfuncionalidades o inadecuaciones de las prácticas del sistema al modelo constitucional y legal, desde los propios aparatos del Estado se busque la neutralización de la instancia judicial y su descrédito⁹ si llega el caso.

Es evidente que estas circunstancias hacen más difícil de hecho el desarrollo de los cometidos específicamente judiciales, que pasan forzosamente a un segundo plano, desde luego en la opinión, pero sobre todo en la práctica cotidiana de muchos juzgados y tribunales.

Se ha hecho también referencia a otro fenómeno de extraordinaria importancia que, por el contrario, pone de manifiesto una expropiación *de facto* a la jurisdicción de contenidos que sí tendrían que ser sólo y específicamente jurisdiccionales.

Me estoy refiriendo a la extraordinaria ampliación del espacio policial —como espacio policial autónomo— que está teniendo lugar en estos años. Particularmente bajo la forma de intervenciones masivas sobre amplios estratos de población (sujetos marginales, especialmente jóvenes, extranjeros...), en las que el factor desencadenante de la actuación no es la investigación de un posible hecho delictivo, sino el dato sociológico de pertenencia a un determinado sector social.

Junto a actuaciones de este tipo, que afectan individualmente a los concernidos en cada ocasión, pero extraordinariamente difundidas, hay que registrar otras que constituyen auténticas expediciones preventivas de castigo, dirigidas generalmente contra los habitantes de zona suburbiales de infravivienda, bajo la forma de operaciones estacionales (de primavera, verano...), de naturaleza esencialmente propagandística¹⁰.

En unos y otros casos es fácil apreciar la emergencia o incluso consolidación de un verdadero derecho penal-procesal de carácter policial, de orientación básicamente preventiva y de carácter rigurosamente extralegal, fundado en la sospecha.

El recurso a esta clase de medidas se hace de modo explícito sin ulteriores finalidades procesales,

⁶ Así C. de Cabo, en *op. cit.*, p. 75

⁷ Un interesante análisis de este fenómeno puede encontrarse en D. Pulitanò, «Suplenza giudiziaria e poteri dello stato», en *Quaderni costituzionali*, 1/1983, pp. 93 y ss.

⁸ D. López Garrido. «Una historia interminable», en «Temas de nuestra época: La crisis de la justicia», *El País*, 21 de enero de 1988.

⁹ Descrédito hartó fácil, por otra parte, en las actuales condiciones de ineffectividad del poder judicial en su dimensión de servicio público.

¹⁰ En la línea de una burda legitimación de estos modos de operar se inscribe la pretensión de sancionar administrativamente el consumo público de drogas. De hacerse efectivo lo que aho-

ra se proyecta, supondría pura y simplemente la *penalización del consumo* de aquéllos cuya *privacidad* se desarrolla inevitablemente en la calle. (Sobre la desigual distribución de los ámbitos de vida privada y sus consecuencias en el orden penal, puede verse: E. Lamo de Espinosa y J. Carabaña, «Vicios privados y virtudes públicas. Consideraciones sobre ética, marginación social y derecho penal», en *Sistema*, n. 53, 1982, pp. 33 y ss.)

No debe perderse de vista, no obstante, que el consumo se encuentra ya fuertemente *penalizado* de hecho entre nosotros, pues no cabe dar otra significación a la pesada incidencia de la actuación policial *preventiva* sobre aquellas personas en las que concurren determinados estigmas y, más extensivamente, sobre los sectores sociales a que normalmente pertenecen

sino por puras razones inmediatas de una llamada protección ciudadana o de mantenimiento de la seguridad en la calle.

Así la intervención policial pierde su naturaleza si quiera formalmente instrumental y subordinada al ejercicio de la jurisdicción, que es características de su colocación en el Estado de derecho, para cargarse de significación *sustantiva* y convertirse en el órgano autónomo de una nueva y anómala función penal extraconstitucional y de hecho¹¹.

Lo expuesto ofrece un panorama en el que la jurisdicción, particularmente en su dimensión penal, sufre una profunda crisis de identidad funcional, que repercute negativamente en su propia significación como instancia preordenada a la prestación de determinadas garantías.

En efecto, encuentra dificultades insalvables de orden práctico —y no sólo— para desarrollar una función represiva verdaderamente coherente con el imperativo constitucional. Al extremo de dejar desprovistas de tutela amplias franjas de intereses y necesidades sociales, en tanto se hiperprotegen otras de forma escandalosa. Escandalosa también desde el punto de vista procesal.

Mientras, simultáneamente, ya hemos visto cómo un importante segmento de las actividades de control social discurren cada vez más al margen de la justicia. E incluso al margen del Estado. Ahí está para demostrarlo la intranquilizadora proliferación de policías privadas, no se sabe si paralelas, como expresión de un fenómeno de *refeudalización* del poder, de rearme autónomo de la propiedad privada.

Por otro lado, resulta ser un dato bien expresivo hasta qué punto el ejecutivo puede ser beligerante frente a la jurisdicción, cuando se trata de decisio-

nes o actuaciones de la misma que le afectan.

El poder judicial ha demostrado en este punto ser particularmente incómodo e incluso en ocasiones *insoportable*¹² en la forma que aparece diseñado en la Constitución. Tanto por razones de carácter económico como político.

En cuanto a lo primero, no cabe duda que el gasto de justicia es uno de los considerados *improductivos* en el marco del vigente modelo de Estado. Así, es ya una idea ampliamente difundida que resulta obligado abaratar los costes de la justicia, por la vía de *deflacionar el proceso*, de reservar el juicio oral para un reducido porcentaje de casos, en la línea de la justicia americana.

Por lo que se refiere a lo segundo, el fortalecimiento de la instancia policial va acompañado de un decidido propósito de reforzar también el papel del fiscal¹³ en el proceso —sobre todo en un momento que se dice extraprocesal—, desde su posición de dependencia del ejecutivo.

Todo lo expuesto hace ostensible una clara línea de tendencia impresa en la dinámica del Estado actual, que se orienta hacia el depotenciamiento del momento judicial como momento de control o de garantía, con cierta dimensión de contrapoder. Dimensión ésta que es consecuencia de la particular ubicación del poder judicial en el marco del estado de derecho, que lo sitúa en alguna medida fuera del marco estricto del estado-aparato y en una posición de autonomía¹⁴.

No cabe duda que esto es algo que hoy choca francamente con la dinámica de decisionismo y necesidad de sustraerse al derecho que el ejecutivo del Estado moderno pone reiteradamente de manifiesto.

¹¹ Me he ocupado de esto en «Juzgado de guardia: "el estado de bienestar" en el banquillo», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, pp. 12 y ss.

¹² La gravísima agresión política de que se hizo objeto a la juez Huerta en el caso *Linaza* es no desde luego el único pero sí el ejemplo más claro a que cabe acudir (Puede verse a este respecto mi «Independencia del juez pero autonomía de la guardia civil: a propósito del "caso Huerta"», en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 206 y ss.).

¹³ De nuevo el caso *Linaza* tiene una valencia de extraordina-

rio relieve pedagógico sobre el papel político del Ministerio Público en nuestro presente contexto institucional. Véase al respecto el moderado ejercicio de la acción penal por parte del fiscal de Bilbao en aquel supuesto, no obstante la llamativa riqueza de los indicios de culpabilidad para los después condenados que refleja la lectura ahora de la importante sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 16 de noviembre de 1990.

¹⁴ Puede verse L. Ferrajoli *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1ª ed 1989, p. 593.

¿La banca contribuye al fraude?

Ignacio DUCE SANCHEZ DE MOYA

El espectacular desarrollo de la economía capitalista durante los últimos cincuenta años ha sido paralelo, cuando no auspiciado, por el proceso de acumulación del sistema bancario, en muchas ocasiones, como en España, verdadero motor del despegue industrial, constituyendo lo que ha dado en llamarse el poder financiero. La banca, en su condición de intermediario por antonomasia del tráfico económico, ha crecido en perfecta simbiosis con el sistema al que sirve y del que se nutre, constituyéndose en pieza fundamental de la política económica de los Estados y por ende en uno de los poderes fácticos que sin gozar, desde luego, de ninguna prerrogativa de rango constitucional sí viene teniendo atribuidos ciertos privilegios legales para el cumplimiento de los fines de aquella política económica.

El artículo 38 de la Constitución sienta el principio de libertad de empresa en el sistema de economía de mercado, garantizando su ejercicio, si bien de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. Es decir, se entenderá el principio en el sentido de adecuarlo a las necesidades de la sociedad a la que el Estado sirve. En base a ello, el Estado se reserva como competencia exclusiva en el artículo 149 de la Constitución la ordenación del crédito, banca y seguros y la planificación general de la actividad económica.

Esta concreta intervención legislativa en el sector bancario se traduce luego en muy diversas disposiciones que atribuyen un cierto control macroeconómico al Banco de España, como autoridad monetaria, al amparo del principio constitucional que subordina toda la riqueza del país, sea cual fuere su titularidad, al interés general (artículo 128). Pero además esa tutela administrativa tiene otro fundamento no desdeñable y es el amparo que se debe a los depositantes, quienes confían sus ahorros en unas sociedades mercantiles (con ánimo de lucro) que no pueden actuar liberrimamente en el tráfico de fondos que les son ajenos y que únicamente poseen en función de su rol dentro del sistema económico.

No obstante ello, el principio de libre competencia imperante en el sistema de economía de mercado ha dado lugar, en nuestro país, y debido al indudable reto que está suponiendo nuestra incorporación a la Comunidad Económica Europea a muy diversos planes de expansión bancaria, que aprovechando tanto las épocas de crisis (con el consiguiente encarecimiento del crédito) como las de bonanza económica (mediante la masiva captación de pasivo), han originado un crecimiento espectacular de las entidades bancarias y desde luego de su volumen de beneficios, que se ha incrementado con carácter casi constante desde el advenimiento del sistema democrático.

A este importante desarrollo bancario no ha sido ajeno ni el apoyo de los poderes públicos a la banca en crisis ni la indudable economía de costes en que se han empeñado, por no tener más remedio, las diversas entidades financieras, pero no puede olvidarse el acento puesto por todos los planes estratégicos bancarios en la gestión comercial, antiguamente casi inexistente y hoy tremendamente brillante e incisiva que ha transformado los clásicos bancos burocratizados, tenedores de depósitos, en agresivas empresas mercantiles, cuyo objeto es comerciar con dinero y prestar todos los servicios de inversión inherentes al sistema.

La necesidad de captación de pasivo para favorecer una mayor inversión y, por tanto, una mayor expansión ha propiciado la creación de más y más oficinas bancarias a cual más atractivas, y cuando ello no ha sido suficiente, el ofrecimiento de extratípos o tipos de interés desusados, que si bien pueden ampararse en los elevados tipos imperantes en el mercado, rompen una constante tradición de bajísima retribución de los fondos depositados por el público. Este no viene ya constituido por los ahorradores que van a domiciliar sus nóminas en el banco en función de su comodidad o que se van a acercar por inercia a la oficina bancaria más próxima para depositar sus fondos, sino que son verdaderos clientes a los que se ha de captar y mantener en la órbita del banco, ofreciéndoles toda clase de servicios y aconsejándoles las mejores inversiones a fin de que todo su patrimonio fungible se canalice a través de la oficina bancaria que se cuidará de sus intereses.

La relación banco-cliente se ha venido fundamentando en un variado sistema negocial que, superando los estrechos cauces del Código de Comercio, dio lugar a numerosos contratos que como los de cuenta corriente, descuento bancario o imposiciones de diversos tipos se basaban en usos bancarios consolidados, que más tarde serían consagrados por las jurisprudencias al amparo del principio de libertad de pactos de nuestro Derecho. Sin embargo, la necesidad de expandirse y competir ha dado lugar a la búsqueda por las entidades, no sólo de nuevas figuras jurídicas que ayudasen a aquellos fines, sino a ofrecer a los clientes el mayor amparo posible para sus inversiones, favoreciendo e incrementando la imprescindible relación de confianza que tradicionalmente ha presidido los negocios bancarios y cuyo máximo exponente ha sido el secreto bancario. Al propio tiempo el Estado, a medida que las relaciones económicas y sociales ganaban en complejidad y para cumplir sus objetivos, ha venido utilizando el sistema bancario para descargar en el mismo diver-

sas tareas de gestión que servían a aquellos objetivos y que descargaban a la Administración Pública de numerosos efectivos, aprovechando la relación directa banco-cliente, que posibilitaba el control indirecto de las obligaciones de los ciudadanos frente al Estado. Los bancos se han convertido así en entidades delegadas por la Administración para las más variadas tareas, que aquéllos cumplen escrupulosamente en mientras no se deteriore la relación de confianza banco-cliente, base de sustentación del banco como negocio.

Entre las delegaciones establecidas por la Administración Pública a favor de los bancos, una de las más importantes ha sido la recaudación de los impuestos y a medida que éstos han ido incrementándose para subvenir a las crecientes necesidades públicas, han venido colisionando cada vez con más fuerza en el seno de las entidades bancarias, los dos principios enunciados: el de colaboración administrativa que constituyó a aquéllas en piezas de la política económica con el de confianza banco-cliente que fundamenta el crecimiento y razón de ser de la empresa.

Ello ha dado lugar a que el amparo al cliente como sustento del negocio propicie la aparición de nuevas operaciones, que bordeando en lo posible los preceptos legales sirvan a la opacidad de los fondos depositados a cuyas operaciones se responde desde la Administración con nuevas regulaciones más tarde burladas y así sucesivamente. Baste recordar al respecto la aparición de operaciones como los certificados de depósitos que movilizaban las imposiciones a plazo fijo, creando un mercado secundario sin control, las transacciones en base a letras de cambio y pagarés, los seguros de prima única, las cesiones de crédito y toda clase de actividades financieras con las que en uno u otro momento se ha pretendido asegurar a los clientes sus depósitos, sustrayéndolos al control fiscal.

Indudablemente la batalla por el secreto bancario fue perdida por los bancos al establecerse en el artículo 111 de la Ley General Tributaria la obligación de informar a la Administración Fiscal sobre las cuentas y depósitos de sus clientes, cuando fueran formalmente, requeridos, ello sin perjuicio de las necesarias comunicaciones informatizadas respecto a retenciones fiscales, etcétera.

De todos es conocido el proceso seguido por los bancos en defensa de sus nuevas y cada vez más sofisticadas operaciones frente a los requerimientos de la Administración hasta el punto de llegarse a iniciar los más variados pleitos ante diversas jurisdicciones que siempre han acabado, como no podía ser menos, en resoluciones amparadoras del principio de legalidad y en suma el precepto constitucional más arriba citado, superador de tendencias individualistas, que establece la función pública de la riqueza al subordinarla, sea cual fuere su titularidad, al interés general.

No obstante, cuando la polémica parecía cerrada e incluso habiéndose brindado recientemente la banca a colaborar con la Administración en la detección del blanqueo de dinero procedente del tráfi-

co ilegal, nos hemos encontrado con la sorpresa publicada en la prensa de que impedido por la Ley todo subterfugio de tipo contractual entre banco y cliente para burlar el Ordenamiento, las entidades bancarias han venido utilizando cuentas internas para amparar los fondos de sus depositantes que de otro modo no podían quedar opacos al Fisco. Con ello no sólo se ha vuelto a transgredir la legalidad vigente en cuando a que hoy por hoy únicamente pueden ser sustraídos al Fisco las inversiones en Pagarés del Tesoro, sino que además se han vulnerado las más elementales normas contables, que si bien permiten a las entidades bancarias distinguir cuentas diversas o innominadas para contener momentáneamente simples apuntes internos, no autorizan a utilizarlas para efectuar asientos más o menos perdurables en el tiempo y sobre todo representativos de fondos ajenos, amparados en contratos que deben reflejarse en los libros de contabilidad correspondientes.

Si los bancos constituyen una pieza fundamental en la política económica del Gobierno y como tales tienen su función tutelada por la Ley, gozando del carácter de entidades delegadas para la realización, aunque indirecta, de funciones públicas, justo es exigir a dichas entidades, de una vez por todas, transparencia en el ejercicio de su actividad con sometimiento absoluto a la legalidad vigente. Si, además, mediante importantes sumas procedentes de impuestos satisfechos por los ciudadanos fueron salvadas de la crisis diversas entidades bancarias no hace muchos años, existe una legitimación más que suficiente para exigir al poder financiero que asuma su cuota de responsabilidad para con la sociedad colaborando estrechamente con la Administración Pública en el cumplimiento de unas leyes que emanadas del pueblo, por vía democrática, sirven propiamente a los intereses de éste. Incluso el reciente descubrimiento del fraude al Estado en la recaudación del Impuesto sobre el Valor Añadido, aunque no involucra a las entidades bancarias como tales, sí parece afectar a determinados empleados de aquéllas, lo que ilustra una vez más el peligro que encierra una desmedida atención al cliente que llegue a vulnerar el Ordenamiento jurídico.

Por otro lado, no se puede tolerar que bajo pretexto de incrementar la cuota de mercado o de ganar en competitividad, respecto de las entidades financieras europeas que se asentarán en España a partir de la plena vigencia de la libre circulación de capitales en la CE, se lleven a efecto operaciones que incumpliendo preceptos legales persigan la consecución de importantes beneficios por cauces no aptos para ninguna sociedad mercantil y mucho menos para las entidades bancarias, estrechas colaboradoras de la Administración y piezas esenciales de nuestro sistema económico.

Ha llegado el momento de exigir de forma tajante a los bancos de este país que asuman plenamente su responsabilidad frente a la sociedad orientando su actividad hacia la prestación del servicio al que vienen obligados para con el Estado y los ciudadanos y cumpliendo escrupulosamente la legalidad vigente para la obtención de sus legítimos beneficios.

La desaparición del derecho

Remigio CONDE SALGADO

Sin entrar en mayores precisiones, basta decir que, desde hace décadas, en el campo del pensamiento riguroso hay un rechazo de las interpretaciones totalizadoras. Son muchas, y de la más variada índole, las razones que explican este hecho: históricas, filosóficas, científicas y políticas. De tales interpretaciones quedaba ya sólo una, el marxismo, y parece que acaba de desmoronarse. El marxismo ha perdido vigencia como ideología. Es verdad que, en este concepto, no ha sido defendido más que por los aparatos estatales y partidarios comunistas. Pero también lo es que ninguno de ellos ha aplicado realmente las ideas de Marx y Engels. Ni siquiera Lenin fue coherente consigo mismo. Los regímenes y partidos comunistas, por medio de algunas ideas marxistas, casi siempre manejadas abstractamente, han buscado la justificación ideológica de sus fines políticos.

Sin embargo, el marxismo no se ha extinguido como teoría. Continúa siendo un pensamiento que debe repensarse en cada momento histórico. Nada más torpe que, equiparándolo con la práctica comunista, darlo por muerto.

Todo pensamiento ha surgido de concretas razones, no arbitrariamente. Cuando el marxismo, como ahora está ocurriendo, aparece como superado, aunque jamás ha sido realizado, se impone la tarea, intelectualmente necesaria, de averiguar cuáles son sus posibilidades. En él hay bastantes ideas fértiles, con las que, en los diferentes campos del pensamiento y la práctica, hay que contar. Aquí quiero detenerme sumariamente sólo en una de ellas, que es de importancia para los juristas, y a la que éstos han prestado escasa atención, remitiéndose, cuando más, a tiempos futuros. Deberían haber hecho lo contrario: estudiarla, cada uno en su momento histórico. Me refiero a la teoría marxista de la desaparición del derecho.

Una aproximación al tema no puede prescindir de los puntos siguientes:

1.º El derecho está progresivamente invadiendo la sociedad. Y como tiene origen estatal, es el medio empleado por el Estado para conseguir sus fines. Un Estado que, no siendo más que uno de los instrumentos creados por la sociedad para organizarse, sin conferirle una validez absoluta, se ha convertido casi en el único, después de absorber en mayor o menor medida los demás. Y muchas organizaciones sociales, perdiendo su identidad, pretenden transformarse en estatales. Es algo que ya pasó a los partidos y sindicatos fascistas y comunistas cuando llegaron al poder. También los que son democráticos quieren arrimarse, cuanto más mejor, al Estado.

2.º Mientras la sociedad no se autorregule, el derecho es necesario hasta cierto punto. Pero ha crecido tanto, y seguirá imparablemente haciéndolo, que la esfera de la libertad está mermando. El derecho, que tiene una propia dinámica, va introduciéndose en dimensiones sociales que no lo necesitan. Aunque el jurista está familiarizado con él, por ser su cotidiana ocupación, a poca sensibilidad que tenga siente estupor ante la superabundancia legislativa, que ni siquiera él, experto en leyes, puede dominar. El ciudadano corriente, que siempre vio al derecho como un mundo ajeno, está más apartado de él cada día, y no puede hacerse ni siquiera una mínima idea de la normativa vigente.

3.º El Estado y el derecho, que no son otra cosa que instrumentos sociales, no paran de aumentar, a costa de la sociedad, la esfera de su respectiva actuación, un proceso que se ha acelerado en el mundo moderno. Es algo que, ya desde el siglo pasado, se veía venir, aunque entonces, predominando el Estado liberal, había la creencia de que tanto el Estado como el derecho debían existir en la menor cantidad posible. Uno de los méritos del marxismo fue darse cuenta, en tan temprana fecha, de lo que iba a suceder.

4.º La teoría clasista del derecho, que durante tiempo prevaleció en el pensamiento marxista, siendo mecánicamente utilizada con demasiada frecuencia, ha de ser contrastada con la realidad social presente, tan compleja que no puede reducirse a esquema, y cuya diferencia, en puntos esenciales, con la del pasado siglo, es un hecho evidente, y desconocerlo es sólo un prejuicio ideológico.

5.º Es curioso que dentro del marxismo, aunque siempre ha sido considerada como una de sus ideas fundamentales, la tesis de la desaparición del derecho no ha sido tema de prolongada reflexión por los marxistas que estaban en desacuerdo con la interpretación soviética, aunque era uno de los más eficaces argumentos para poner de manifiesto que ciertos Estados, que tanto apelaban al marxismo, estaban lejísimos de él.

6.º El marxismo ha defendido siempre que para la instauración de la plena libertad han de desaparecer el Estado y el derecho, y había previsto, aunque muy abstractamente, las fases que debería seguir ese proceso de extinción. Pero el tiempo transcurrido desde su formulación, durante el cual son de gran magnitud los cambios sociales que se han producido, obliga a tomarlos en consideración, analizando aquella tesis en función de ellos.

7.º En el mundo soviético esa idea fue científicamente examinada sólo por Pashukanis, quien pretendió, de acuerdo con ella, comprobar lo que en el

régimen soviético estaba pasando, pero con excesivo apresuramiento creyó que la planificación era la alternativa al derecho, cuando estaba ya claro que conducía a la dictadura, dejando a los ciudadanos sin libertades. El derecho, más que una restricción, en ese momento garantizaba la libertad.

8.º En un período histórico tan decisivo como el que estamos viviendo, cuando es un poco difícil que un régimen político no sea democrático, porque el clamor universal, pidiendo libertad, es casi imposible de desoír, hay que determinar, con la mayor precisión posible, cuál es el papel del derecho en la sociedad, sin dejarse llevar por la inercia, y lo que es peor, dándole mayor protagonismo.

9.º El Estado Moderno, con excesiva facilidad, produce leyes, siempre para aumentar la regulación jurídica, porque cree que cumple así mejor sus fines, que no coinciden, en muchos casos, con los de la sociedad, a la que fuerza, por medio de aquellas normas, a marchar en una determinada dirección, sin plantearse previamente la cuestión de establecer,

con claridad y precisión, cuáles son sus funciones y hasta dónde llegan.

10.º La desaparición del derecho es un factor utópico que dialécticamente actúa en la historia, por lo que, siendo consciente de él, es posible reconocerle la virtualidad que en cada situación le corresponde.

11.º Antes de regular jurídicamente algo que estaba fuera del derecho hay que reflexionar sobre si, al hacerlo estamos recortando injustificadamente la libertad y disminuyendo la actuación directa de la sociedad, o si, por razones eficaces, no queda más remedio que colocarlo en el campo del derecho, sin que el legislador pueda olvidar en ningún momento que en relación con la sociedad tiene una función subordinada.

12.º Una tarea urgente: privar de regulación jurídica las relaciones humanas, sociales o personales que deben desarrollarse para que el hombre sea más libre, al margen del Estado, reintegrándolas a la dinámica de la sociedad.

tirant lo blanch

PUBLICACIONES JURIDICAS  **libros**

NOVEDADES • NOVEDADES • NOVEDADES

VICTIMOLOGIA

G. Landrove Díaz (1.550 pts.)

MANUAL DE DETERMINACION DE LA PENA

J. Llorca Ortega (1.900 pts.)

LA PRESTACION POR DESEMPLEO

C. Viqueira Pérez (2.950 pts.)

LEYES PROCESALES PENALES

Anotadas con Jurisprudencia y concordancias

J. Almagro Nosete - V. Gimeno Sendra (2.900 pts.)

DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL

M. Cobo del Rosal - T.S. Vives Antón - J. Boix Relg - E. Orts Berenguer - J.C. Carbonell Mateu (6.500 pts.)

Precios con IVA incluido

C. Artes Gráficas, 14. Telf.: (96) 361 00 48/50 Fax: (96) 361 54 80 - 46010 VALENCIA

Compañera en precario*

Julio PICATOSTE BOBILLO

He aquí la situación de hecho: Francisco y Eugenia habían decidido vivir juntos y así lo hicieron manteniendo una pacífica convivencia durante diez años en el curso de la cual nace un hijo; surge el desafecto, y Francisco, decidido a romper con su pareja y poner fin a aquella convivencia, consulta con su abogado para saber qué puede hacer legalmente para romper definitivamente con su compañera, y, sobre todo, para expulsarla de la vivienda de su propiedad donde se habían instalado y vivido durante aquellos diez años. El instrumento jurídico procesal que se pone en marcha para atender a las aspiraciones de Francisco es el precario: ¿acaso no está Eugenia disfrutando de la vivienda sin título alguno?, ¿no es cierto que Francisco es, en definitiva, un propietario tolerante del uso de que disfrutaba hasta ese momento su compañera? Y, sobre todo, se dice el abogado ¿dispone de otro medio o procedimiento para desembarazarse de una convivencia ya enojosa y recuperar el pleno disfrute de su propiedad hasta entonces compartido?

El anterior conflicto surge en el seno de lo que no es si no un ejemplo de las llamadas uniones extramatrimoniales de rica terminología en el término doctrinal que hace uso de expresiones como «uniones libres», «concubinatos», «parejas no casadas», «uniones de hecho» y aun «familia de hecho», todas ellas con un valor no siempre igual; en todo caso, el Código Civil no tiene acuñada ninguna denominación especial; se diría que, en cierto modo, se muestra esquivo a adoptar o acoger un término de los enunciados anteriormente de los que pudiera percibirse una connotación institucionalizadora; las referencias del texto legal lo son a la convivencia marital (véanse los artículos 320.1 y 101) sin aspiración de diseñar término conceptual alguno. Se trata en todo caso de situaciones frecuentes en la realidad social que el Derecho no ha podido ignorar en la medida que su cada vez más aceptada presencia va convirtiéndose en situación referencial de problemas de índole jurídico a los que, como se dice, el ordenamiento ha de prestar atención.

Inicialmente el matrimonio aparece como vía nor-

mal para la constitución de la familia; tal es, por ejemplo, la concepción del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que después de proclamar que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, añade que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. De semejante tenor es el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York en el que después de entronizar a la familia como elemento básico de la sociedad (se utilizan los mismos vocablos de «natural y fundamental») la hace acreedora a la más amplia protección y asistencia. Ello, no obstante, ha ido cimentándose la idea de otras formas de relación, no reglada de acuerdo a aquellas pautas conyugales o matrimoniales, pero que también pueden ser tenidas como fuente de relaciones de orden familiar, al punto de que se haya caracterizado la unión extramatrimonial como una fórmula familiar alternativa¹. Desde esta perspectiva se destaca la línea del artículo 39 de la Constitución, del que, cuando menos, hay que decir que no posterga las uniones extramatrimoniales en la medida que dicho precepto está haciendo referencia a las relaciones de familia tanto matrimoniales como extramatrimoniales, y en cuanto a éstas está asegurando unos niveles mínimos de protección².

Aunque con desigual nivel, la unión extramatrimonial tiene reconocimiento en el derecho comparado, si bien con mayor aceptación en el hispanoamericano; mayor resistencia han ofrecido los ordenamientos europeos en punto al reconocimiento de eficacia jurídica a las relaciones estables de parejas no unidas por vínculo matrimonial. Más allá de la despenalización del adulterio y amancebamiento poco se ha recogido en los textos legales en el orden que comentamos, muy probablemente porque pueda aun subyacer cierta idea de la ilicitud de la unión extramatrimonial. Pero la pujanza social ha tenido su reflejo en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial obligados a la contemplación del caso concreto y sen-

* Este artículo se elabora sobre la base y desde la línea argumental de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de noviembre de 1990, cuyo contenido se incorpora sustancialmente a este texto

¹ Merino Gutiérrez, A. «Las uniones libres y su perspectiva actual (Las parejas no casadas)». *La Ley*, 1988.

² Merino Gutiérrez, A. «Las uniones.» *loc cit.* entiende que el artículo 39 de la Constitución comprende tanto las relaciones estables de familia no matrimoniales como a las matrimoniales. «No se puede negar que la única regulación constitucional de las relaciones heterosexuales es la del matrimonio, pero no es menos cierto que la noción de familia no abarca solamente a este

último, sino, además en su caso, a las llamadas uniones libres» (...). «El análisis de la Constitución Española del 78 me lleva, pues, a considerar que las uniones libres no están prohibidas por la misma y pueden ser, en consecuencia, objeto de protección jurídica, sin que necesariamente éstas deban considerarse como un matrimonio de segundo grado o de peor condición, simplemente se trata de una fórmula familiar alternativa.» De signo diferente es la opinión de Garrido de Palma, V. M. y Regojo Otero, A. «La familia no matrimonial (estudio sobre el concubinatos) en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, nov., num. 5, pp. 613-625

sibles a un fenómeno de inevitable y creciente presencia social; por ello desde esa experiencia se ha dicho que la familia jurídicamente relevante no es sólo la fundada en el matrimonio, toda vez que el propio legislador va contemplado el instituto de la adopción.

Que las relaciones de afectividad no matrimoniales han tenido cabida en el marco legislativo para reconocerles una relevancia jurídica hasta hace poco impensable es algo ya constatable en el ordenamiento jurídico español; baste para ello recordar los artículos 11 y 18 del Código Penal en los que, a propósito de las denominadas circunstancias mixtas, en el primer caso, y del encubrimiento entre parientes, en el segundo, se equipara la relación de afectividad a la matrimonial. Igual equiparación se produce en el artículo 101 del Código Civil al regular las causas de extinción del derecho a pensión compensatoria, entre las que se cita la de contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Difícilmente imaginable era hace unos años que la Ley Orgánica del Poder Judicial pudiese contemplar entre las incompatibilidades para pertenecer simultáneamente a una misma Sala la circunstancia de Magistrados que estuvieren unidos por situación de hecho equivalente al vínculo matrimonial; así lo hace el artículo 391 de aquella ley. Ya en el ámbito de la Seguridad Social es de recordar la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio en cuyo apartado segundo se reconoce derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que refiere su apartado primero, a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha de promulgación de aquella ley, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la Ley de Divorcio. Por otra parte, la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 extendía la asistencia sanitaria a aquel que sin ser cónyuge vive maritalmente con el titular del derecho; por último la recomendación 67 de la OIT propugna la atribución de las prestaciones por muerte no sólo en favor de la viuda, sino también de la mujer que aun no casada cohabitaba con el fallecido.

Algunas resoluciones judiciales han reconocido a las uniones extramatrimoniales ciertas consecuencias en el ámbito jurídico que implican, en determinadas áreas, la equiparación con la pareja matrimonial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986 negó el derecho de viudedad foral aragonesa a la esposa legítima, manteniendo, en consecuencia, la validez de la cláusula testamentaria en que se lega el usufructo vitalicio de una casa a la compañera del fallecido; bien es cierto que la resolución se sitúa en la perspectiva de la teoría del abu-

so del derecho en que entendía incurrir la pretensión de quien, pretendiendo el derecho de viudedad foral aragonesa, había vivido en situación de ruptura matrimonial mantenida desde el año 1934 hasta 1981, aspirando mediante la pretendida efectividad de aquel derecho la obtención de bienes a cuya adquisición no había contribuido y ello en detrimento de la equidad y perjuicio de la persona que había convivido con el causante desde 1938 hasta 1981.

En el ámbito de la llamada jurisprudencia provincial es de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986 que admitió el convenio celebrado por pareja estable sometiendo al régimen de gananciales sin haber contraído matrimonio; basa dicha admisibilidad en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, puesto que aquel convenio ni es contrario a las leyes, ni a la moral, ni a las buenas costumbres y, además, en la idea de que aunque el pacto o convenio de ganancialidad se contemple en el Código Civil para el matrimonio, nada prohíbe aplicar a una pareja no matrimonial las consecuencias de aquel régimen cuando así se pacta expresamente y concurren los requisitos del artículo 1261 del Código Civil³.

La Sentencia de 15 de mayo de 1986 de la Audiencia Provincial de Bilbao deniega la prórroga forzosa por causa de necesidad fundada en el hecho de que el hijo del propietario mantenía relación de afectividad y de hecho en convivencia marital; invoca la interpretación sociológica de las normas al amparo del artículo 3.1 del Código Civil y trae a colación diversos textos legales donde, de una u otra forma, se contemplan las situaciones extramatrimoniales. En el mismo ámbito arrendaticio urbano la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de junio de 1986⁴ reconoce a la mujer convivente de hecho —sin vínculo matrimonial— el derecho de subrogación en el arrendamiento en caso de fallecimiento del inquilino con el que aquella convivía de manera estable. La sentencia decide mantener a la apelante —convivente de hecho— en el derecho arrendaticio salvando el conflicto planteado entre el *ius strictum* y el *ius aequum* con la invocación de los artículos 10, 14, 16, 24, 32, 39 y 47 de la Constitución, el criterio interpretativo —también aquí— del artículo 3 del Código Civil, el paralelismo que el caso concreto tenía con la norma 2.ª de la Disposición Adicional 10.ª de la Ley 30/1981 y, finalmente, con una llamativa aplicación analógica del artículo 1957 del Código Civil a la adquisición del derecho a subrogarse en el arrendamiento de una vivienda por la posesión pública del estado matrimonial.

No obstante las referencias legislativas más arriba indicadas y las incursiones jurisprudenciales al hilo de conflictos determinados, no hay uniformidad

³ En oposición a este criterio, también sustentado por Merino Gutiérrez, A. en *loc. cit.*, se manifiesta Garrido de Palma, V. M. y otra *loc. cit.*: «a un pretendido contrato de "menage" o a unas "seudocapitulaciones paramatrimoniales", con obligaciones personales y con efectos patrimoniales (bienes, deudas, responsabilidades...), calcado prácticamente de la regulación legal del matrimonio y sus efectos propios, no debe dárseles eficacia en Derecho, al faltar la premisa básica, el matrimonio». Conviene señalar que el primer autor citado limita la admisibilidad de aque-

llos pactos o convenios a los aspectos patrimoniales, nunca a las relaciones personales, único aspecto a que, entiendo, puede afectar cualquier pacto entre personas no unidas por matrimonio en punto a la regulación de sus relaciones de convivencia futura. Sobre este tema *vid.* también Muñoz de Dios, G. «Regimen económico en las uniones extramatrimoniales». *La Ley*, 30-VI-1987.

⁴ *Vid.* Fuentes Lojo, J. V. «La subrogación en el arrendamiento de viviendas de los unidos extramatrimoniales» que comenta la citada sentencia. *La Ley*, 1987.

doctrinal en torno a la figura jurídica a cuyo amparo pudieran encontrar adecuada regulación los intereses en juego en determinados casos de uniones libres o extramatrimoniales. Si en otro tiempo los convenios o pactos reguladores de convivencia extramatrimonial por los convivientes pudieran encontrar el escollo de la inicial estimación de la relación como ilícita o inmoral y, por ello mismo, inadecuada para servir de sustento a relaciones jurídicas, la concepción actual en el orden social debe descartar tal impedimento. Varias son las figuras jurídicas que se han manejado para su aplicación a las relaciones convivenciales de hecho, entre ellas la empresa familiar, la relación laboral, la sociedad universal, la comunidad de bienes o intereses e, incluso, la teoría del enriquecimiento injusto. Con independencia de aquellas hipótesis en las que haya precedido una previa convención entre partes que permita la asimilación expresa a una determinada figura, la perspectiva de cada conflicto en particular inclinará la opción por una u otra figura jurídica. Desde un punto de vista general y, sobre todo, con referencia a los supuestos en los que exista un pacto mínimamente regulador, parece que las figuras de mayor proximidad son las que contemplan los artículos 1672 del Código Civil —sociedad de todos los bienes presentes o de todas las ganancias— y 392 y siguientes del mismo texto normativo que regulan la comunidad de bienes para cuya configuración hay libertad de pacto. Por lo demás, nada se opondría a la admisión de pactos o convenios que llevasen a la asimilación de las uniones extramatrimoniales a las figuras expresadas, o cualquier otra regulación de los aspectos patrimoniales, incluidos aquellos modelos expresamente diseñados para el matrimonio.

Hemos de retomar aquí el punto de partida y volver al supuesto de hecho allí planteado en el que se cuestiona la viabilidad del juicio de desahucio para materializar la ruptura de la convivencia de la pareja y obtener la expulsión de la mujer del que hasta entonces había sido sede y domicilio de ambos convivientes. Se trata, por otro lado, de un caso en el que, como es común y habitual, ningún pacto o convenio presidía la vida en común ni en orden a los intereses económicos, ni en lo relativo al uso de la vivienda común ni previsión alguna sobre el modo de liquidar la situación de comunidad creada para el supuesto de romperse el efecto convivencial. Como acontece en la mayoría de los casos no hay en el caso de Francisco y Eugenia otro elemento de juicio o dato valorativo que la mera y nuda situación de hecho que sólo por la forma de convivencia con-

tinuada y estable por tiempo de diez años, en unión del menor nacido en el curso de aquella convivencia, permite entender que, cuando menos tácitamente, se constituye un haz de vínculos o relaciones con la fortaleza y vigencia propias del efecto solidificador que el tiempo proporciona en las relaciones estables cuyo substrato es una voluntad tácita en el mantenimiento de determinados vínculos con especiales efectos y que, por ello, será susceptible de producir determinadas consecuencias jurídicas. En todo caso, parece que, en defecto de convención expresa, sí hay que afirmar que la convivencia continuada de la pareja establecida sobre la base de una verdadera «efectividad» entre convivientes, con visible propósito de crear —cual ocurría en este caso una situación convivencial estable, manifestada en el tiempo, es fuente de un entramado de relaciones de diversa índole —personal y patrimonial— que trasciende lo puramente convivencial con inevitables consecuencias en el orden jurídico. Todo ello significa fundamentalmente: A) Que en situaciones como la definida puede apreciarse, cuando menos, una situación de comunidad de intereses —o de bienes, en su caso— cuyas consecuencias no pueden resolverse mediante el expeditivo instrumento procesal del desahucio por precario para materializar así una ruptura de convivencia, pues sobre conducir a situaciones que pueden albergar graves atentados a la equidad, aquella situación compleja derivada de la prolongada vida en común, construida con designio de formar una pareja estable, no puede liquidarse mediante reducción al esquema simplista del precario y no tanto por la inadecuación procedimental como porque el disfrute de la vivienda en la mera tolerancia o liberalidad del dueño que excusase del pago de merced, lo que nos lleva a la segunda reflexión; B) La razón de ocupar la vivienda litigiosa no es, en modo alguno, una mera tolerancia o graciosa concesión del propietario, sino la comunidad de vida —e intereses por tanto— recíprocamente proyectada, aceptada y mantenida a lo largo de diez años; este substrato histórico, asentado en una voluntad concordada de ambos nada tiene que ver con el que es propio de las hipótesis de la entrega de una cosa en precario. No cabe tampoco pensar que el término de aquella convivencia extramatrimonial implique el fin de la largueza del conviviente dueño del piso, puesto que, como se viene diciendo, la situación originada que determinó el disfrute del bien no es la correspondiente a una mera posesión en precario, sino que trae causa de un *status* comunitario radicalmente distinto, no legitimador del juicio de desahucio.

ESTUDIOS

A propósito del nuevo borrador de anteproyecto de Código Penal parte general (octubre de 1990)

Francisco BUENO ARUS

1. Introducción

La relación de dependencia que vincula a las leyes penales de un Estado con su régimen político es cuestión pacíficamente aceptada por la doctrina, toda vez que dicho régimen condiciona necesariamente la Política criminal de los poderes públicos en orden a los bienes jurídicos dignos de protección, los comportamientos punibles y las penas aplicables y su ejecución, sin olvidar su incidencia en la organización judicial, el desarrollo y las modalidades de proceso, y las garantías procesales¹. Se podría, por ello, formular el principio de que cada Constitución política ha de ir acompañada de un Código penal coherente con sus postulados, y encontrar la plasmación práctica de tal principio en la Historia de España, donde, en efecto, se advierte que desde Fernando VII cada cambio importante de régimen ha producido su propio Código penal² (aunque pueda sostenerse con fundamento que conservando en todo caso las líneas maestras del de 1848), con la excepción, sin embargo, de la I República (no hubo tiempo material para elaborar un Código republicano) y de la Restauración borbónica, las cuales prolongaron en consecuencia la vigencia del Código penal *de verano* de 1870, haciendo de él, en contraste con la provisionalidad con que fue promulgado, el Código penal de más larga vida entre nosotros, aunque, naturalmente, no sin reiteradas modificaciones³.

El régimen democrático que se inaugura en 1975 también parece querer ser incluido en el grupo de las excepciones. Promulgada la nueva Constitución de 1978, que no solamente en sus principios gene-

rales, sino también en normas muy concretas afecta directamente al Derecho penal⁴, aún no ha visto la luz el texto legislativo, tan *deseado*, al parecer, como en su momento lo fue Fernando VII, al que ya se conoce, antes de nacer, con el nombre y apellidos de «Código penal de la Democracia». Un primer proyecto, elaborado por el Gobierno de UCD en 1980, siendo ministro de Justicia Iñigo Cavero, no pasó de su publicación como tal en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de enero de dicho año, caducando con la correspondiente legislatura⁵. Un segundo intento, por el Gobierno del PSOE, en 1983, siendo ministro de Justicia Fernando Ledesma, ni siquiera llegó formalmente a proyecto, publicándose como «propuesta de anteproyecto»⁶. El primero de dichos textos fue elaborado por la Comisión General de Codificación, y el segundo, por una Comisión *ad hoc*, pero su destino resultó ser el mismo: el reino de las sombras, si bien se ha de reconocer que de ambos, y muy especialmente del último, procede gran parte de las numerosas reformas parciales que en los últimos diez años han torturado el viejo cuerpo legal de 1848-1973, para desesperación de intérpretes y aplicadores de las leyes penales⁷. Tal vez constituya una paradoja inherente a nuestra peculiar manera de ser que un Código *de verano* pueda estar vigente cincuenta años y un Código *definitivo* no alcance definitivamente su definitiva versión a lo largo de diez años, aun no habiendo recurrido a los dilatados métodos codificadores germánicos, que, ciertamente, no han influido sobre nosotros.

Así las cosas, el Ministerio Múgica ha presentado a la opinión pública, en octubre de 1990, un borra-

¹ Vid. por todos, Rodríguez Devesa. *Derecho penal español. Parte general*, 13ª edición puesta al día por Serrano Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 1990, p. 16.

² Barbero Santos: *Política y Derecho penal en España*, Tucar Ediciones, Madrid, 1977.

³ Nuñez Barbero: *La reforma penal de 1870*, Universidad de Salamanca, 1969.

⁴ Bueno Arus: *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio 1979, pp. 25 y ss.

⁵ Ruiz Vadillo: *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

⁶ Vid. *V Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 6 monográfico, 1983, *Numero monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, Documentación Jurídica, núm. 37-40, enero-diciembre 1983.

⁷ «Desdichado el penalista que tiene que asistir a este espectáculo» (Gimbernat Ordeig: *Código penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, 7ª edición, p. 15).

dor de nuevo Anteproyecto de Código penal, también elaborado por una Comisión *ad hoc*⁸, prometiéndose la parte especial para el mes de febrero próximo. Aunque este Anteproyecto, por comprensibles razones ideológicas, repite en gran parte el texto de 1983⁹, presenta novedades, por acción o por omisión, que deben ser puestas de relieve a fin de que no queden al margen de la discusión doctrinal que se ha de generalizar inmediatamente, novedades que, claro es, responden a la Política criminal, *hic et nunc*, del partido en el poder y de sus asesores jurídicos. Las presentes páginas responden, sin mayores pretensiones, al modesto deseo de presentar con la mayor inmediación posible un cuadro completo de los mencionados cambios, cuya *ratio iuris* en muchos casos sólo puede intuirse ante la falta de exposición de motivos con que comparece en público el Anteproyecto¹⁰.

2. Garantías penales y aplicación de la ley penal

El título preliminar del Anteproyecto (arts. 1 a 8) se refiere al principio de legalidad en materia de delitos, penas y medidas de seguridad; al fundamento de las penas y medidas de seguridad; al principio de no retroactividad y de retroactividad de la ley penal más favorable; a la aplicación de la ley penal en el tiempo, a las reglas del concurso de normas penales, y a la aplicación subsidiaria del Código a los delitos y faltas regulados por leyes penales especiales.

El principio de legalidad y el de judicialidad (arts. 1 y 2) responden en su formulación a criterios tradicionalmente aceptados por la doctrina. Solamente advierto dos novedades respecto de la redacción de 1983. La primera, a mi juicio importante, consiste en la supresión del precepto que expresamente prohibía la analogía *in malam partem* y permitía la analogía en lo favorable, supresión que me parece injustificada (al no resultar suficiente lo dispuesto en el art. 4.2 del Código civil), porque tal precepto hubiera contribuido a clarificar el panorama (y ello resulta siempre deseable en el terreno del Derecho penal, en el que las contradicciones, ambigüedades, sobreentendidos y conceptos indeterminados deben ser eliminados con más radicalidad que en otras ramas del ordenamiento con el fin de que el principio de legalidad tenga realidad sustantiva y no se quede meramente en el plano de lo formal) y porque, cuando se pretende promulgar un Código que sea verdaderamente nuevo, no se debe confiar demasiado en la supervivencia a su margen de criterios largamente mantenidos por una tradición exclusivamente doctrinal.

La segunda novedad a la que me refiero más arri-

ba es de poca monta y consiste en ordenar al juez que desee sugerir una reforma legislativa o un indulto que acuda al Gobierno, y no «al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial», como decía el texto de 1983. Tal vez dicha supresión responde a que ya no se contempla, como se contemplaba en un principio, al Consejo General del Poder Judicial como un intermediario entre los jueces y el Poder Ejecutivo¹¹.

El principio de no retroactividad, la retroactividad de la ley más favorable y las leyes temporales (art. 5) se mantienen en los mismos términos.

El fundamento y límites de las penas y medidas de seguridad aparecen aludidos en los artículos 3 y 4. Respecto de las penas, se sustituyen las expresiones «no hay pena sin dolo o culpa» (art. 1 del CP vigente) y «no hay pena sin dolo o imprudencia» (texto de 1983) por «no hay pena sin culpabilidad» (art. 3.2), que tiene sin duda mayor alcance garantizador, en cuanto que la estructura de la culpabilidad no se reduce a sólo sus formas, al abarcar asimismo la exigibilidad de otra conducta. También por ello entiendo conveniente (o, al menos, clarificador) la conservación ya aludida de un precepto que hubiera autorizado sin lugar a dudas la apreciación por analogía de causas de no exigibilidad de otra conducta. El silencio adoptado en este punto obligaría, en su caso, a tratar de alcanzar el mismo resultado, con menor seguridad, a través de una interpretación a *sensu contrario* del artículo 1.1 y de una valoración elástica de «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas» (art. 3.1 del CC).

Novedoso es el artículo 3.1 («La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos»), que responde a bien conocidas preocupaciones doctrinales, partidarias del llamado *principio de intervención mínima*¹². Pero lo que de suyo habría de constituir un principio de Política criminal dirigido al legislador, a fin de que no tipifique como delitos acciones que no representen un daño o un peligro para un bien jurídico, en el Anteproyecto aparece como un fundamento o como un límite de la pena. Ello permite cuestionarse la *ratio* del precepto, pues, si con base en el mismo se hace posible que el juez deje de aplicar una pena cuando no haya resultado o cuando entienda que se trata de un «delito sin víctima», no obstante la existencia del correspondiente tipo penal (en una última versión del ahora ensalzado «principio de oportunidad»), las consecuencias pueden ser imprevisibles, mas, en otro caso, no se advierte la utilidad del precepto.

El artículo 4.1, que fundamenta expresamente las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal postdelictual, es nuevo y digno de elogio, aunque quizá le haya faltado completar su contenido con una definición legal de «peligrosidad criminal», que

⁸ Constituida, al parecer, por D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y D. Carlos García Valdés, catedráticos de Derecho penal; D. Manuel García Miguel, Magistrado del Tribunal Supremo, y D. José María de Paz Rubio, Fiscal (*Diario 16*, 14 octubre 1990).

⁹ «En un 80 por 100, o quizá más, coincide con la Propuesta de Anteproyecto del 83» (Cobo del Rosal, cit. por D. Lozano: *Un Código para la Democracia*, Diario 16, 14 octubre 1990, p. 1).

¹⁰ Rovira Florez de Quiñones: *Valor y función de las «exposiciones de motivos» en las normas jurídicas*. Universidad de San-

tiago de Compostela, 1972; Ezquiaga Ganuzas: *Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos*, Revista Vasca de Administración Pública, num. 20, enero-abril 1986, pp. 27 y ss.

¹¹ Vid. sobre el tema, *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Editora Nacional-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983.

¹² Vid., por todos, Muñoz Conde. *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 47 y ss. y 59 y ss.

a mi juicio no resulta superflua ante lo poco preciso del término¹³, si bien por tal puede entenderse «la probabilidad de comisión de nuevos delitos», aludida en el artículo 88, 1, 2.ª. El artículo 4.2, que hace proporcional la medida a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad del hecho cometido, no representa novedad alguna, al proceder del artículo 88.1 del texto de 1983¹⁴.

Para la aplicación de la ley penal en el tiempo, se sigue considerando cometido el delito «en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar» (art. 6), silenciando por inútiles, las remisiones anteriores a lo dispuesto sobre desistimiento en la tentativa o sobre prescripción de la pena. Se han suprimido también los preceptos relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio, tal vez porque los mismos pasaron a formar parte del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985; ahora bien, ni en esta última Ley aparece un precepto semejante al artículo 11 de la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 («A los efectos de aplicación de la ley penal española en el espacio, el delito o falta se considerarán cometidos en todos aquellos lugares en los que el autor haya actuado u omitido la acción o en los que se haya producido el resultado»), necesario para resolver posibles conflictos de jurisdicción en el ámbito internacional¹⁵, ni, por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial es el lugar adecuado para regular materias sustantivas como lo son esencialmente las reglas relativas a la aplicación de las leyes, no obstante su innegable conexión con las reglas sobre competencia judicial. Procede, pues, seguir el imitable ejemplo del texto de 1983 y rechazar las razones, meramente coyunturales, que han llevado a perpetuar en 1985 el error de colocación de que ya adolecía la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

No hay novedad en las reglas sobre concurso de normas penales (art. 7) y sobre aplicación subsidiaria del Código penal (art. 8), y todas ellas merecen apoyarse: las primeras, por colmar legislativamente una rechazable laguna que hasta ahora había de ser colmada doctrinalmente en aparente contradicción con el artículo 68 del Código vigente (y, por lo tanto, abundando en confusiones que no deben tolerarse desde la indicada perspectiva del principio de legalidad y su correlato, la seguridad jurídica); y la última, por reforzar el carácter de *Derecho común* que han de tener los Códigos, cada uno en su respectiva rama y el Código civil, además, respecto de todo el ordenamiento jurídico (art. 4.3 del mismo), si es que el principio de unidad del ordenamiento ha de tener algún significado práctico¹⁶.

Tal vez en el nuevo artículo 7 no hubiera estado de más definir qué se ha de entender por «precepto

especial». Insisto en que la seguridad de las normas penales requiere la mayor precisión, incluso en el terreno de las deficiones (y esta idea había de ser un principio rector en la parte especial del Código). No faltará, sin duda, quien prefiera la *flexibilidad* a la certeza de la ley, confundiendo acaso seguridad con anquilosamiento. Conviene, al menos, reflexionar sobre el porqué de las numerosas definiciones con que nos obsequian a menudo las normas administrativas y de su parquedad, por el contrario, en las normas penales, ampliando peligrosamente el ámbito de aplicación del arbitrio judicial, curiosamente más lato a veces en materia de fijación de los presupuestos que de determinación de las sanciones penales¹⁷.

3. La infracción penal

Los artículos 9 a 23 del Anteproyecto componen el título I del libro I, dedicado a la infracción penal: delitos y faltas, causas que eximen de la responsabilidad criminal; circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas; concepto de autoridad y de funcionario a efectos penales.

El concepto de delito (grave o menos grave) y falta, y la punibilidad de las infracciones imprudentes sólo en los casos previstos por la ley, se regulan como en 1983. La preocupación por el principio de legalidad a que responde la última regla indicada, inspira también el artículo 10, nuevo, que prevé expresamente la punibilidad de los delitos de comisión por omisión «cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación», precepto que se queda a medio camino, en cuanto que omite todo criterio que facilitaría al intérprete establecer dicha equivalencia.

En materia de error, se prevén reglas similares a las vigentes en torno al error invencible o vencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal o sobre su ilicitud, pero se añade un nuevo párrafo, para precisar que el «error sobre un elemento del hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante» impedirá su apreciación (art. 13.2), lo que no parece tener otro alcance sino el de aclarar que la expresión «elemento que agrave la pena» (Código vigente y Propuesta de 1983) ha de abarcar tanto los elementos típicos como las circunstancias agravantes propiamente dichas, a efectos de su no apreciación (lo que dará lugar, en su caso, a la aplicación del pertinente tipo subsidiario)¹⁸.

La conspiración, proposición y provocación para delinquir, que «sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley» y que la Propuesta de 1983 consideraba expresamente grados de eje-

¹³ Landecho: *Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, en el libro colectivo *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 245 y ss.

¹⁴ Sobre el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, que procede, como tantas cosas, del Derecho alemán, vid. Jorge Barreiro. *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, p. 148

¹⁵ Vid. sobre este tema, Schutte. *Projet de Rapport du Comité Restreint d'Experts sur la Competence Extraterritoriale*, Docu-

mentos PC-R-EJ (88) 1 y (88) 2, Consejo de Europa, Estrasburgo, 20 enero y 18 febrero 1988.

¹⁶ Vid., por todos, Castro y Bravo: *Derecho civil de España. Parte general*, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, 3.ª edición, p. 63.

¹⁷ González García: *El arbitrio judicial y el Código penal vigente*, Anuario de Derecho penal, mayo-agosto 1951, pp. 253 y ss

¹⁸ Maqueda Abreu: *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 21, 1983, pp. 699 y ss.

cución, se definen como en la actualidad. Se ha suprimido la referencia a la apología del delito, lo que, si no es subsanado adecuadamente en la Parte especial, constituiría, a mi juicio, una exagerada concesión a la libertad de expresión, valorando tal vez como un «tipo de censura previa» la conminación con penas de actos que en sí mismos representan un peligro, a veces más serio que la tentativa, para los derechos fundamentales que el mismo texto constitucional (art. 20.4) considera como límites de la libertad de expresión¹⁹.

La tentativa (sin frustración) se regula como en 1983, con dos variaciones: de una parte, desaparece la tradicional referencia a la punibilidad de la tentativa imposible; de otra, se incluye en la ley el criterio doctrinal²⁰ de que, en caso de participación criminal, quedarán impunes los partícipes «que desistan de la ejecución ya iniciada o impidan voluntariamente la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito» (art. 18). La primera modificación parece dar a entender que «los casos de imposibilidad de producción de un delito» deberán valorarse en el futuro como supuestos de atipicidad, pero pienso que el juez solamente compartirá este criterio en los casos de imposibilidad absoluta, en tanto que la relativa habrá de seguir siendo considerada tentativa, porque en ella se da realmente un comienzo de ejecución del delito, peligroso para el bien jurídico protegido. La segunda modificación es loable, por clarificar una situación discutible y por propiciar igualmente la mayor extensión del principio de no intervención de la ley penal y de los motivos para desistir de un delito planeado o incluso comenzado, en beneficio de la víctima.

4. Circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad

Las causas que eximen de responsabilidad criminal, en el artículo 19 del Anteproyecto, son: la enajenación, el trastorno mental transitorio, la intoxicación plena, la menor edad, la alteración grave de la conciencia de la realidad, la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En relación con la Propuesta de 1983 y también con el Código penal vigente, se han suprimido la fuerza irresistible y la obediencia debida (ya la Propuesta de 1983, a su vez, había suprimido la referencia expresa al caso fortuito).

Seguramente la fuerza irresistible y el caso fortuito se han eliminado por considerar superflua su referencia, puesto que en el primer caso no hay ac-

ción, y en el segundo no hay dolo ni culpa, es decir, falta en ambos un elemento esencial para la existencia incluso meramente formal de delito, conforme al artículo 9 del Anteproyecto, pero entiendo una vez más que, cuando se trata de hacer claro al ciudadano el alcance de las leyes penales, «lo que abunda no daña»²¹. La supresión de la obediencia debida llama más la atención, por cuanto aquí se plantea un conflicto de normas jurídicas, que si no se resuelve debidamente dará lugar a responsabilidad criminal (por cumplimentar la orden injusta o por desobedecerla), y que, a mi juicio, no siempre se podrá resolver valorándolo como un caso de estado de necesidad, de cumplimiento de un deber o de error de prohibición²².

Las eximentes cuyo ámbito ha sido modificado, son dos: la menor edad y el miedo insuperable. La primera, para mantener el límite de dieciséis años, lo que será sin duda muy mal recibido por un sector de la doctrina, que, con el beneplácito del propio PSOE²³, ha venido exigido la rebaja a los dieciocho años, más por razones de temor a las consecuencias perniciosas del internamiento de menores que por creer en la menor madurez mental de los jóvenes de nuestro tiempo, lo que no resulta convincente²⁴. El miedo insuperable, por su parte, pierde el conocido límite «de un mal igual o mayor», y ello permitirá mejor que en la actualidad la diferenciación del estado de necesidad de una eximente de puro carácter subjetivo, pero puede hacer también más inestable el ámbito de apreciación de una circunstancia que no se encuentra ya borrosamente a medio camino entre el trastorno mental transitorio y el simple arrebato u obcecación²⁵.

El artículo 20 reproduce la lista de circunstancias atenuantes que figuraba en el texto de 1983, si bien suprimiendo «la de obrar por motivos de notorio valor social», que podía resultar discutible pero que no es desde luego superflua, y añadiendo «la de ser el culpable menor de dieciocho años», lógica al mantener el límite de la menor edad como eximente en los dieciséis años, y las atenuantes «de análoga significación que las anteriores», cuya constancia expresa hace temer de nuevo, en virtud del principio *inclusio unius exclusio alterius*, por las posibilidades reales de que la jurisprudencia acepte las eximentes por analogía, lo que a mi juicio hubiera podido ser verdaderamente progresivo²⁶, aunque tal vez peligroso para jueces que no supieran conectar con la realidad social y prescindir de sus prejuicios ideológicos.

Las circunstancias agravantes se repiten en los mismos términos que utilizaban la Propuesta anterior, aunque suprimiendo la de «obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en los delitos con-

¹⁹ Terrón Montero: *Libertad de expresión y Constitución*, Documentación Administrativa, num. 187, julio-septiembre 1980, pp. 201 y ss.; González Guitián: *La apología en la reforma penal*, en *V Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, num. 6 monográfico, 1983, pp. 381 y ss.

²⁰ Rodríguez Devesa: *op cit*, p. 821

²¹ López de Oñate: *La certeza del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1953

²² Queralt Jiménez: *La obediencia debida en el Código penal*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 307 y ss.

²³ Serrano Gómez: *La mayoría de edad penal en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (edad penal y edad criminológica)*, en *V Jornadas de Profesores de Derecho penal*, cit., pp. 609 y ss.

²⁴ La «fijación de la edad penal a los dieciocho años» viene expresamente prevista en *Por el cambio. Programa Electoral Partido Socialista Obrero Español*, Madrid, 1982, p. 35

²⁵ Díaz Palos: *Miedo insuperable*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo XVI, Barcelona, 1978, pp. 345 y ss.

²⁶ Cerezo Mir: *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, 3.ª edición, p. 405

tra las personas»; quizá rechazada por su indeterminación o por su lejano parecido con los *tipos de autor*, quizá recuperada o recuperable al configurar los tipos de asesinato y de torturas en la Parte especial. La inexistencia de tal circunstancia en las leyes a lo largo de toda nuestra historia penal demuestra acaso su falta de necesidad. Merece especial mención, aunque ya se preveía en 1983, la supresión de la circunstancia agravante de reincidencia, que, a juicio de un sector de la doctrina, resulta inconstitucional por infracción del principio de no discriminación²⁷.

La circunstancia mixta de parentesco se configura exactamente como en el vigente artículo 11 del Código penal, que añade, al texto de la Propuesta de 1983, la equiparación al cónyuge de la «persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad», extensión que algunos echan también de menos, por la propia *naturaleza de las cosas*, en el tipo de parricidio.

5. Personas criminalmente responsables de los delitos y faltas

Los artículos 24 a 29 del Anteproyecto (título II) se refieren a las diversas categorías de personas responsables por su participación en el delito, a la responsabilidad en cascada en el caso de delitos cometidos «utilizando medios o soportes de difusión», y a la responsabilidad por delitos cometidos en nombre de otro.

Son penalmente responsables, como en la Propuesta de 1983, los autores, los equiparados a los autores (inductores y auxiliares necesarios) y los cómplices, suprimiendo acertadamente a los encubridores, que, como ha venido propugnando constantemente la doctrina²⁸, pasarán a la Parte especial en concepto de reos de un delito de favorecimiento. El artículo 25 considera propiamente como autores a los que realicen el hecho por sí solos, a los coautores y a los autores mediatos (en tanto que la Propuesta de 1983 aún mantenía a los coautores entre los que «se consideran autores»), lo que también representa un progreso desde la perspectiva del principio de legalidad, progreso que hubiera sido mayor si los redactores se hubieran atrevido a definir qué significa «servirse de otro como instrumento».

La responsabilidad en cascada, que se mantiene a pesar de las protestas doctrinales contra lo que sin duda constituye una excepción no justificada a las reglas generales sobre culpabilidad²⁹, se amplía, por exigencia del signo de los tiempos, a quienes utilicen «soportes» y no solamente «medios» de difusión para la comisión del delito. El artículo 28.4 presenta una forma de inducción (por los directores) que ya figuraba en 1983.

La redacción del artículo 29, referente a la responsabilidad por delito cometido en nombre o representación de otro, mejora, a mi juicio, la anterior, al dejar bien sentado que quien actúa, aunque «no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura requiera para poder ser sujeto activo», comete un delito. De todas formas, pienso que constituye una limitación injustificada reducir el ámbito del precepto a los casos en que el representante no reúna las características típicas propias del sujeto del delito, sin incluir también aquellos otros en que simplemente el delito se cometa en el ámbito propio de actuación de una empresa o persona jurídica, aunque no se trate de delitos especiales³⁰.

6. Las penas

El título III del Anteproyecto, el más extenso, dedica los artículos 30 a 86 a las penas. Al igual que la Propuesta de 1983, se limita el catálogo de penas a las privativas de libertad, privativas de derechos y multa (art. 30), siendo las privativas de libertad, la prisión y el arresto de fin de semana (art. 33), y las privativas de derechos, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial y la privación del derecho a conducir vehículos de motor (art. 37). Las penas se clasifican en graves, menos graves y leves (art. 31), atendiendo a su duración, en correspondencia con la paralela clasificación de las infracciones en delitos graves, menos graves y faltas (art. 12). Tales clasificaciones conducen, necesaria e inevitablemente, a un absoluto formalismo («Es delito lo que la ley dice que es delito»).

La simplificación de las penas privativas de libertad, dando por fin de lado la obsoleta clasificación en arrestos, prisiones, presidios y reclusiones que procede del Código penal de 1848 y que ya no tenía entre nosotros significación sustancial alguna, es loable. También es loable la inclusión en el catálogo de penas del arresto de fin de semana, del que tanto espera nuestra doctrina³¹, pese a la nula experiencia del mismo como medida de seguridad introducida entre nosotros por la Ley de 4 de agosto de 1970 sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social. Menos loable es que la pena de prisión (cuyo mínimo es de seis meses) pueda alcanzar hasta treinta y cinco años en caso de concurso de delitos (art. 74.1), cuando el límite máximo normal es de veinte años (art. 34.1) y cuando ya es lugar común en la doctrina que una reclusión superior a los quince años se convierte en destructora de la personalidad³². ¿Sería inconstitucional dicho precepto por infracción (por imposibilidad de cumplimiento) de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución española?

Entre las penas privativas de derechos, destaca

²⁷ Zugaldia Espinar: *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*, Poder Judicial, 13, marzo 1989, pp. 85 y ss.

²⁸ Vid., por todos, Mosquete Martín: *El delito de encubrimiento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1946.

²⁹ Vid., por todos, Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal*, I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 883 y ss.

³⁰ Gracia Martín: *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2 tomos, Universidad de Zaragoza, 1985.

³¹ Vid., por todos, Higuera Guimera: *La pena de arresto de fin de semana*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1982.

³² Rodríguez Devesa: *op. cit.*, p. 905.

como novedad que la inhabilitación especial pueda extenderse también a «industria o comercio» (sin duda, para satisfacer —en la Parte especial— las necesidades del nuevo Derecho penal económico)³³, y a los derechos de «guarda o curatela», en armonía con la reforma del Código Civil, operada en el Derecho de Familia por la Ley 13/1983 de 24 de octubre. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio priva «del derecho a elegir o ser elegido para cargos públicos» en general (art. 41) y no sólo «para el cargo sobre el que recayese» (art. 42 del texto de 1983).

La pena de multa continúa, loablemente, siendo caracterizada como *multa-cuota* (art. 45)³⁴, si bien las cuotas diarias, semanales y mensuales experimentan un aumento, en relación con las previstas en 1983, lógico por la inevitable inflación que caracteriza a la economía española). Tal aumento se cifra casi en el triple para el límite mínimo y en el 150 por 100 para el límite máximo de cada una de las indicadas cuotas. «Excepcionalmente, la multa será proporcional al daño causado o al beneficio reportado, en los supuestos expresamente previstos en este Código» (art. 48).

Lo que no resulta loable es el mantenimiento de la «responsabilidad personal subsidiaria» en caso de impago de la multa impuesta (art. 49), la cual, pese a la poco convincente Sentencia del TC de 16 de febrero de 1988, no deja de ser una discriminación por razón de fortuna, que, al menos, debía haberse paliado adoptando otra modalidad de responsabilidad subsidiaria, por ejemplo, el trabajo en beneficio de la comunidad o el arresto domiciliario³⁵.

Una modificación interesante *pro reo* se produce en el cómputo de la prisión preventiva, que se tendrá en cuenta, no sólo a efectos del abono «para el cumplimiento de la condena impuesta en la causa en que dicha privación hubiera sido acordada», sino también para el cumplimiento de otras condenas «que pudieran dictarse contra el reo en otras causas, siempre que hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión» (art. 53.1), lo que me parece mejor compensación para el interesado, si el tiempo de prisión preventiva es excesivo, que una eventual indemnización en metálico, y además evita el riesgo de elevar la posible condena para hacerla coincidir con la duración de la prisión preventiva sufrida por el condenado.

Las extensas reglas sobre la aplicación de las penas no contienen novedades respecto del texto de 1983, excepto la previsión de una pena inferior en uno o dos grados para el mayor de dieciséis años y

menor de dieciocho (art. 66), coherente con el mantenimiento de esta atenuante en el artículo 20.3.º; la definición expresa de la habitualidad, que únicamente tiene en cuenta elementos objetivos (art. 70), cuando una referencia a la *tendencia* deducible de tales elementos hubiera constituido un límite (aunque impreciso) a su aplicación; el restablecimiento, a efectos de acumulación de penas para el cumplimiento en los casos de concurso real, de la *conexión* entre los delitos penados en distintos procesos (art. 74.2), en tanto que la Propuesta de 1983 se contentaba con que las penas correspondientes a varias infracciones se hubiesen impuesto en la misma o en distintas sentencias, a menos que las sentencias anteriores fueran ejecutorias al tiempo de cometer las nuevas infracciones (art. 71)³⁶, y finalmente, la precisión, en los casos de concurso ideal, de que «en todo caso se sancionarán las infracciones por separado cuando con un solo hecho se originen dolosamente varias muertes o lesiones» (art. 75), aplicando también a este supuesto la rigurosa individualización de los hechos que atacan bienes jurídicos eminentemente personales, ya operante en el terreno del delito continuado (art. 72.2).

El Anteproyecto mantiene, como los anteriores de 1980 y 1983, la supresión de la redención de penas por el trabajo. Loable si la RPT hubiera continuado aplicándose automáticamente como en la actualidad, aunque ése no era el sentido de la ley³⁷, pero difícil de presentar a los destinatarios de la ley penal después de que la Ley Orgánica de reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983 hiciera compatibles una drástica reducción en las penas en los delitos contra la propiedad³⁸ (los más numerosos en nuestra criminalidad) y el mantenimiento del citado beneficio penitenciario.

7. Formas sustitutivas de la ejecución de las penas

El legislador español sigue siendo renuente a dar amplia acogida, como otros legisladores europeos, a los sustitutivos de las penas privativas de libertad, limitándose a regular nuevamente la condena y la libertad condicionales, añadiendo la sustitución de la pena privativa de libertad por la de multa o por la de expulsión del extranjero. Pero ni el menor asomo de *probation*, trabajo comunitario o dispensa de la pena³⁹, con lo que nuestra legislación penal constituye y seguirá constituyendo una *rara avis* en el contexto europeo⁴⁰, donde no se entendería que la

³³ Bajo Fernández: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*. Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 78 y ss.; Beristain Ipiña: *Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica*. Estudios de Deusto, julio-diciembre 1982, pp. 285 y ss.

³⁴ Manzanares Samaniego: *Las penas patrimoniales en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*. Documentación Jurídica, núms. 37-40, enero-diciembre 1983, pp. 231 y ss.

³⁵ Bueno Arus: *La constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de una pena de multa*, Poder Judicial, núm. 9, marzo 1988, pp. 63 y ss.; Roldán Barbero: *Arresto sustitutorio y sanciones alternativas*, Anuario de Derecho penal, mayo-agosto 1989, pp. 839 y ss.; Rodríguez Ramos: *Justicia penal*, Ed. Akal, Madrid, 1990, pp. 81 y ss.

³⁶ Ruiz Vadillo. *Problemas derivados de la aplicación de la regla 2.ª del artículo 70 del Código penal*. Poder Judicial, núm. especial III, *Vigilancia penitenciaria*, 1988, pp. 51 y ss.

³⁷ Bueno Arus. *La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1002, 25 octubre 1974, pp. 3 y ss.

³⁸ Rodríguez Devesa. *La reforma socialista de los delitos contra la propiedad en el Código penal español*, Revista de Derecho público, núm. 96-97, julio-diciembre 1984, pp. 459 y ss.

³⁹ Solá Dueñas, García Arán, Hormazábal Malaree *Alternativas a la prisión*, PPU e Instituto de Criminología de Barcelona, 1986.

⁴⁰ Cartledge, Tak, Tomic-Malic: *Probation in Europe*, The Eu-

proscripción de la *probation* entre nosotros pretende presentarse como un rechazo justificado de «una carga más gravosa para el sujeto que el cumplimiento de la pena misma... y además una carga innecesaria y hasta contraproducente en todos los casos en que hay un pronóstico favorable para el sujeto»⁴¹.

La suspensión de la condena se configura restrictivamente renunciando (además de a la *probation*) a la suspensión del fallo y manteniendo la condena condicional clásica, aplicable solamente a las penas privativas de libertad (art. 77.1) cuando el condenado haya delinquirido por primera vez (art. 78.1) y la pena no sea superior a dos años, excluyendo expresamente de tal conceptualización a la responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia en caso de impago de la multa (art. 78.3.º), y exigiendo la previa satisfacción en lo posible de las responsabilidades civiles que se hubiesen originado (art. 78.4.º). Con ello, no solamente se establece una regulación más estricta que en la Propuesta de 1983, sino inclusive que en el Código vigente, que hace extensiva la condena condicional a la *pena* subsidiaria por insolvencia (art. 93.2.º). Me parece positivo el encargo a los jueces y Tribunales de que, producida la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos legales, «se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la condena condicional» (art. 79). Se suprime la regla de que en los delitos perseguibles a instancia del agraviado se aplicará la condena condicional si aquél lo pidiese (art. 79 de la Propuesta de 1983), manteniéndose solamente la regla de la audiencia del mismo (art. 81). El artículo 82 reproduce la regulación especial de la condena condicional para drogodependientes, que figura en el actual artículo 93 bis del Código penal (versión de 24 de marzo de 1988) y que no pudo ser prevista por la Propuesta de 1983, si bien ampliándola a las condenas hasta tres años y no excluyendo (aparte de los reincidentes) a quienes hubieran gozado de la remisión condicional con anterioridad, lo que es coherente con la orientación rehabilitadora y no represiva que ha de tener el tratamiento penal de los drogadictos y otros enfermos.

En materia de sustitución de las penas, se abandona la posibilidad de sustituir la prisión hasta dos años por el arresto de fin de semana (art. 82, texto de 1983); se mantiene la sustitución de las penas privativas de libertad hasta dos años por la multa (art. 83), con la precisión de que, en caso de impago, se descontará del cumplimiento de la privación de libertad «la parte de tiempo que se haya cumplido por el pago» (art. 83.2), y se agrega la sustitución de pena privativa de libertad inferior a seis años

por la expulsión del extranjero (art. 84), ampliando al efecto lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴².

La libertad condicional se regula en términos similares a los establecidos en la Propuesta de 1983, salvo la supresión de la «ayuda al reo por los organismos asistenciales de Instituciones Penitenciarias» (art. 84.2), seguramente porque ello es materia regulada por otras normas, y la novedad, importantísima y respetuosa del principio de legalidad, de incorporar al Código la libertad condicional anticipada de los septuagenarios y enfermos incurables (art. 85.2), que hasta ahora se regía incorrectamente por normas meramente reglamentarias (art. 60 del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981), no pudiendo resistir la tacha de ilegalidad que fundamentalmente se le ha opuesto⁴³.

8. Medidas de seguridad⁴⁴

El Anteproyecto dedica a este tema el título IV (arts. 87 a 104), optando de acuerdo con el ya citado artículo 4, por las medidas de seguridad estrictamente *postdelictuales* (art. 88), medidas que pueden ser privativas o no privativas de libertad (art. 87), como en la Propuesta de 1983, agregando a la relación de ésta «la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares», similar al destierro, y suprimiendo, en cambio, «el internamiento en centro de terapia social», que suscitó grandes ilusiones entre los tratadistas a raíz de su implantación en Dinamarca, Holanda y Alemania Federal⁴⁵. El hecho de que en este último país dicha implantación haya sido más bien teórica que práctica y el innegable temor de nuestros penalistas a cuanto signifique *tratamiento científico*⁴⁶ han determinado, a mi entender, la indicada supresión, como han determinado igualmente la eliminación de los informes criminológicos en relación con la condena y la libertad condicionales y la imposición de medidas de seguridad (arts. 78, 85 y 88).

El fundamento de las medidas de seguridad en la peligrosidad criminal del sujeto (a la que deben ser proporcionales), indicado, como se dijo, en el artículo 4 del Anteproyecto, queda reforzado con el mandato del artículo 88.2, que dispone «el cese de las medidas en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto».

Se mantiene el *sistema vicarial*, abonando el tiempo de cumplimiento de la medida para el de la pena, cuando concurren ambas, y permitiendo la suspensión del cumplimiento del resto de la pena «si con

ropean Assembly for Probation and After-Care, Hertogenbosch (Netherlands), 1981.

⁴¹ Luzón Peña, *La aplicación y sustitución de la pena en el futuro Código penal*, en *V Jornadas de Profesores de Derecho penal*, cit., p. 418.

⁴² Bueno Arus: *Expulsión de extranjeros*, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII, *El extranjero y la legislación penal española*, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 1041 y ss.

⁴³ Manzanares Samaniego: *Individualización científica y libertad condicional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 76 y ss.

⁴⁴ Muñoz Conde *Medidas de seguridad en la reforma de 1983*

y en la PANCP. *¿monismo o dualismo?*, en *V Jornadas de Profesores de Derecho penal*, cit., pp. 491 y ss.

⁴⁵ Kaufmann (Hilde): *Ejecución penal y terapia social*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 238 y ss.

⁴⁶ Vid., por todos, Muñoz Conde: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, Cuadernos de Política Criminal, 7, 1979, pp. 91 y ss. Como dice García Marín, a propósito de otra cuestión, se trata «de un tema cuyas raíces enlazan directamente con las más íntimas convicciones de la persona, y sobre el cual existe una especial y generalizada sensibilización, capaz de avivar encendidas pasiones» (*El aborto criminal en la legislación y la doctrina*, Edersa, Madrid, 1980, p. 18).

su ejecución se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida» (art. 89), a diferencia del texto de 1983, que permitía tal suspensión «si por el tiempo transcurrido procediese la aplicación de la libertad condicional» (art. 89), en lo que se advierte un concepto automático de la libertad condicional, inaceptable.

La suspensión de las medidas, la sustitución de unas por otras y la medida cautelar de internamiento (análoga a la prisión provisional) se regulan como en la Propuesta de 1983. Se suprime el precepto relativo al decretamiento de la medida correspondiente «cuando el proceso penal, por sobreseimiento libre en los casos de exención de la responsabilidad criminal, no pueda tener lugar» (art. 94, 1983), lo que suscita dudas sobre su viabilidad.

La aplicación de las correspondientes medidas privativas de libertad a los exentos de responsabilidad criminal por enajenación, intoxicación o alteraciones en la percepción; a los supuestos de eximente incompleta y a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, aparece regulada, salvo ligeros matices, en los mismos términos que en la Propuesta de 1983. La gran novedad en este terreno es la supresión de la aplicabilidad de medidas de seguridad a los delincuentes habituales, tal vez porque nuestra doctrina está obsesionada con no dejarse tentar por el *Derecho penal del autor*⁴⁷. Sin embargo, la supresión de la habitualidad como *estado de peligrosidad*, unida a la citada de la reincidencia como circunstancia agravante, parece excesiva, desde la perspectiva de la defensa social. No hay a mi juicio en tales situaciones infracción del principio de no discriminación porque la exacerbación de la sanción que es su consecuencia responde a criterios *razonables*⁴⁸, como es una mayor culpabilidad o peligrosidad.

También aparece regulada en términos semejantes a los de la Propuesta anterior la aplicación de medidas no privativas de libertad a los autores de delitos contra las personas, de delitos imprudentes o de riesgos cometidos con vehículos de motor (aquí, sí se tiene en cuenta la habitualidad), de delitos relacionados con la profesión o cargo, y extranjeros. Las diferencias más notables se centran en la limitación del *destierro* del actual artículo 67 del Código penal a sólo los delitos contra las personas (art. 99), excluyendo los delitos contra la libertad, libertad sexual, honor o patrimonio, y en la regulación de las medidas que pueden agregarse o por las que pueden sustituirse las medidas privativas de libertad en sus respectivos casos. Estas medidas (que en 1983 se denominaban «reglas de conducta») consisten en: sumisión a tratamiento externo en centros médicos, obligación o prohibición de residencia en lugares determinados, prohibición de concurrir a determinados lugares o de visitar establecimientos de

bebidas alcohólicas, custodia familiar y privación de licencia de armas (art. 100), habiéndose suprimido las de «asistencia y observación por delegados del juez de Vigilancia» y «caución de conducta» (art. 101, 1983). Asimismo, el artículo 101 prevé la prestación al sometido a tales medidas de «ayuda o asistencia sociales por los respectivos organismos encargados de ellas» (art. 101), pero suprime la vigilancia del sujeto por persona u organismo designado por el Tribunal, que informe a éste del cumplimiento de aquellas medidas (art. 103, 1983), lo que no dejaba de resultar lógico, pero sin duda choca nuevamente, al parecer, con el *horror* de nuestra doctrina a cuanto de cerca o lejos pueda parecer manipulación de la libertad científicamente, no demostrable⁴⁹, incluso del sometido a penas o medidas de seguridad, *horror* que lleva hasta el rechazo del control de su cumplimiento.

9. Responsabilidad civil

El título V del Anteproyecto constituye sin duda la novedad más revolucionaria de todo él, al dedicar un solo artículo, el 105, a remitir al Código civil la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas, suprimiendo de un plumazo los 21 artículos que dedicaba al tema la Propuesta de 1983.

Tal decisión resulta ambigua. Si con la misma se quiere significar que la responsabilidad civil derivada del delito debe tener una regulación integrada en la de la responsabilidad civil en general y que el lugar adecuado para su normativa es por tanto el Código civil⁵⁰, ello resulta plenamente aceptable, porque en Derecho, cuantos menos regímenes especiales haya, mayor claridad y facilidad de aplicación en definitiva, pero en tal caso resulta indispensable adicionar al Anteproyecto de nuevo Código penal, la oportuna modificación del Código civil, porque es obvio que los artículos 1902 y siguientes de dicho cuerpo legal no serían suficientes para la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito y faltas, máxime con la exclusión expresa que hace su artículo 1902, remitiendo la materia al Código penal.

Mas si el artículo 105 del Anteproyecto significa que no sólo la regulación material se defiende al Código civil, sino que la determinación de la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas se ha de llevar a cabo en lo sucesivo por la jurisdicción civil en un proceso de la misma naturaleza, ello sería plenamente inaceptable, por lo que supondría de obstáculo para el ejercicio de sus derechos y de mayor indefensión de hecho para la víctima, que continúa siendo la gran abandonada por el sistema penal⁵¹. Es indispensable que la exposición de motivos del Anteproyecto aclare este punto.

⁴⁷ Del Rosal: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*. Facultad de Derecho, Valladolid, 1953, 2.ª edición.

⁴⁸ «La igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC de 2 de julio de 1981 y muchas otras).

⁴⁹ Gimbernat: *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, 2.ª edición, pp. 105 y ss.

⁵⁰ Yzquierdo Tolsada: *La responsabilidad civil del profesional laboral. Teoría general*. Ed. Reus, Madrid, 1989, pp. 175 y ss.

⁵¹ Bueno Arus: *La atención a la víctima del delito*. La Ley num. 2561, 28 agosto 1990, pp. 1 y ss.; Landrove Diaz: *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

10. Consecuencias accesorias

Como «consecuencias accesorias» (sin calificarlas de penas o medidas de seguridad) de las infracciones penales, el título VI (arts. 106 a 108) recoge el decomiso de los efectos e instrumentos del delito o falta y las *consecuencias* aplicables a las personas jurídicas o empresas cuando el hecho fue cometido en el ejercicio de su actividad y se presume su continuación (clausura de la empresa, disolución, suspensión o prohibición de actividades). La novedad más sobresaliente, en relación con el texto de 1983, radica en la supresión de lo establecido en el artículo 137 de aquél: «El Tribunal decretará asimismo la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir las responsabilidades pecuniarias de naturaleza civil de aquéllos si sus bienes fueron insuficientes», en coherencia entiendo con la ya aludida eliminación del Código penal de todo lo relativo a la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas.

Sin embargo, el tema de los beneficios ilícitos obtenidos por sociedades y empresas excede del ámbito de la responsabilidad civil para constituir una consecuencia accesoria con entidad propia y que tiene una especial relevancia en la lucha contra la delincuencia socioeconómica y el blanqueo de *dinero negro* procedente del tráfico de drogas y del terrorismo. Las recomendaciones de las Naciones Unidas sobre este particular⁵² se muestran meridiana-mente despreciadas por el legislador español.

11. Extinción de la responsabilidad criminal

Finalmente, el título VII del Anteproyecto dedica los artículos 109 a 116 a la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos. Las diferencias con el texto de 1983 son mínimas y se refieren al *dies a quo* en los términos de la prescripción. En la prescripción de delitos, dichos términos «se computarán desde el día en que se hubiera cometido la infracción punible» (art. 111.1), lo que resulta menos preciso que lo previsto en la anterior Propuesta, según la cual «el tiempo de prescripción del delito comenzaría a correr desde el día en que se hubiera consumado» y «si el delito fuere intentado, desde el momento en que cesó la actividad delictiva» (art. 109.1). En cuanto a la prescripción de las penas, el término se computará desde la fecha de la sentencia firme, pero se añade: «o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado

⁵² Vid., entre otros, el Documento A/CONF 144/15, de 12 de julio de 1990, distribuido como documento de trabajo en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente (La Habana, 27 agosto-7 septiembre 1990).

⁵³ Grosso Galván: *Los antecedentes penales: rehabilitación y control social*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 287.

a cumplirse» (art. 113), reproducción de la norma vigente (art. 116 del CP).

La cancelación de antecedentes delictivos se regula también en términos similares a los de la Propuesta de 1983, prefiriéndose, sin embargo, los del Código penal vigente en la configuración de los requisitos (plazos y pago de responsabilidades civiles) y de los casos de emisión de certificaciones. Es loable la refundición de los tradicionales requisitos 1.º y 3.º, pues la separación ha provocado dudas sobre si «no haber delinquido durante los plazos que se señalan» y «haber transcurrido» tales plazos eran dos requisitos diferentes, lo que indujo a interpretaciones erróneas, cuando en realidad, y ahora queda claro, se trataba del mismo requisito⁵³. Creo que es incorrecto decir en el artículo 115.1 que tienen derecho a obtener la cancelación de sus antecedentes penales los que hayan «alcanzado la remisión *condicional* de la pena», cuando sólo puede considerarse como causa de extinción de la responsabilidad penal la remisión *definitiva*, según se desprende además del apartado 4 del mismo artículo. Me hubiera gustado que la nueva regulación estableciese claramente que sólo pueden certificarse los datos obrantes en el Registro Central de Penados y Rebeldes cuando los mismos tengan relación con el objeto para el cual se solicita la certificación, en tanto no se acepte la idea, más progresiva, de supresión de dicho Registro⁵⁴.

12. Decisiones legislativas conexas

Como «notas» (más bien, esquemas de disposiciones adicionales), el borrador de Anteproyecto de Código penal se refiere a: la derogación de la regla 5.ª del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (delitos conexos por analogía o relación entre sí); la inclusión en la Ley Orgánica General Penitenciaria de una regla por la que, en los casos de condenas acumulables, «la Administración penitenciaria pueda proponer a la Autoridad judicial la remisión o suspensión total o parcial de las condenas más leves si el condenado puede estar en condiciones de obtener la libertad condicional en la condena más grave», lo que, a mi juicio, estaría mejor situado en el Código penal, aunque implicara una revisión con mayor cuidado del régimen del concurso de delitos y de la condena y libertad condicionales, para atar cabos; la regulación de la responsabilidad civil en el Código civil y la regulación de las costas procesales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Todas estas modificaciones legislativas se habrán de preparar, remitir a las Cortes y aprobar simultáneamente con el nuevo Código penal si se quieren evitar graves disfunciones.

⁵⁴ Bueno Arus: *Los antecedentes penales*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 929, 15 octubre 1972, pp. 3 y ss.; Baeza Avallone: *La rehabilitación*, Edersa e Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1983; Grosso Galván: *op. cit.*

Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)

Enrique GINBERNAT ORDEIG

I. EL DOLO EVENTUAL EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

1. Introducción

Prescindiendo de los distintos matices y eclecticismos, las teorías que tratan de aprehender el contenido del dolo eventual pueden reconducirse a dos: la teoría del consentimiento y la de la probabilidad. La del consentimiento, de una manera o de otra, *enfrenta al autor con el resultado*: si aquél consiente en éste, lo aprueba, lo acepta, si se conforma o se resigna con el resultado, entonces hay dolo eventual, y en otro caso, no lo hay; la teoría de la probabilidad, en cambio, se caracteriza por que renuncia a enlazar voluntativamente al autor con el resultado: para afirmar la existencia de dolo (eventual) basta con que al sujeto le parezca sumamente probable, considere seria la posibilidad de producción del resultado, cuente con éste¹.

El TS fue siempre partidario de la teoría del consentimiento; y hasta nuestros días —con algunas excepciones que no hacen sino confirmar la regla— ha seguido manteniendo esa posición. Para muestra basten tres botones. Primer botón: «Dolo eventual en que el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, no directamente perseguido, le presta su aprobación, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales, aún surgidos al hilo de las circunstancias coexistentes» (TS 16 de octubre de 1986, A. 5624). Segundo botón: «Ya que de las tres concepciones sobre el dolo eventual es la del consentimiento la que mejor se armoniza con un Derecho penal —como el nuestro— basado en la culpabilidad... La cuestión a resolver para afirmar el dolo eventual es otra: ¿habría actuado el procesado de la misma forma si se hubiera representado el resultado mortal como seguro? Tan sólo si se responde positivamente a esta pregunta, se puede afirmar que Luis Alberto C. cometió el parricidio con la concurrencia de dolo eventual. En otro caso no» (TS 16 de noviembre de 1987, A. 8511). Tercer botón: «El

dolo eventual, concepto doctrinal y jurisprudencial, no legal, no pretende extender el ámbito del dolo a esferas reservadas antes a la imprudencia, sino iluminar y delimitar el campo del dolo frente a la culpa. En su apreciación se ha de ser particularmente prudente, para no ampliar el ámbito de su aplicación a otros que no son suyos. De las numerosas concepciones imperantes esta Sala acoge la más restrictiva. La que se conoce con el nombre del consentimiento. En este sentido se expresó, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1987, que afirmó la existencia de homicidio con dolo eventual porque los autores aceptaron la muerte para el supuesto de que se produjera. Y que su representación no les hizo desistir de llevar a cabo su propósito. En la sentencia de 18 de abril de 1988 se sostiene igualmente que en el concepto de dolo del texto penal sustantivo ha de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, sin embargo, consentido» (TS 9 de junio de 1989, A. 5066).

No obstante y a pesar de todas esas declaraciones de principio, lo cierto es que sobre la base de la teoría del consentimiento sería imposible de entender la doctrina jurisprudencial sobre el dolo eventual en los delitos contra la vida, lo cierto es, pues, que, *en realidad y de hecho*, la teoría que aplican nuestros Tribunales es la de la probabilidad.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (A. 7841)²

El día 9 de mayo de 1977, el procesado, Carlos Sastre, en unión de otras personas ya juzgadas y condenadas por esos hechos, todos ellos miembros del llamado Ejército Popular Catalán, penetraron en una vivienda de Barcelona donde se encontraba «don José María Bultó, de setenta y siete años, viudo y conocido industrial, al que, tras colocarle contra su voluntad un aparato explosivo en la zona torácica de su cuerpo, le advirtieron que haría explosión si intentaba despegarlo del cuerpo antes de su

¹ Para más detalles sobre estas teorías y sobre la problemática del dolo eventual en general, cfr. *Gimbernat*, *Acerca del dolo eventual*, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed. (1990), pp. 240-265.

² Por no figurar en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

los Antecedentes de Hecho de esta sentencia, he manejado: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda de lo Penal*, 1986. Cuarto Trimestre. Todos los subrayados que figuran en las citas de la sentencia son añadidos

desactivación previa, y después de poner en funcionamiento el dispositivo eléctrico de dicho aparato, le dan al señor Bultó, por escrito, las instrucciones y precauciones que debía adoptar hasta que les hiciera entrega de los quinientos millones de pesetas que le exigían para su organización, dándole un plazo de veinticinco días..., advirtiéndole... que sólo retirarían sin riesgo para él el artefacto que le habían adherido al cuerpo si cumplía la exigencia de dinero que le había solicitado... Poco después, el señor Bultó, con el artefacto adherido a su cuerpo, abandonó el piso que ocupaba y marchó en su automóvil a su domicilio de la calle Casa Mora, número 1, torre, de Barcelona, donde, tras preguntar por su hijo, subió al piso superior, y por causas que se desconocen, cuando se encontraba en el cuarto de baño, se produjo la explosión de aquel artefacto, causándole tan gravísimas lesiones y mutilaciones, que falleció en el acto».

El procesado recurrió en casación alegando, entre otros motivos, que en ningún momento había actuado con ánimo de matar, motivo que el TS desestima con la siguiente argumentación: «La figura del asesinato del artículo 406, número 3, surge en la plenitud de sus exigencias y requisitos, constante la intervención dolosa de todos los actuantes, bien por presencia de un dolo de consecuencias necesarias, bien, al menos, de un dolo eventual, detectable cuando el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, aunque no fuere directamente perseguido, *le presta su aprobación*, contando con su posibilidad y asumiéndolo en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales. La intensidad criminal propia de esta especie de dolo eventual que le deslinda y separa de la culpa consciente o con previsión, estriba en la asunción o toma a su cargo por el agente del evento dañoso emanante de su comportamiento, *proceso real de volición* frente a un determinado acaecer. De ahí que en el concepto de dolo a que se refiere el artículo 1 del Código penal haya de entenderse comprendido no sólo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y, *sin embargo, consentido*... La consideración del artefacto explosivo adherido al cuerpo del señor Bultó, de extrema e inusitada peligrosidad, plenamente consciente de ello los infractores, llevando hasta su término empresa tan minuciosamente urdida y aceptando sus posibles consecuencias, bien permite concluir la índole dolosa de su proceder, alejado y distanciado del meramente culposo o imprudente».

De la argumentación de esta sentencia del TS de 28 de noviembre de 1986 lo único correcto es que el «resultado dañoso» que finalmente se causó era de «muy probable originación», y que el artefacto explosivo que adherieron al cuerpo de la víctima era «de extrema e inusitada peligrosidad», siendo los autores «plenamente conscientes de ello». Pero cuando el TS continúa razonando que los procesados «prestaron su aprobación a», que «consintieron

en» la muerte de Bultó, para el caso eventual de que ésta —como de hecho sucedió— se produjera entonces está formulando una afirmación que, a la vista de lo que consta en los Antecedentes de Hecho, no sólo es arbitraria e indemostrada, sino absurda. Porque ¿qué ganaban los autores con la muerte de Bultó? Que se quedaban sin los quinientos millones de pesetas que era la única finalidad de su acción —un Bultó difunto no les podía pagar— y que se hacían responsables de un asesinato que, en lugar del beneficio económico, les reportó treinta años de reclusión. ¡Menudo negocio!

Los terroristas pusieron en práctica un plan para obtener quinientos millones de pesetas, conscientes del gravísimo riesgo al que sometían a su víctima; pero si eso que les parecía muy probable —la muerte de Bultó— lo hubieran tenido por seguro —Bultó moriría en cualquier caso antes de haberles pagado—, entonces obviamente no habrían actuado, porque nadie ejecuta un plan si tiene la total seguridad (y con la total seguridad del resultado es precisamente con lo que confronta la teoría del consentimiento al autor) de que va a fracasar estrepitosamente. Por consiguiente y resumiendo: la teoría del consentimiento, aplicada al caso Bultó, habría llevado a calificar los hechos, no de asesinato, sino de homicidio imprudente; si el TS mantiene, no obstante, la condena por asesinato es porque —por mucho que la quiera encubrir con esa teoría del consentimiento— la que en realidad está aplicando es la de la probabilidad.

3. La sentencia 49/89, de 14 de octubre de 1989, de la Sección Primera de la Audiencia Nacional (no publicada)³

Los acusados, miembros de la organización terrorista ETA, cargaron en un automóvil un artefacto que contenía 30 kilos de amonal, 100 litros de gasolina y una cantidad indeterminada de escamas de jabón y de pegamento adhesivo, conectando un temporizador para que hiciera explosión a las cuatro de la tarde, dentro de las horas de comercio. A las dos de la tarde del día 19 de junio de 1987 los autores dejaron el coche-bomba en el aparcamiento del supermercado Hipercor, de Barcelona; a las tres, uno de los etarras llamó por teléfono a la Guardia Urbana de Barcelona, a Hipercor y al diario «Avui», comunicando que entre las 3,30 y las 3,40 se produciría una explosión en el local. La Policía y el servicio de seguridad de Hipercor no consideraron conveniente o factible la evacuación del edificio, y, por otra parte, no tuvieron éxito los trabajos de búsqueda del explosivo, estallando éste a las 4,10 de la tarde. La explosión e ignición del artefacto en el segundo sótano del aparcamiento donde se hallaba el vehículo «se propaga también al primer sótano en el que estaba situada la planta de alimentación y una bola de fuego abrasó a las personas que encontró a su paso, a la vez que produjo una ingente cantidad de gases

³ Todos los subrayados añadidos. De algunos aspectos de esta sentencia —también y de pasada del problema del dolo eventual— me he ocupado en mi artículo: «Consideraciones sobre

sentencia de Hipercor», Estudios, 3.ª ed. (1990), pp. 39-42.

tóxicos que ocasionó la asfixia de las personas que se encontraban en su radio de acción». El atentado de Hipercor causó la muerte de 21 personas y numerosas lesiones graves a otras víctimas.

Frente a la alegación de los acusados de que no quisieron la muerte ni las lesiones de los ciudadanos que se encontraban en Hipercor, argumentando que precisamente porque no querían esos resultados efectuaron tres llamadas telefónicas para que se evacuara el local, evacuación que ni la Policía ni el servicio de seguridad de Hipercor llevaron a cabo, la Audiencia Nacional condena por delitos dolosos de asesinato y de lesiones con la siguiente fundamentación: «Con respecto al primero, la conducta en cuanto al asesinato resulta claramente dolosa, aun cuando es admisible el dolo eventual. En el campo penal, el dolo contempla la previsión efectiva del resultado y su aceptación intelectual, dejando al margen cuestiones emocionales de cualquier tipo y en este sentido la previsión de las muertes era perfectamente clara, habida cuenta del medio empleado absolutamente apto para producir este resultado. Todo ello coincide con criterios lógicos, perfectamente asumidos por la opinión general, consistente en que si no se hubiera querido el resultado letal, no se hubiera utilizado el explosivo y los autores del crimen no pueden excluir su responsabilidad con una pretendida voluntad de no desear que las muertes se hubieran producido. En segundo lugar, en la cadena causal el explosivo fue causa directa del resultado típico y solamente se objeta por los acusados que ésta podría haber sido rota por el desalojo del local, sin embargo, el resultado se produjo y se *había aceptado* por los acusados subsidiariamente para el supuesto, por otra parte nada excepcional, de la no evacuación.»

De nuevo se argumenta aquí —esta vez por la Audiencia Nacional— con la teoría del consentimiento, pero, en realidad, la que se está aplicando, para afirmar la existencia de dolo eventual, es la de la probabilidad. Como los autores, mediante diversas llamadas telefónicas a instancias que tenían capacidad para hacerlo, trataron de conseguir un desalojo que en este caso, ciertamente, no se llevó a cabo, pero que en otros supuestos semejantes sí que ha llegado a producirse⁴, y como ETA, con posterioridad al salvaje atentado y a la vista de la indignación popular, emitió un comunicado lamentando las muertes y lesiones producidas, atribuyendo la masacre a la falta de diligencia de la Guardia Urbana de Barcelona y de la dirección de Hipercor, *no pue-*

de descartarse que, en el caso de que los autores hubieran considerado como seguro lo que era muy probable —el no desalojo y, con ello, las muertes y las lesiones—, *tal vez* no habrían actuado y no habrían colocado el coche-bomba en el aparcamiento de Hipercor. Esta incertidumbre sobre lo que habrían hecho los acusados si se hubieran representado el resultado como seguro, debería llevar a estimar —sobre la base del principio *in dubio pro reo*— lo más favorable para ellos, esto es: a suponer que entonces no habrían actuado, con lo que —siempre según la teoría del consentimiento— las muertes y las lesiones sólo se les podrían imputar a título de imprudencia. Si no es ésta la consecuencia a la que llega la Audiencia Nacional es porque, enmascarándola con la del consentimiento, lo que en realidad está aplicando es la teoría de la probabilidad: según ésta, la existencia de dolo eventual en el caso de Hipercor está fuera de discusión; pues la colocación de un artefacto explosivo en un aparcamiento de un concurrido supermercado supone un gravísimo riesgo para la vida y la integridad física de los seres humanos que en esos momentos se encuentran en el establecimiento.

4. *Animus laedendi-animus necandi*

Cuando una persona resulta gravemente herida a consecuencia de la agresión de un tercero, la cuestión de si esa agresión integra un delito de lesiones consumadas —porque sólo se ha actuado con ánimo de lesionar— o el más grave de homicidio (o de asesinato o de parricidio) frustrados o intentados —porque ha concurrido ánimo de matar— se ha convertido en uno de los problemas clásicos de nuestra jurisprudencia. La solución que da el TS es tan conocida y homogénea que, para exponerla, no hace falta acudir a una larga cita de resoluciones judiciales⁵: la existencia de dolo de matar hay que deducirla de datos externos y, muy especialmente, del arma empleada y del lugar del cuerpo de la víctima a donde fue dirigida.

En lo esencial, esta tesis del TS es correcta en sus resultados; pero no lo es, como paso a exponer en lo que sigue, en su fundamentación.

En primer lugar, si cuando el TS alude a las dificultades de prueba para demostrar la verdadera intención del autor⁶, se está refiriendo con ello a toda clase de delitos, entonces esa afirmación jurisper-

en la mano izquierda, axila izquierda, flanco derecho del abdomen y erosión superficial del hígado, da las que la víctima curó a los treinta días sin secuelas»; y 22 de diciembre, A. 9750 («... el acusado, al volver a encontrarse con la víctima, con una navaja de dimensiones medias que llevaba en la mano, le asestó dos navajazos, poco más encima de la cintura, alcanzando uno el epigastrio y el segundo el flanco izquierdo, heridas que le hubieran producido la muerte, si no se le hubiera prestado inmediata asistencia facultativa»)

⁶ «...no existe otro medio al alcance de los Tribunales que el de analizar y valorar el conjunto de circunstancias objetivas concurrentes en la conducta enjuiciada del que pueda inferirse (vid. artículo 1253 del Código Civil) la verdadera intención del agente, dado que ésta, por afectar a la esfera íntima de la persona, no es constatable directamente por los demás» (TS 18 de abril de 1989, A. 3410).

⁴ Esta actitud de los autores fundamentaría ya, para *Armin Kaufmann*, la exclusión del dolo eventual y la entrada en juego de la imprudencia, pues para *Kaufmann* no existe dolo eventual cuando concurre una «voluntad de evitación» y «se han colocado realmente contrafactores para la evitación de las consecuencias accesorias» (*Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, 1982, p. 68 [este artículo de *Kaufmann*, publicado por primera vez en 1958, ha sido traducido al castellano por *Suárez Montes*, y publicado en ADPCP 1960, pp. 185-206]).

⁵ Cfr., por ejemplo, entre las más recientes, las sentencias, todas ellas de 1989 y que califican la acción de un delito contra la vida en grado de frustración, de 21 de febrero (con numerosas referencias jurisprudenciales), A. 1631; 18 de abril, A. 3410 («el procesado... sacó del bolsillo una navaja de diez centímetros de hoja y con ella le propino varias puñaladas, causándole lesiones

dencial simplemente no es cierta. Si un hombre, utilizando violencia, introduce el pene por vía vaginal a una mujer, si un sujeto falsifica en un cheque la firma del titular de la cuenta corriente y, posteriormente y contra la presentación del documento falso, retira del Banco una determinada cantidad en perjuicio del cuentacorrentista, si un ladrón, después de fracturar la ventanilla de un coche, se apodera de la radiocasete que se encontraba en el interior, la elemental conclusión de que en esos casos estamos ante violaciones, falsedades, estafas y robos *intencionales* no plantea ni ha planteado nunca problema alguno de prueba.

Pero ni siquiera en referencia a los delitos contra la vida puede afirmarse, con carácter general, que la prueba de la intención presente siempre dificulta. La mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja.

La diferencia entre, por una parte, todos estos casos a los que nos acabamos de referir, y, por otra, las agresiones físicas peligrosas en donde surge el problema *animus necandi-animus laedendi*, no reside en que en los primeros la existencia de intención no presente problemas de prueba, y en la segunda esa intención resulte difícil de demostrar: la diferencia reside en que en los primeros el sujeto *realmente* ha querido violar, falsificar, estafar y matar, y en las segundas, en cambio, el autor *no siempre ha actuado realmente con intención*: unas veces habrá querido matar y otras no; por consiguiente, si dolo equivaliese a intención —como, en definitiva, mantiene la teoría del consentimiento—, y a la vista de la incertidumbre sobre el verdadero propósito del agente en esas agresiones físicas, habría que condenar *siempre* por lesiones consumadas y *nunca* por un delito contra la vida en grado de tentativa o de frustración, si es que el principio *in dubio pro reo* y su consagración en la presunción constitucional de inocencia han de tener un sentido que no sea el simplemente declamatorio.

Hasta aquí nuestro rechazo al dato de la gravedad de las heridas y del arma empleada como criterio para presumir, en contra del reo, la existencia de una indemostrable —y en muchos casos inexistente— intención de matar. Cuando el TS acude, además, como criterio complementario para averiguar el ánimo del sujeto, a sus antecedentes, tal como hace, por citar un ejemplo entre los innumerables, la sentencia del TS de 18 de abril de 1989 («El procesado, con anterioridad al hecho aquí enjuiciado, había sido condenado ejecutoriamente, en 1981, por un delito de homicidio, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, y, en 1983, por un

delito de lesiones a la pena de dos meses de arresto mayor. Ello, sin duda, puede ser indicio de que se trata de una persona agresiva o violenta»), hay que objetar contra todo ello que no porque una persona haya matado con anterioridad va a querer matar cada vez que empuña un arma, que lo decisivo, y lo que hay que demostrar, no es la intención con la que se obró en el pasado, sino aquella con la que se actúa en el presente, es decir: en el caso concreto que se enjuicia, y que, en definitiva, lo que hace el TS cuando argumenta con la previa «conducción por la vida» del sujeto es abandonar un Derecho penal de hecho para entrar de lleno en uno de autor incompatible con los más elementales principios del Estado de Derecho.

5. Consideraciones finales sobre el dolo eventual

En mi opinión, y de acuerdo en los resultados con la jurisprudencia, tanto en el caso Bultó como en el de Hipercor concurren asesinatos consumados; y en los supuestos de agresiones a partes vitales del cuerpo con armas blancas o de fuego estamos ante delitos contra la vida en grados de frustración o de tentativa. Pero, como creo haber demostrado, estos resultados no se pueden fundamentar, tal como hace la jurisprudencia, con el aparato conceptual de la teoría del consentimiento, sino sólo con la de la probabilidad —teoría que defendí por primera vez hace veintidós años, y que sigo defendiendo⁷—, y para la cual existe dolo eventual cuando se somete al bien jurídico protegido a un gravísimo riesgo de lesión, siendo irrelevante que para el caso hipotético de producción segura del resultado el autor hubiera obrado igualmente o se hubiera abstenido de actuar.

Como es sabido, la principal objeción que se formula contra la teoría de la probabilidad es la de que considera dolosos hechos en los cuales no ha habido intención de causar el resultado. Pero esa objeción no puede convencer por los motivos que expongo a continuación.

En primer lugar, ni el CP dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal. Por el contrario, existen delitos, como el del artículo 348 bis⁸, que, como con razón sostiene la doctrina dominante⁹, son sólo aplicables a los resultados causados con dolo directo de primer grado, esto es: con intención, quedando fuera del tipo, por consiguiente, las restantes formas de dolo, que han de ser caracterizadas, lógicamente y argumentando a contrario, por que, a pesar de ser dolosas, no son intencionales¹⁰. Con otras palabras: si existen tipos dolosos que, como el artículo 348 bis, restringen su

⁷ Cfr. Gimbernat, Estudios de Derecho penal, 3.ª ed., 1990, pp. 1249 y ss.

⁸ «El que *maliciosamente* propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito mas grave.»

⁹ Cfr., por todos, Sanz Cantero, El delito de propagación maliciosa de enfermedad, REP 1967, pp. 57-58; Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 7.ª ed., 1988, pp. 442-443; Boix, en: Cobo y otros, Derecho Penal, Parte Especial, 2.ª ed., 1988, pp. 380-381.

¹⁰ Las formas dolosas no intencionales vienen constituidas por el dolo directo de segundo grado (cfr. Gimbernat, op cit., pp. 243-256) y por el dolo eventual.

campo de aplicación a hechos exclusivamente intencionales, ello quiere decir que los restantes tipos dolosos están acogiendo. además y también, otras modalidades de dolo distintas de las intencionales, y que, por consiguiente, no es posible identificar dolo con intención.

En segundo lugar, y argumentando ahora desde la imprudencia, ésta consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedica a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuña a un ser humano en partes vitales de su cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos. De todo ello se sigue, argumentando negativamente: si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos, porque, como el artículo 1 CP *sólo conoce dos títulos de imputación* (dolo e imprudencia), lo que no es imprudente —ni impune— tiene que ser, necesariamente y por exclusión, doloso.

Las but not least. La consecuencia de encuadrar unos determinados hechos como dolosos (eventuales) y no como imprudentes es la de que aquéllos están amenazados con una pena superior a la de éstos. La finalidad del Derecho penal no es la de retribuir una supuesta e indemostrable culpabilidad, sino la de proteger bienes jurídicos. De ahí que cuanto mayor sea el riesgo de lesión, mayor habrá de ser también la pena a imponer para tratar de evitar, en lo posible, tales conductas. La conducta intencional es, en efecto, sumamente peligrosa para el bien jurídico, porque si el sujeto actúa con la finalidad de producir un resultado típico existen muchas posibilidades de que lo consiga. Como desde el punto de vista del peligro no existe apenas diferencia entre este comportamiento y el de quien siembra de bombas locales públicos en horas de máxima concurrencia, independientemente de que, después, avise de su colocación, por ello la pena a imponer debe ser

igualmente —si es que de verdad se quieren proteger con justicia y con efectividad los bienes jurídicos— la del delito doloso. Y no la de la imprudencia, en la que sólo son subsumibles conductas descuidadas, como la muerte o lesiones (imprudentes) a consecuencia de la infracción de, por ejemplo, una regla del Código de la Circulación; pues de esas infracciones se producen al día en España decenas de miles que no desembocan casi nunca en un resultado lesivo para la vida o para la integridad corporal.

II. LA RELACION PARRICIDIO-ASESINATO

1. Introducción

Hasta la reforma del CP de 25 de junio de 1983 el problema de si la conducta de quien mataba a uno de los posibles sujetos pasivos del parricidio (art. 405), por ejemplo: al cónyuge, concurriendo, al mismo tiempo, alguna de las circunstancias cualificativas del asesinato (art. 406), por ejemplo, la alevosía, debía calificarse como parricidio con la agravante genérica de alevosía, o como asesinato con la circunstancia mixta (y, en este caso, agravante) de parentesco, tenía un interés puramente estético; pero a efectos prácticos, y dado que ambos delitos se castigaban con la misma pena: la de reclusión mayor a muerte¹¹, al autor le era indiferente una u otra calificación, pues el marco penal aplicable en cualquiera de los dos casos era idéntico: reclusión mayor (a muerte) con la concurrencia de un agravante genérico¹².

Con la reforma de 1983 el parricidio pasa a ser sancionado con una pena (reclusión mayor en toda su extensión) inferior a la del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo)¹³, y, con ello, el problema deja de ser uno estético: si el hecho se califica de parricidio con la agravante de alevosía la pena a imponer es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61, 2.^a¹⁴, la de *reclusión mayor* en sus grados medio o máximo; en cambio, si se califica de asesinato con la agravante de parentesco la pena es, de acuerdo con los artículos 61, 2.^a y 62¹⁵, el grado medio o máximo de *reclusión mayor en su grado máximo*¹⁶.

¹¹ Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y por aplicación directa de ésta, los delitos sancionados hasta entonces con la pena de reclusión mayor a muerte pasaron automáticamente a ser sancionados con la de reclusión mayor en toda su extensión.

¹² Sobre cuál era el marco penal aplicable a los delitos castigados con reclusión mayor a muerte en los que concurría una agravante genérica, cfr. *Gimbernat*, Tres problemas de reglas de aplicación de penas (dos de ellos referidos a la de reclusión mayor a muerte), en: *La pena de muerte*. 6 respuestas, 2.^a ed., Madrid 1978, pp. 210 y ss. Hasta la reforma del CP de 1983 se imponía el grado máximo de la pena correspondiente (a no ser que ésta fuera la de reclusión mayor a muerte) cuando concurría una agravante genérica; desde dicha reforma de 1983 la pena aplicable es el grado medio o máximo.

¹³ La vigente diferencia de penas entre asesinato y parricidio fue producto de un error y no de una decisión consciente del le-

gisador (cfr. *Cobo/Carbonell*, en: *Cobo y otros*. Derecho penal. Parte Especial, 2.^a ed. [1988], pp. 516/517).

¹⁴ «En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observaran para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes: ... Cuando concurriera sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo».

¹⁵ El artículo 62 dispone: «En los casos en que la pena señalada por la Ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicaran las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos.»

¹⁶ A pesar de que en ambos casos el límite máximo de la pena a aplicar es el de treinta años, el límite mínimo es más severo en la calificación asesinato + agravante que en la de parricidio + agravante, de ahí que esta última pena sea también la menos grave porque «en nuestro Derecho se determina si una pena es me-

2. La tesis del TS

a) El Tribunal Supremo se inclina en estos casos por la primera calificación de parricidio con la concurrencia de la correspondiente agravante¹⁷, fundamentándolo en que el parricidio es especial respecto del asesinato; en que, además de ser especial, es un tipo privilegiado; y, finalmente, en que no puede aplicarse el asesinato con la agravante de parentesco «por la razón simplísima de que ello supondría *desmembrar* los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio»¹⁸.

b) Como ha puesto de manifiesto la doctrina científica mayoritaria, ninguno de esos argumentos se tiene en pie. En primer lugar, el parricidio no es un subgénero del asesinato —y, por consiguiente, no es especial frente a él— porque es perfectamente imaginable la muerte de un ascendiente, de un descendiente o del cónyuge, sin que concorra ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 406: no todo parricidio es —siempre y al mismo tiempo— un asesinato¹⁹. Además: ciertamente que si se aplicase el asesinato con la agravante de parentesco, el parricidio quedaría «desmembrado», pero ante un hecho que se puede calificar tanto de parricidio como de asesinato, si se aplica aquél, como hace la jurisprudencia, entonces el que queda «desmembrado» es éste, y el TS no explica, ante una disyuntiva en la que necesariamente alguno de los dos tipos ha de quedar marginado, por qué hay que preferir una «desmembración» (la del asesinato) a otra (la del parricidio)²⁰. Finalmente, cuando el TS argumenta con que el parricidio es una infracción privilegiada, ello no pasa de ser una petición de principio: ciertamente que el parricidio tiene en el CP vigente una pena inferior a la del asesinato (lo cual, como veremos infra 4 d, no quiere decir que por ello haya de ser considerado un tipo privilegiado) *en tanto en cuanto* consista única y exclusivamente en la muerte del pariente; pero si la muerte de un pariente del artículo 405 es, también y por ejemplo, alevosa, entonces ese hecho ya no es *sólo* un parricidio, sino

también el delito más grave de asesinato; por qué cuando concurren simultáneamente parricidio y asesinato hay que dar preferencia al delito que tiene señalada pena inferior (al supuestamente privilegiado) frente al de pena superior, ésa no es la solución: ése es precisamente el planteamiento del problema.

c) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis defendida por el TS para resolver la relación parricidio-asesinato; que el resultado (la pena de reclusión mayor en sus grados medio o máximo) al que conduce tampoco es correcto, por ser incompatible con la escala de valores del CP, de eso nos ocuparemos más adelante (infra 4 d)²¹.

3. La tesis de Mir

a) Frente a la solución jurisprudencial de calificar a este grupo de casos de parricidio con la correspondiente agravante y frente a la solución mayoritaria en la doctrina científica de considerarlo un asesinato con la agravante de parentesco, *Mir* ha defendido recientemente la tesis de que aquí estamos, en realidad, ante un concurso ideal entre asesinato y parricidio por lo que la pena a imponer es, conforme al artículo 71²², la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo²³.

b) Contra esta solución del concurso ideal hay que objetar que las penas del parricidio (reclusión mayor) y del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) figuran entre las más graves del CP precisamente porque *cada uno* de esos tipos, *por sí solo*, se construye en torno al núcleo fundamental de injusto de la *muerte dolosa* de otra persona; de ahí que aplicar los dos cumulativamente, como propone *Mir*, suponga someter a un doble juicio de desvalor una única muerte voluntaria. *Mir* afirma²⁴, sin embargo, que su solución es inevitable en Derecho español porque, como el artículo 59 dispone que «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo»,

nos grave que otra teniendo en cuenta, no las sanciones concretamente aplicadas, sino las que se han podido aplicar» (*Gimbernat*, La pena de muerte. 6 respuestas, 1978, p. 216).

¹⁷ Así se ha pronunciado en las tres sentencias en las que hasta ahora se ha ocupado de este tema: TS 4 de marzo de 1986, A. 1108 (muerte del cónyuge con alevosía), 29 de septiembre de 1986, A. 4859 (muerte del cónyuge con veneno); 31 de octubre de 1987, A. 8421.

¹⁸ Esta argumentación de la sentencia de 4 de marzo de 1986 es recogida, literalmente, en las posteriores de 29 de septiembre de 1986 y de 31 de octubre de 1987.

¹⁹ Así, con razón: *Fernández Albor*, Comentarios a la legislación penal, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, p. 873; *Carbonell*, ¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? ADPCP, 1986, p. 997; *Rodríguez Mourullo*, La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983, Estudios Penales y Criminológicos X, Santiago de Compostela, 1987, p. 353; *Sanz Morán*, Alternatividad de leyes penales, Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor, Santiago de Compostela, 1989, pp. 674-675.

²⁰ En el mismo sentido cfr. ya *R. Mourullo*, op. cit. p. 356, y *Mir*, Sobre la relación entre parricidio y asesinato, ADPCP 1988, p. 997 (el artículo de *Mir* se ha publicado también en: Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor Antonio Beristáin, San Sebastián, 1989, pp. 823 y ss.).

²¹ En la doctrina propone también la aplicación del parricidio, sobre la base de una supuesta relación de especialidad frente al asesinato, *Barbero*, La reforma penal de la monarquía constitucional española, en: Reforma política y Derecho, Madrid, 1985, pp. 313-314 nota 36. *Sanz Morán*, op. cit., pp. 674-675, operando con una distinta fundamentación —en su opinión, la relación parricidio-asesinato es de subsidiariedad—, llega al mismo resultado de prevalencia del parricidio por estimar que este es el tipo principal frente al subsidiario del asesinato.

²² «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.»

²³ Esta tesis había sido mantenida ya, anteriormente, por *Bustos*, Manual de Derecho penal, Parte Especial, Barcelona, 1986, pp. 38-39. Posteriormente se ha adherido expresamente a la solución de *Mir*, *Díaz y García*, Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (art. 249, 2.º CP), PJ 16 (diciembre 1989), pp. 212-213 nota 69.

²⁴ Cfr. ADPCP 1988, pp. 995 y ss.

de ahí se deduce que, porque la alevosía constituye por sí misma un delito especialmente castigado, a saber: un asesinato, esa agravante no puede «aumentar la pena» del parricidio, y que, por los mismos motivos, tampoco la circunstancia de parentesco (al constituir en parte el delito especialmente castigado de parricidio) puede aumentar la pena del asesinato: al declarar incompatibles con el artículo 59 tanto la tesis jurisprudencial como la mayoritaria en la ciencia, *Mir* piensa que la única salida es la del concurso ideal entre parricidio y asesinato.

c) Pero esta exégesis supone una tergiversación del contenido del artículo 59 que llevaría, en una aplicación consecuente a otros supuestos, a resultados insostenibles valorativamente.

aa) Supone una tergiversación, porque lo único que quiere decir al artículo 59 es que *si se aplica* un determinado delito en cuya configuración ha entrado una agravante —por ejemplo, el asesinato del 406, 1.ª cualificado por la alevosía—, ésta no puede volver a entrar en juego de nuevo como circunstancia genérica del 10, 1.ª; el artículo 59 supone, por consiguiente, una plasmación del elemental principio (*non bis in idem*) de que un mismo dato —por ejemplo, la traición— no puede ser sometido a un doble juicio de desvalor como alevosía del 406, 1.ª y como alevosía del 10, 1.ª: este principio que informa nuestro CP (tal como se deduce del artículo 59) es precisamente el que *Mir* desconoce al desvalorar dos veces (como parricidio y como asesinato) el mismo dato de una muerte dolosa. Por consiguiente, si el delito no se aplica —y el TS no aplica el asesinato cuando castiga por parricidio, ni la doctrina científica dominante aplica tampoco el parricidio cuando castiga por asesinato—, entonces —por no infringir el principio *non bis in idem*, que constituye la ratio del 59— nada se opone a que la alevosía (en el parricidio) o el parentesco (en el asesinato) concurren como agravantes genéricas.

bb) Además, si como mantiene *Mir*, el artículo 59 excluye la aplicación de la agravante genérica siempre que ésta se haya incorporado a un tipo delictivo como elemento integrante del mismo, entonces, como el ensañamiento es una circunstancia cualificativa del asesinato, el infanticidio con ensañamiento, no sería calificado —y sancionado— sobre la base del artículo 410 con la agravante genérica del 10, 5.ª, sino, en un desarrollo consecuente de la tesis de *Mir*, como un concurso ideal entre el asesinato del 406, 5.ª y el infanticidio del 410²⁵: la pena a

²⁵ Como he expresado en otro lugar, mi opinión es justamente la opuesta: cfr. *Gimbernat*, *Inducción y auxilio al suicidio*, Estudios de Derecho penal, 3.ª ed. (1990), p. 285: «Las circunstancias genéricas del CP español, añadidas a los tipos del Libro II, crean nuevos supuestos de hecho con elementos específicos que son decisivos para establecer relaciones de especialidad. Extraigamos de ahí sólo una de las posibles consecuencias: en el infanticidio con ensañamiento no puede prevalecer el tipo del asesinato del 406, 5.ª. Pues si lo aplicásemos no habría forma de abarcar —por no figurar entre las circunstancias genéricas— el factor, al que el CP ha concedido relevancia en el infanticidio, de ser el sujeto pasivo un recién nacido; mientras que si calificamos por el 410 con la agravante de ensañamiento no se nos escapa ninguno de los elementos a los que la ley penal —en el Libro I o en el Libro II— ha atribuido relevancia penal...— La peculiaridad de la ley española de las circunstancias genéricas, mediante la adición de dichas circunstancias a los hechos criminalizados

aplicar sería entonces la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo, con lo que frente a un asesinato con ensañamiento sin más (reclusión mayor en su grado máximo) la adición de los dos elementos de atenuación de que la madre obra, primero, en los momentos subsiguientes al parto, y, segundo, con la finalidad de ocultar la deshonra *condicionarían la imposición de una pena más grave*. Igualmente, como la relación de ascendencia es un elemento integrante del parricidio, la muerte del padre con su consentimiento no podría considerarse —tal como definiendo yo— un homicidio-suicidio del 409, inciso segundo, con la agravante del artículo 11, sino que habría que dar paso a un concurso ideal del 405 con el 410; con ello —y siempre según *Mir*— resultaría menos castigado un parricidio sin más (reclusión mayor) que un parricidio con la concurrencia del factor de atenuación de que la víctima consiente en su muerte (reclusión mayor en su grado máximo).

Por consiguiente, la tesis de *Mir* de que el ensañamiento y el parentesco, por ejemplo, al haberse integrado como cualificativas en delitos independientes de asesinato y de parricidio, no pueden aplicarse ya como agravantes genéricas «sueltas» a otros delitos contra la vida, sino sólo concursando idealmente como tales delitos de asesinato o de parricidio, lleva al resultado a todas luces equivocado de castigar más gravemente un parricidio con el factor de atenuación del consentimiento de la víctima que un parricidio sin más, de castigar más gravemente el delito privilegiado de infanticidio con ensañamiento que una muerte sin más (no privilegiada) con ensañamiento.

d) Con lo expuesto queda rechazada en su fundamentación la tesis de *Mir* de que la relación parricidio-asesinato deba ser resuelta con un concurso ideal; que los resultados concretos a que conduce (imposición del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo), tampoco son de recibo, vamos a exponerlo en seguida (infra 4 d).

4. La doctrina científica dominante

a) En mi opinión, tiene razón la doctrina científica dominante²⁶: la muerte de un pariente del 405 en la que concurre alguna de las circunstancias cualificativas del 406 debe ser calificada como un asesinato con la agravante genérica de parentesco.

en el Libro II, hace posible crear nuevos tipos específicos que son los que han de ser tenidos en cuenta para decidir los problemas de concursos de leyes. Según esto, el 409, 2, con la adición de, por ejemplo, la agravante de precio prevalece frente al escueto 406, 2, por existir una auténtica relación de especialidad.»

De acuerdo con lo expuesto, en el caso planteado por *Barbero*, op. cit., p. 313 nota 36, de la madre que para ocultar su deshonra mata al hijo recién nacido con veneno, es obvio —en el caso de que el veneno deba entrar aquí en juego como agravante, lo que rechazo— que entre el asesinato del 406, 3.ª y el infanticidio del 410 + agravante de veneno existiría una inequívoca relación de especialidad que decidiría la prevalencia de esta última calificación sobre la primera.

²⁶ Es decir: *Fernandez Albor*, op.cit., p. 873; *Carbonell*, ADPCP 1986, p. 998; *Coba/Carbonell*, op. cit., p. 527; *Queralt*, Derecho penal español, Parte Especial, volumen I, Barcelona,

b) La relación entre: parricidio + agravante de, por ejemplo, alevosía, por una parte, y: asesinato cualificado por la alevosía + agravante de parentesco, por otra, es una de concurso de leyes por alternatividad²⁷. Ya se de últimamente la relación de alternatividad no goza —tampoco en la doctrina española²⁸— de muy buena prensa; pero existe. Ello lo demuestra, entre otros y precisamente, el supuesto de hecho que nos ocupa. Pues si el concurso de leyes viene caracterizado por que un hecho es susceptible de dos calificaciones distintas, desplazando la una a la otra, entonces es evidente que, por ejemplo, la muerte alevosa del cónyuge puede ser subsumida, efectivamente, tanto en el 405 con la agravante de parentesco; e igualmente obvio es que las dos calificaciones (405 + 10, 1.ª-406, 1.ª + 11) no pueden aplicarse cumulativamente en concurso ideal porque cada una de ellas agota exhaustivamente los tres elementos jurídicopenalmente relevantes del hecho: muerte, alevosía, cónyuge como sujeto pasivo, y, por ello, hacer entrar en juego un concurso ideal supondría someter a un doble juicio de desvalor *en todos sus extremos* un único hecho²⁹. Evidente es también, por último, que la relación de concurso de leyes entre las dos calificaciones, porque ambas son idénticas a la hora de abarcar el supuesto de hecho, no es la de especialidad; ni tampoco la de subsidiariedad, porque ésta se caracteriza porque los tipos en conflicto abarcan dos aspectos *diferentes* del comportamiento, por ejemplo: inducción y complicidad (A convence a B para que asesine a X, y le entrega el cuchillo para hacerlo), siendo uno

de ellos (la complicidad) subsidiario, en el sentido de que sólo entra en juego para el caso de que no concurra el principal (en este caso: la inducción)³⁰; ni, menos aún, la de consunción, porque esta relación hace referencia también a dos aspectos *diferentes* del hecho (por ejemplo: abusos deshonestos violentos como tránsito hacia una posterior violación), desplazando el tipo absorbente al consumido.

Por consiguiente, si la relación parricidio + agravante genérica-asesinato + agravante de parentesco no es de concurso ideal, sino de leyes, pero dentro de éste no es aplicable a esa relación ni la especialidad ni la subsidiariedad ni la consunción, entonces, y aunque sólo sea por exclusión (ya veremos más adelante que no sólo es por eso), parece que lo que debe entrar en juego es la alternatividad.

c) La alternatividad se distingue de las otras tres modalidades de concurso de leyes por que en ella *las dos calificaciones en conflicto abarcan, no aspectos diferentes* de la conducta, sino *exhaustivamente todos los datos jurídicopenalmente relevantes*³¹, que es lo que sucede aquí, donde los tres elementos (muerte dolosa, parentesco y circunstancia cualificativa de asesinato) son tenidos igualmente en cuenta por las dos posibles calificaciones³².

Cuando un hecho es subsumible en dos o más preceptos, y éstos figuran en un concurso de leyes distinto del de la alternatividad, una vez resuelta cuál es la modalidad concursal aplicable, está resuelto también cuál es el tipo prevalente, pues el enunciado no sólo describe la relación concursal, sino también su solución: en la especialidad, la ley especial deroga a la general; en la subsidiariedad, la princi-

1986, p. 38; *R. Mourullo*, op. cit., p. 355; *Rodríguez Ramos*, Compendio de Derecho penal (Parte especial), 2.ª ed., Madrid, 1987, p. 48; *Muñoz Conde*, op. cit., pp. 52-53; *Mapelli*, El dolo eventual en el asesinato, ADPCP 1988, p. 431; *Bajo*, Manual de Derecho penal (Parte Especial), Delitos contra las personas, 3.ª ed., Madrid, 1989, p. 58.

²⁷ En este sentido: *F. Albor*, op. cit., p. 873; *R. Mourullo*, op. cit., p. 354; *Bajo*, op. cit., p. 58.

²⁸ Cfr. *Mir*, ADPCP 1988, p. 999 («De ahí que hoy suela optarse por prescindir del principio de alternatividad al exponer los criterios de solución del concurso de leyes»); *Sanz Morán*, op. cit., p. 671 («no hay espacio lógico para el pretendido principio de alternatividad en la solución de los conflictos normativos»). 672 («... el principio de alternatividad... carece de campo propio»). En cambio, parece aceptar la alternatividad como modalidad autónoma del concurso de leyes, *Luzón Peña* (ex discípulo mio), Delenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales, Estudios Penales y Criminológicos XI, Santiago de Compostela, 1988, pp. 292-293.

²⁹ Este concurso ideal sería más insostenible aun que el propuesto por *Mir*, porque este autor «sólo» desvalora dos veces uno de los datos (la muerte dolosa); pero no los tres (muerte, parentesco, alevosía) como sucedería si se aplicara aquí el concurso del artículo 71.

³⁰ *Sanz Morán*, op. cit., pp. 674-675, que rechaza el criterio de la alternatividad (cfr. supra nota 28), mantiene que la relación parricidio + agravante-asesinato + agravante es de subsidiariedad, siendo prevalente el parricidio, pues, en primer lugar, éste es «especial sobre el común [de asesinato], por tener un círculo más restringido de posibles destinatarios», y porque, en segundo lugar, el parricidio tiene una «fundamentación unitariamente orientada» frente al asesinato cuyas «características... [son de]... una gran mutabilidad y contingencia».

El primer argumento de *Sanz Morán* es tendencioso, pues emplea unos conceptos («común», «especial») cuyo alcance y significado en la teoría del concurso están fuera de discusión, para, a continuación, darles un nuevo y arbitrario significado que no tiene nada que ver con el tradicional («especial» sería ahora el parricidio porque «tiene el círculo más restringido de destinatarios»); pero una vez abandonado el significado estricto de lo que es «común» y «especial», igual de legítimo sería decir que el tipo especial es el del asesinato, porque «tiene el círculo más restringido de modos de comisión», y declarar, en consecuencia, la prevalencia de este.

Por lo que se refiere al segundo argumento, y aun admitiendo las descripciones de *Sanz Morán*, tampoco se entiende —ni *Sanz Morán* se esfuerza en argumentarlo— por qué ha de prevalecer lo que supuestamente tiene una «fundamentación unitariamente orientada» (el parricidio, el cual, por cierto, es un delito que muchas legislaciones desconocen) sobre lo que presuntamente es «mutable y contingente» (el asesinato), y no ha de suceder a la inversa.

³¹ Siendo indiferente si las penas que prevén las dos calificaciones en conflicto son de distinta o de la misma gravedad. *Carbonell*, ADPCP 1986, p. 997. Sólo reconoce la existencia de alternatividad en este último caso, pero no en el primero, por lo que, después de la reforma de 1983, niega que la relación parricidio + agravante-asesinato + parentesco sea una de alternatividad; pero sin razón: el concurso de leyes es siempre un problema del *supuesto de hecho* (que es subsumible total o parcialmente en distintas calificaciones), independientemente de cuales sean las consecuencias jurídicas (que, además y por lo general, suelen ser de distinta gravedad) vinculadas a esas calificaciones.

³² También y por dar un ejemplo más, existe relación de alternatividad entre las dos calificaciones posibles aplicables a la muerte alevosa de otra persona, porque ese comportamiento es subsumible, al mismo tiempo, en el artículo 407 con la agravante del 10, 1.ª y en el artículo 406, 1.ª, abarcando las dos calificaciones todos los datos jurídicopenalmente relevantes de la conducta. Esta relación de alternatividad (y no de especialidad, como afirma *Mir*, ADPCP 1988, p. 995: ¿qué elemento adicional y específico añade el 406, 1.ª que no esté contenido ya en la combinación 407 + 10, 1.ª?) se resuelve a favor del 406, 1.ª porque la existencia de ese tipo nos indica ya que en los delitos contra la vida el legislador ha querido dar a la alevosía una significación desvalorativa superior a la que desempeña en los restantes hechos punibles, donde opera como una agravante genérica mas.

pal desplaza a la subsidiaria; y en la consunción, la *lex consumens derogat legi consumptae*. En la alternatividad, en cambio, y ahí reside su principal dificultad, el simple enunciado sólo indica que hay que aplicar uno de los tipos (alternativos) en colisión, pero no resuelve a cuál de ellos hay que dar preferencia. (Acudir al art. 68, y declarar prevalente, con ello, la calificación que tiene la pena más severa —en este caso, pues, la del asesinato con la agravante de parentesco—, no puede constituir el argumento decisivo y único, ya que, como es sabido y tal como sucede, por ejemplo, en la relación parricidio-infanticidio, no siempre se resuelven los concursos de leyes con una aplicación mecánica del mencionado artículo 68).

Por consiguiente, una vez detectada una determinada relación de alternatividad, tal como la que concurre aquí entre: asesinato + artículo 11-parricidio + agravante genérica, y dado que la enunciación (alternatividad) no lleva consigo la solución, el paso siguiente es el de investigar qué criterios *concretos* son los que en el *concreto* concurso (alternativo) de leyes van a decidir cuál de las dos calificaciones en conflicto y excluyentes entre sí debe prevalecer. En nuestro caso esos criterios son los que paso a exponer a continuación.

d) Desde el punto de vista de su relevancia (des)valorativa en la estructuración de los delitos contra la vida, las agravantes de los artículos 10 y 11 pueden dividirse en «*leves*», como la nocturnidad o el despoblado, que *no cambian el título de imputación*, entran en juego como genéricas del homicidio del 407, y mantienen la pena de reclusión menor de aquel que se impone en su grado medio o máximo; en agravantes «*intermedias*», integradas por algunas de las relaciones de parentesco (ascendientes, descendientes, cónyuge) contenidas en el artículo 11, que cambian el título de imputación a parricidio y elevan la pena a reclusión mayor en toda su extensión; y, finalmente, en «*hiperaggravantes*», constituidas por las previstas en el artículo 10, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 5.ª y 6.ª, que cambian asimismo el título de imputación de la muerte dolosa, transformándola en el asesinato del artículo 406 sancionado con una pena aún más grave: la de reclusión mayor en su grado máximo.

Sobre la base de estos criterios legales de valoración han de ser rechazadas, también en sus consecuencias punitivas, tanto la tesis del TS como la de *Mir*.

La tesis jurisprudencial, porque si una muerte sin más con la concurrencia de una agravante «leve» (por ejemplo, la nocturnidad) se castiga menos (re-

clusión menor en sus grados medio o máximo) que si concurre la «intermedia» de, por ejemplo, relación de descendencia (que se sanciona, como parricidio, con reclusión mayor), entonces lo mismo tiene que regir (menor pena para la «leve» que para la «intermedia») cuando concurren en una muerte (por ejemplo, alevosa) constitutiva de asesinato. Como la única calificación y sanción *posibles* de un asesinato cualificado por la alevosía en el que concurre la nocturnidad es la del artículo 406, 1.ª con la agravante del 10, 13, y, con ello, los grados medios o máximo de reclusión mayor en su grado máximo, de ahí que sea imposible que si en la misma muerte alevosa concurre, no una agravante «leve» como la de la nocturnidad, sino una más desvalorada, como la «intermedia» de relación de descendencia, disminuya la pena y haya que aplicar —como mantiene el TS al calificar ese hecho de parricidio con la agravante de alevosía— los grados medio o máximo de reclusión mayor: no puede ser que frente a una muerte sin más el parentesco tenga más gravedad que la nocturnidad y que frente a una muerte alevosa se cambie de pronto el criterio valorativo, y, como quiere el TS, entonces llega más gravedad la nocturnidad que la relación de descendencia.

La tesis de *Mir* es igualmente incompatible con la jerarquía axiológica de las agravantes de los artículos 10 y 11. Pues si en referencia a una muerte dolosa la concurrencia de una relación de descendencia (agravante «intermedia» que integra un delito de parricidio sancionado con reclusión mayor) tiene un desvalor menor que, por ejemplo, la «hiperaggravante» de premeditación (que fundamenta un asesinato y, con ello, la pena de reclusión mayor en su grado máximo), entonces no puede ser que cuando esas agravantes se conectan a una muerte alevosa cambien repentinamente los criterios de valoración y sea más grave matar alevosamente al hijo (grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo, según *Mir*, que aplica aquí el artículo 71 por estimar que existe un concurso ideal entre asesinato y parricidio) que matar a otro con las dos «hiperaggravantes» de alevosía y de premeditación (asesinato alevoso con la concurrencia, como genérica, de la premeditación e imposición, por consiguiente, de los grados medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo): es imposible que en relación a una muerte dolosa sin más tenga más gravedad la premeditación que la relación de descendencia y que frente a una muerte alevosa se invierta el criterio valorativo y, como quiere *Mir*, entonces opere con mayor severidad la relación de descendencia que la premeditación³³.

³³ La inversión valorativa no sería tan escandalosa si, en contra de toda la tradición jurisprudencial y doctrinal, se pretendiera ahora calificar una muerte alevosa y premeditada, no como un asesinato del 406, 1.ª con la agravante genérica del 10, 2.ª, sino como un concurso ideal de un asesinato del 406, 1.ª con otro asesinato del 406, 2.ª, pues de esta manera *Ruiz* conseguiría que la «hiperaggravante» del 10, 2.ª operara, al menos, con la *misma* intensidad —y no con una *inferior*— que la agravante «intermedia» del art. 11. Pero, aun prescindiendo de la objeción (Supra II 3 b y c) de que acudir a un concurso ideal entre el 406, 1.ª, con otro asesinato del 406, 2.ª, pues de esta manera *Ruiz* conseguiría que la «hiperaggravante» del 10, 2.ª operara al menos, con la *misma* intensidad —y no con una *inferior*— que la agravante «interme-

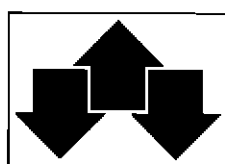
dia» del art. 11. Pero, aun prescindiendo de la objeción (supra II 3 b y c) de que acudir a un concurso ideal entre el 406, 1.ª y el 406, 2.ª supondría someter a una doble desvaloración una única muerte dolosa, esa hipotética solución seguiría sin ser viable; porque su desarrollo consecuente llevaría a apreciar —todo ello en concurso ideal— no sólo dos asesinatos cuando en una sola muerte concurren la premeditación y la alevosía, sino también tres asesinatos si, además de la existencia de alevosía y de premeditación, se ha actuado por precio, y cuatro asesinatos si la muerte premeditada, alevosa y por precio se ha ejecutado con ensañamiento, y cinco asesinatos... francamente, un cadáver no da para tantos asesinatos consumados.

5. Consideraciones finales sobre la relación parricidio-asesinato

Después de rechazar en su fundamentación tanto a tesis del TS (supra II 2) como la del concurso ideal (supra II 3) hemos llegado a la conclusión de que esas dos soluciones llevan, además, a resultados incompatibles con la escala valorativa del CP: la tesis del TS, porque frente a la muerte alevosa la agravante «leve» de, por ejemplo, nocturnidad condiciona la aplicación de una pena más severa que la agravante «intermedia» de parentesco; la del concurso ideal, porque frente a una muerte alevosa la agravante «intermedia» de parentesco condiciona una pena más severa que la «hiperaggravante» de, por ejemplo, premeditación.

La solución de la alternativa que aquí se mantiene evita esas contradicciones valorativas: la muer-

te de un pariente del 405 en la que concurre una circunstancia cualificativa de asesinato ha de ser calificada sobre la base del artículo 406 con la agravante del artículo 11. Ciertamente que entonces, y en referencia, por ejemplo, a una muerte alevosa, todas las circunstancias: las «leves», las «intermedias» y las «hiperaggravantes», operan de igual manera en cuanto que cada una de ellas condiciona la aplicación de la misma pena: el grado medio o máximo de reclusión mayor en su grado máximo. Pero una cosa es que el CP no pueda matizar siempre entre las distintas agravantes según cuál sea su diferente grado (des)valorativo y que, en ocasiones, *equipare* el peso de todas ellas, y otra muy distinta entrar en el descontrol axiológico del TS y de los partidarios de la tesis del concurso ideal y sancionar más severamente lo «leve» que lo «intermedio», o lo «intermedio» que lo «hiperaggravado».



EDITORIAL COLEX

Rafael Calvo, 42. bajo izda. - 28010 Madrid - Tels. 319 65 06 - 319 67 54 - Fax 319 43 97

TEXTOS LEGALES PUBLICADOS RECIENTEMENTE

LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

PRIMERA EDICION 1990

Concordancias, comentarios y legislación complementaria

AUTORES

JOSE ALMAGRO NOSETE y otros

464 PAGINAS - P.V.P. 3.600 PTS. (IVA INCLUIDO)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

TERCERA EDICION 1990

Corregida y revisada. Concordancias y comentarios a los procedimientos ordinario y abreviado. Jurisprudencia y leyes complementarias

AUTORES

ANTONIO GONZALEZ CUELLAR-GARCIA y otros

978 PAGINAS - P.V.P. 5.800 PTS. (IVA INCLUIDO)

CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION MERCANTIL COMPLEMENTARIA

SEGUNDA EDICION 1990

Legislación básica sobre el Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentarios

AUTOR

FRANCISCO CASTRO MEIJE y otros

2 TOMOS - 1.136 PÁGS. - P.V.P. 6.400 PTS. (IVA INCLUIDO)

LEGISLACION DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRIMERA EDICION 1990

AUTOR

ALFONSO JOSE VILLAGOMEZ CEBRIAN

976 PAGINAS - P.V.P. 5.900 PTS. (IVA INCLUIDO)

El derecho de huelga en los servicios esenciales

José María GOERLICH PESET

1. El tema de la huelga en los servicios esenciales se plantea a partir de la toma de conciencia de que determinados tipos de huelga trascienden en cuanto a su incidencia del ámbito estricto de las relaciones de trabajo. En efecto, lo normal es que el fenómeno huelga permanezca confinado en el terreno de las relaciones entre trabajadores y empresarios. Sin embargo, es posible que, en razón de sus características o, sobre todo, en función de los sectores que a los que afecta, proyecte sus efectos sobre terceras personas, lesionando intereses legítimos de éstos. Desde este punto de vista, la huelga en los servicios esenciales no es más que una huelga cuyos efectos se proyectan negativamente sobre la comunidad.

Nuestra Constitución ha sido consciente de esta realidad. Y por ello en el mismo precepto en el que reconoce el derecho fundamental de huelga, procede a establecer que «la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

2. El primer problema interpretativo que plantea el último inciso del artículo 28.2 de la Constitución al que acaba de aludirse es precisamente el de determinar qué deba entenderse por servicios esenciales.

Obviamente, para resolverlo, habrá que estar, ante todo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional en materia de servicios esenciales no permite todavía dar una respuesta concluyente a la cuestión. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional se ha negado a delimitar de forma general, cuando ha tenido oportunidad de hacerlo —como en la sentencia de 8 de abril de 1981, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente al Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo—, lo que deba entenderse por servicios esenciales. Ha preferido remitir la determinación a futuros pronunciamientos recaídos en recurso de amparo.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional recaída en amparo no es todavía suficiente como para poder llegar con certeza a una enumeración taxativa de los servicios que puedan considerarse esenciales para la comunidad. Son pocas las sentencias constitucionales dictadas sobre este tema y la mayor parte de ellas se refieren a los transportes.

3. Con todo, el Tribunal Constitucional sí que ha suministrado, en la jurisprudencia de amparo, algunos criterios generales para definir el concepto de servicios esenciales. Criterios que indudablemente han de inspirar la interpretación que del mismo realicen los intérpretes ordinarios. Estos criterios se encuentran ya explicitados en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de noviembre de 1981, habiéndose insistido sobre ellos en las de 24 de abril y 5 de mayo de 1986 y 15 de marzo de 1990.

Básicamente son dos las ideas que inspiran la actuación del Tribunal Constitucional. De una parte, el Tribunal Constitucional viene a entender que en la medida en que la protección de los servicios esenciales va a incidir negativamente sobre el derecho fundamental de huelga, sólo aquellos servicios que se encuentren protegidos por la propia Constitución van a poder ser considerados esenciales para la comunidad y, consecuentemente, sólo en ese ámbito será posible la restricción del derecho de huelga. Desde este punto de vista, el Tribunal Constitucional señala que los bienes e intereses esenciales son «los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos» (sentencia de 17 de noviembre de 1981, f.j. 10.º).

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha optado por una determinada interpretación de lo que deba entenderse por servicio esencial. Eran dos las posibilidades que se ofrecían. Podía entenderse que «servicios esenciales son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que deriven prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad». Pero, de otra parte, es posible entender que un servicio es esencial no tanto «por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende», y en definitiva por la satisfacción de los intereses esenciales que se satisfacen.

4. Pues bien, el Tribunal ha optado decididamente por esta última interpretación, que, aunque más insegura, aparece como más respetuosa del derecho de huelga. En efecto, al excluir a la mera actividad dirigida a satisfacer prestaciones esenciales, va a resultar difícil determinar *a priori* la existencia de actividades esenciales y, en definitiva, del ámbito en el que pueden jugar las restricciones. Pero, a la vez, al predicarse la esencialidad no de la actividad sino de los intereses, se afirma paralelamente un principio de mínima compresión del derecho de huelga que sólo podrá venir restringido cuando se acredite la existencia de incompatibilidad entre la huelga y la satisfacción de los intereses y sólo en la medida en que ésta exista.

Obsérvese que ello obliga a delimitar el concepto

de servicio esencial de una forma relativa y concreta con respecto a la situación de huelga y de otros parámetros. El Tribunal Constitucional es consciente de ello. Ya en la sentencia de 17 de noviembre de 1981 ha establecido expresamente que la posibilidad de garantizar el servicio esencial se encuentra estrechamente vinculada con «la extensión territorial que la huelga alcanza, la extensión personal y la duración». Y por lo que se refiere a otros parámetros, han sido valorados en otros pronunciamientos. Es por ejemplo el caso de la alternatividad del servicio afectado por la huelga. De la sentencia de 15 de marzo de 1990 puede inferirse, a *contrario*, que cuando el servicio prestado por las empresas afectadas por la huelga pueda ser obtenido alternativamente por los ciudadanos, no ha lugar a considerar la existencia de servicio esencial.

EL CONCEPTO DE «GARANTIAS PRECISAS»

5. El segundo problema jurídico que plantea el último inciso del artículo 28.2 de la Constitución en relación con la huelga en los servicios esenciales es el de saber cuáles son las «garantías precisas» que la Ley puede establecer en aras a su mantenimiento.

Baylos, en su exhaustiva monografía, pone de relieve cómo son varias las técnicas jurídicas que pueden utilizarse a estos efectos. Una clasificación de las mismas podría distinguir entre las «ordinarias» y las «extraordinarias». Las primeras —tales como el preaviso o la publicidad— plantean escasos problemas jurídicos toda vez que no implican un sacrificio frontal del derecho de huelga sino meras restricciones procedimentales a su ejercicio. Es precisamente esta circunstancia la que hace que, en la práctica, puedan ser de escasa incisividad desde el punto de vista del respeto de los derechos esenciales.

6. El grueso de los problemas jurídicos se plantea, pues, en relación con las garantías extraordinarias que, de una forma u otra, implican un sacrificio del derecho de huelga. Son varias las que, aun a falta de una Ley de huelgas postconstitucional, el Ordenamiento ofrece: desde la privación total de la titularidad del derecho de huelga para ciertos colectivos hasta las distintas posibilidades de establecer restricciones concretas a su ejercicio —militarización del personal, establecimiento de servicios mínimos, arbitraje obligatorio—, pasando por la sustitución de los trabajadores huelguistas por efectivos militares y/o de las fuerzas de orden público.

Es claro, sin embargo, que, entre todas ellas, la única que merece atención particularizada es el establecimiento de servicios mínimos. Ello es así, en atención a dos consideraciones. En primer término, es preciso tener en cuenta que, desde un punto de vista jurídico, no todas las instituciones que han sido aludidas se encuentran en el mismo plano. Por el contrario, y sin entrar ahora en demostraciones, es evidente que el establecimiento de servicios mínimos es, paradójicamente, la que menos restricción supone del derecho de huelga. Puede además ser utilizada en relación con el conjunto de los servicios esenciales y sin que concurran circunstancias que podemos conceptuar como de anomalía constitucional.

En segundo término, y desde un punto de vista político-sindical, resulta evidente que es la temática de los servicios mínimos la que resulta más interesante. Ello es así en la medida en que no cabe duda de que es, en la actualidad, uno de los puntos más discutidos en relación con la regulación de la huelga, como tendremos ocasión de ver más adelante.

EL PANORAMA NORMATIVO DEL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS

a) Normativa aplicable

7. Entrando, pues, en el tema de los servicios mínimos, es necesario, ante todo, señalar que el soporte legislativo que permite el establecimiento de servicios mínimos es el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo de 1977. Se trata de una norma preconstitucional que, como es sabido, ha superado un primer test de constitucionalidad tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Por ello, es posible establecer prestaciones obligatorias de servicios —servicios mínimos— durante una situación de huelga. Ahora bien, no puede olvidarse que, si bien, el precepto se mantiene íntegro tras esta sentencia, la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza en ésta y en sentencias posteriores ha afectado materialmente su contenido.

De entrada, la interpretación del Tribunal Constitucional ha incidido sobre el supuesto de hecho de la norma. El Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo se refiere a huelgas que se declaren en «empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida o inaplazable necesidad (cuando) concurran circunstancias de especial gravedad». A partir de la sentencia de 8 de abril de 1981 hay que entender, sin embargo, que esa expresión es equivalente a la de servicios esenciales utilizada por el artículo 28.2 de la Constitución —y en los términos desarrollados por el propio Tribunal Constitucional.

b) Aspectos subjetivos: competencia para imponer servicios mínimos

8. El Tribunal Constitucional ha reflexionado también, en segundo lugar, acerca del organismo legitimado. En este terreno, el Tribunal ha salvado también la constitucionalidad del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo al entender que la decisión acerca del establecimiento de servicios mínimos no puede corresponder a los interesados —convocantes de la huelga; empresarios destinatarios de la misma— sino a un tercero imparcial con responsabilidades políticas (sentencia de 8 de abril de 1981, f.j. 18.º). Sólo de esta forma es posible, a juicio del Tribunal, garantizar adecuadamente la permanencia de los servicios esenciales y, simultáneamente, el respeto al contenido esencial del derecho de huelga.

Con posterioridad, la jurisprudencia ha terminado por perfilar estos aspectos subjetivos del estableci-

miento de servicios mínimos. De un lado, ha tenido ocasión de precisar que la autoridad gubernativa a la que se refiere el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo puede ser tanto la Central como la Autonómica, en el ámbito de sus respectivas competencias. E, incluso, la figura del alcalde ha aparecido como idónea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SsTS de 10 de mayo de 1986 —sala 3.ª— y 15 de abril de 1987 —sala 5.ª—).

9. De otro lado, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de delimitar los rasgos jurídicos de esta competencia y, sobre todo, el papel que los interesados pueden jugar en la delimitación de los servicios mínimos.

A este respecto, las ideas en las que ha insistido el Tribunal Constitucional son las siguientes. En primer lugar, la competencia para fijar los servicios mínimos corresponde a la autoridad gubernativa —entendida dentro de las coordinadas interpretativas que ya se han analizado—. Lo importante es que tal competencia aparece, en principio, como irrenunciable. O, si se prefiere, ha de ser necesariamente ejercitada por la autoridad gubernativa. La necesidad del ejercicio de la competencia por la autoridad política tiene dos significados distintos. De un lado, implica la imposibilidad de que la autoridad competente en el Estado o en la Comunidad Autónoma sea sustituida por cualquier otra autoridad administrativa. Por otra parte, el ejercicio de la competencia no puede ser sustituido por mecanismos autorizatorios de las decisiones adoptadas por autoridades administrativas inferiores —en contacto directo con el conflicto abierto— (sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de noviembre de 1981 y 3 de febrero de 1989). En definitiva, la decisión de establecer los servicios mínimos y los criterios básicos para su determinación corresponden en exclusiva a la autoridad gubernativa aunque será posible que la autoridad gubernativa delegue en otras personas u organismos la especificación técnica de los criterios que haya establecido.

10. El segundo sentido que asume la irrenunciabilidad de esta competencia se encuentra en relación con el tema del papel que corresponde a los interesados en la huelga en la determinación de los servicios mínimos. El Tribunal Constitucional es consciente de la conveniencia de que los interesados sean oídos en el momento de fijar los servicios mínimos e, incluso, que el tema sea solucionado a través de fórmulas de negociación entre aquéllos. Sin embargo, ello no altera la exigencia de que la decisión última corresponda a la autoridad gubernativa que no viene vinculada por los criterios o acuerdos formulados por los interesados ni, lo que es más importante, está obligada a abrir trámite previo alguno de consultas o negociación con ellos (sentencia de 24 de abril de 1986).

c) Garantías para los huelguistas

11. Obviamente, y ésta es la tercera característica del régimen jurídico de los servicios mínimos, el Tribunal Constitucional es consciente de que la actuación del artículo 10.2 del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo termina por implicar un sacrificio

del derecho fundamental de huelga. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional se preocupa desde el primer momento de establecer determinadas garantías destinadas a evitar que se produzcan sacrificios abusivos del mismo.

Obviamente, existen garantías de tipo material —puesto que los servicios mínimos acordados habrán de ajustarse al concepto de servicios esenciales al que ya se ha aludido—. Pero, sobre todo, el Tribunal Constitucional ha reflexionado sobre las garantías del tipo procedimental.

12. Ya desde la sentencia de 8 de abril de 1981 se ha insistido —tanto en los fundamentos jurídicos como en el fallo— en la posibilidad de control jurisdiccional del establecimiento de servicios mínimos. Es a la autoridad judicial a la que los huelguistas deben dirigirse si estiman que su derecho fundamental ha sido lesionado por la actuación gubernativa.

Por otra parte, el Tribunal constitucional ha establecido una serie de garantías instrumentales dirigidas a facilitar el control jurisdiccional. Me refiero esencialmente a la obligación de motivación de la imposición de servicios mínimos. Alrededor de esta obligación, la jurisprudencia constitucional ha establecido las siguientes ideas:

a) En primer término, la motivación de la imposición de servicios mínimos no equivale a la motivación genérica de los actos administrativos. Se trata de una motivación mucho más estricta que permita a la jurisdicción un efectivo control de la actuación gubernativa (sentencias de 24 de abril de 1986).

b) En segundo lugar, la obligación de motivar produce, en cierto modo, una inversión de la carga de la prueba. La obligación de motivación implica que la autoridad ha de estar en todo momento en posición de probar que su actuación restrictiva del derecho fundamental se encuentra justificada en la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales. Se traslada con ello la carga de la prueba a la Administración, invirtiendo el principio general consagrado por las reglas del Código civil (sentencia de 17 de noviembre de 1981).

c) En todo caso, y en tercer lugar, la obligación de motivación no se instituye exclusivamente como instrumental al desarrollo del proceso de impugnación de los servicios mínimos sino que se refiere al propio acto gubernativo que los impone. De este modo, será nulo aquel acto de imposición de los servicios mínimos que no exprese suficientemente los factores que lo motivan. Este requisito —del que sólo se dispensan aquellos servicios mínimos cuya necesidad sea de «general conocimiento»— aparece así como una garantía para los huelguistas que podrán acceder a los factores o razones que justifiquen la decisión y, en posesión de tales elementos, podrán decidir si impugnarla o no (sentencia de 3 de febrero de 1989).

LOS PUNTOS DEBILES DEL SISTEMA DE LOS SERVICIOS MINIMOS

13. Hasta aquí, la configuración normativa de la institución de los servicios mínimos. Interesa ahora entrar en la valoración de su funcionamiento práctico en la medida en que, sin duda, el tema de los ser-

vicios mínimos es una de las facetas de la regulación actual de la huelga en la que la insatisfacción de los interesados es más marcada (Rodríguez-Piñero).

Y es que, si en el plano abstracto, la institución resulta perfectamente coherente con el marco constitucional, cuando se pasa a analizar su funcionamiento concreto uno se encuentra ante una institución duramente contestada en el medio sindical. Ello se debe posiblemente a la existencia de una serie de «puntos débiles» en su funcionamiento concreto. Esto es, en el momento de producirse las decisiones administrativas de imposición de los servicios mínimos y el subsiguiente control jurisdiccional.

14. El primer punto débil viene constituido, a mi juicio, por la ampliación del concepto de servicios esenciales. Aunque hemos visto cómo en la jurisprudencia constitucional son dos los criterios que se manejan para definir este concepto, lo cierto es que en la práctica uno parece prevalecer de forma definitiva sobre el otro. Así, cara a la imposición administrativa de servicios mínimos y a su posterior revisión jurisdiccional, lo decisivo parece ser el que la huelga se desarrolle en algún sector que afecte a intereses constitucionales y no el carácter que éstos tengan o el daño que efectivamente se les infrinja —en función de la duración, de la extensión o de la posibilidad de emplear medios alternativos.

Obviamente, como ha denunciado algún sector doctrinal (Ojeda, Valdés), esta interpretación es muy peligrosa cuando de lo que se dispone es de una Constitución como la nuestra en la que casi todas las cosas tienen un reflejo constitucional. En efecto, al centrarse más en los derechos e intereses constitucionalmente protegidos, es posible ampliar enormemente la noción de servicios esenciales que puede pasar a englobar cualquier situación de anormalidad de la vida ciudadana contemplada en la Constitución. Es particularmente significativo en este terreno la convalidación jurisprudencial de la imposición de servicios mínimos en el Museo del Prado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1989 —sala 5.ª—). Del mismo modo, fijarse exclusivamente en este criterio, conduce a la falta de valoración de los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional como determinantes de la lesión a los intereses esenciales de la comunidad —muy significativamente, el de la alternatividad en la prestación; véase, por ejemplo, el Decreto de servicios mínimos de 1982, en relación con las autopistas de peaje—. En definitiva, con todo ello, se corre el riesgo de perder de vista la noción de «mantenimiento de los servicios esenciales» y sustituirla por la de «comodidad en el disfrute de los servicios públicos».

15. En segundo lugar, existe un punto débil muy serio en cuanto al procedimiento para la imposición de los servicios mínimos. Es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha buscado una garantía del derecho de los huelguistas en la atribución de la competencia para la imposición de servicios mínimos a una autoridad imparcial con responsabilidades políticas. Ahora bien, no puede nunca olvidarse que, con respecto a la huelga en los servicios esenciales, es difícil entender que

la autoridad gubernativa llegue a ser un tercero imparcial en el conflicto (Cruz Villalón). Aparte de que siempre puede existir un interés indirecto por parte del Gobierno en el correcto funcionamiento del servicio afectado por la huelga, va a ser bastante normal que exista un interés directo cuando el propio Gobierno sea destinatario de la huelga —en el caso de huelgas en servicios de titularidad directamente pública o de finalidad política—. Obviamente, con ese interés puede resultar difícil que el Gobierno asuma una función neutral y, en consecuencia, que en la valoración de los servicios mínimos actúe con el máximo respeto de los intereses de los huelguistas.

Este problema tiene difícil solución en la medida en que la postura del Tribunal Constitucional acerca de esta atribución se encuentra ya consolidada y es, en términos teóricos, perfectamente coherente. Pero hay que tener en cuenta que el propio Tribunal ha abierto posibilidades a la intervención de otras entidades, y en especial, a la de los interesados. Es claro que una correcta utilización por parte de la autoridad gubernativa de estas facultades, permitiría soslayar un tanto este inconveniente. Sin embargo, a la vista de las decisiones jurisprudenciales, es posible concluir que las mismas no siempre son empleadas y que, cuando lo son, se emplean precisamente en detrimento del ejercicio del derecho de huelga —con aquiescencia, en ocasiones, de los Tribunales.

Este hecho podemos verlo en distintas tendencias jurisprudenciales. En primer lugar, el Tribunal Supremo —instado, sin duda, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— ha abandonado su primera interpretación jurisprudencial en la que se declaraban nulas las imposiciones de servicios mínimos realizadas sin audiencia de los huelguistas. Sin entrar en valoraciones, la propia existencia de contenidos sobre este particular demuestra que, en ocasiones, la imposición de servicios mínimos, se produce sin oír a los interesados o, mejor, sin oír a los sindicatos. Por otra parte, la jurisprudencia ha convalidado las delegaciones de tipo técnico en las empresas afectadas. Nuevamente sin entrar en valoraciones, es claro que esta circunstancia implica que puede existir ausencia de los sindicatos en la puesta en práctica de las medidas.

Obviamente, se está operando dentro de la constitucionalidad tal y como ésta ha sido definida por el Tribunal Constitucional. Pero es claro que dentro de la constitucionalidad caben otras posibilidades, más acordes con el principio de autotutela, que no se están empleando de forma generalizada. Por otra parte, la falta de utilización de estas posibilidades y, en concreto, de la participación de los sindicatos en los momentos anteriores y posteriores a la decisión de establecimiento de servicios mínimos puede llevar a situaciones aberrantes como la resuelta en la STS de 14 de mayo de 1986 —sala 3.ª— en la que se declara ajustado a derecho el desempeño de los servicios mínimos por los trabajadores huelguistas aun cuando existan trabajadores no huelguistas (en contra de este criterio, la STCT de 9 de julio de 1985).

16. En atención a los dos puntos débiles que ya se han individualizado, es perfectamente posible que se produzcan situaciones en las que los servicios mínimos se establezcan de forma abusiva. La

circunstancia de que, en vía jurisdiccional, hayan prosperado un buen número de recursos indica que esto es así efectivamente.

Ahora bien, es preciso entonces resaltar la existencia de un tercer punto débil: el de la insuficiencia de las garantías formales establecidas por el Tribunal Constitucional para la posición de los huelguistas. En efecto, como vimos, éste las ha centrado en la posibilidad del control jurisdiccional de la actuación gubernativa. Sin embargo, el control jurisdiccional tal y como se está produciendo no puede considerarse efectivo. Varias son las manifestaciones de esta ineffectividad.

De entrada, resulta de todo punto imposible conseguir pronunciamientos jurisdiccionales que resuelvan acerca de la corrección o incorrección de la actuación gubernativa antes de que la huelga se desarrolle efectivamente. El problema deriva directamente de la inexistencia de exigencias de plazo para la imposición de los servicios mínimos. Aunque el preaviso de la huelga es en los servicios esenciales de diez días (artículo 4 del Real Decreto-Ley de relaciones de trabajo), la decisión acerca de los servicios mínimos no está sometida, según la jurisprudencia ordinaria (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1987 —sala 5.ª—), a exigencia alguna de plazo. Y ni siquiera, según la jurisprudencia constitucional, a requisitos formales en materia de notificación —siempre que se acredite el efectivo conocimiento por los huelguistas— (sentencia del Tribunal constitucional de 24 de abril de 1986). Obviamente estas circunstancias impiden una fiscalización jurisdiccional *a priori*. Por supuesto, de carácter definitivo —dado que difícilmente puede llegarse a sentencia, ni siquiera por el procedimiento sumario y preferente arbitrado por la Ley 62/1978, dentro de las coordenadas temporales a las que se ha hecho referencia—, pero tampoco de carácter provisional —pues la práctica jurisprudencial indica que resulta imposible tramitar de acuerdo con la citada ley la suspensión del acto de imposición de servicios mínimos con anterioridad al principio de la huelga, sin que ello suponga, a juicio del Tribunal Supremo, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo —sala 5.ª— de 26 de mayo y 5 de junio de 1987).

Ante esta situación, resulta evidente que el control a realizar por la jurisdicción ordinaria resulta extraordinariamente limitado. De una parte, porque la jurisprudencia ha limitado en ocasiones la cognición, dado el carácter sumario del proceso de la Ley 62/1978 —así, en relación, por ejemplo, con los temas de motivación (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1987 —sala 5.ª— y 17 de mayo de 1987 —sala 3.ª—). Pero, de otra parte, y sobre todo, porque, como hemos visto, el citado control se ha de desarrollar «a toro pasado», es decir, cuando ya la huelga ha terminado. En estas condiciones, si la pretensión ejercida por los huelguistas es simplemente de carácter impugnatorio, las lesiones al derecho de huelga que la imposición de servicios mínimos haya podido producir terminan por convertirse en irreversibles. De este modo, los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que, por razones de contenido o formales, declaran la incons-

titucionalidad de la imposición de servicios mínimos no permiten una efectiva reparación del daño sufrido por los huelguistas. Y, lo que es peor, nada impide que pueda incurrirse en idénticos abusos con posterioridad.

17. Obviamente, existen algunas propuestas doctrinales dirigidas a encontrar sistemas que garanticen una mayor contundencia del control judicial. Se ha propuesto en esta línea recurrir a la tutela indemnizatoria (Baylos). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que este terreno se encuentra todavía, por lo que yo sé, virgen de pronunciamientos jurisdiccionales. Hasta el momento, la jurisprudencia se ha limitado a rechazar expresamente la jurisprudencia la posibilidad de solicitar indemnizaciones tanto por la vía del procedimiento de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales (sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 1986 —citada por Baylos—) como por la del procedimiento de conflicto colectivo (sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de febrero de 1985).

Por ello, la única posibilidad de encontrar una garantía efectiva de la posición de los huelguistas se encuentra, hoy por hoy, en el recurso a las instituciones de autotutela. Me estoy refiriendo a las posibilidades de ejercer un derecho de resistencia frente a la imposición de los servicios mínimos —por analogía al que se ha defendido en relación con la institución de los servicios de mantenimiento (González Biedma)—. Es claro que la admisión de esta posibilidad encuentra, sin embargo, dos claros límites. El primero relacionado con los intereses implicados en la huelga en los servicios esenciales —ya que si se admite la licitud de la resistencia, es posible terminar con la garantía de estos servicios—. El segundo relacionado con el cuarto y último de los puntos débiles del sistema de los servicios mínimos: la dificultad de determinar *a priori* si un determinado servicio mínimo es o no abusivo.

En efecto, en la medida en que el propio concepto de servicio esencial es, como ya sabemos, un concepto relativo, el carácter abusivo o no de los servicios mínimos resulta ser a su vez un concepto indeterminado. No existen criterios jurisprudenciales seguros a la hora de determinar si un servicio es o no abusivo. El Tribunal Constitucional ha suministrado varios criterios. Coherente con la propia concepción de lo que ha de entenderse por servicios esencial, ha entendido que los servicios mínimos han de valorarse atendiendo a «la extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, las necesidades que en la concreta coyuntura existan y la oferta de mantenimiento o de preservación que los convocantes de la huelga hayan hecho» (sentencia de 17 de noviembre de 1981, f.j. 15.º). Sin embargo, es obvio que se trata de factores cuya primacía habrá de determinarse, caso por caso, en función de los supuestos enjuiciados.

En consecuencia, es lógico que los criterios empleados por la jurisprudencia ordinaria vayan variando en atención a las circunstancias de hecho, convirtiendo el tema de la calificación de los servicios mínimos como abusivos en uno de los más complejos. En efecto, si de entrada es posible observar cómo el carácter abusivo puede deducirse de indicios numéricos tales como la plantilla empleada du-

rante la huelga en comparación con la habitual (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo —sala 5.ª— de 12 de mayo de 1988) o los trabajadores que prestan servicios durante los festivos (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo —sala 3.ª— de 10 de mayo de 1986), es posible observar cómo tales criterios son claramente rechazados cuando la huelga puede tener efecto multiplicador de sus incidencias sobre la comunidad —en razón del servicio esencial afectado (sentencia del Tribunal Supremo —sala 5.ª— de 29 de mayo de 1987) o de su ubicación o duración temporales (sentencia del Tribunal Supremo —sala 5.ª— de 19 de enero de 1988)—. El resultado es claro: ni siquiera dentro del mismo sector es posible determinar *a priori*, sobre la base de pronunciamientos anteriores de los propios Tribunales, la legitimidad o ilegitimidad de los servicios esenciales acordados. Se ha visto claro en el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo de 1990 en el que el Tribunal declara legítimo los servicios mínimos establecidos a pesar de que idénticos servicios fueron considerados abusivos en huelga anterior por la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, es preciso señalar que la jurisdicción ordinaria no siempre maneja con excesivo rigor los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional. En ocasiones da entrada a valoraciones de tipo organizativo que nada tienen que ver con el respeto de los servicios esenciales (sentencia del Tribunal Supremo —sala 5.ª— de 11 de mayo de 1987). E, incluso, ha llegado a afirmar la prevalencia, en caso de duda, del servicio esencial sobre la huelga (sentencia del Tribunal Supremo —sala 3.ª— de 27 de enero de 1987), siendo a mi juicio evidente que en estos supuestos no hay lugar para la duda, dado el rango de los intereses en juego.

CONCLUSIONES

18. Las consecuencias del funcionamiento práctico de los servicios mínimos pueden llegar a ser catastróficas. De un lado, porque, como hemos visto, el actual marco normativo permite abusar de la institución, ocasionando daños graves al derecho fundamental de huelga. De otro, porque ante esta situación se produce un rechazo por parte de los interesados frente al sistema de los servicios mínimos, que se traduce, aparte de en fuertes críticas, en ocasionales incumplimientos de los servicios mínimos impuestos. Con la posible consecuencia de que, si esta situación se generaliza, no se garantice el mantenimiento de los servicios esenciales con los consiguientes daños para la comunidad.

Obviamente, ninguna de estas dos situaciones es deseable por lo que resulta imprescindible abrir el debate dirigido a la nueva regulación del tema. De hecho así se está haciendo, al menos en la doctrina jurídico-laboral. El tema de la huelga en los servicios esenciales es, sin duda, uno de los más trabajados en los últimos años.

19. Por ello, interesa brevemente, para concluir, señalar cuáles pueden ser los términos esenciales de este debate. En el fondo, cualquier propuesta de

regulación del tema de la huelga en los servicios esenciales ha de optar necesariamente entre autorreglamentación o heterorreglamentación. El primer concepto implica que han de ser los propios interesados en el conflicto los que procedan a autolimitar sus posibilidades de actuación conflictiva garantizando la prestación de servicios esenciales, bien a través de la negociación colectiva bien a través de los protocolos o declaraciones unilaterales acordados por las propias centrales sindicales. Obviamente, la idea de heterorreglamentación evoca un sistema similar al hoy existente en el que es organismo externo a las partes en conflicto el que garantiza la prestación de los citados servicios.

Los sindicatos son decididos partidarios de la autorreglamentación tomando como ejemplo la experiencia de otros países de nuestro entorno (señaladamente, Italia). Es preciso, sin embargo, recordar cuáles son los límites que la experiencia ha mostrado para los sistemas de autorreglamentación. A mi juicio, para que un sistema de autorreglamentación funcione de modo eficiente —esto es, permitiendo a la vez la garantía de los servicios esenciales y del derecho de huelga—, es preciso que las centrales sindicales que lo pongan en marcha se encuentren caracterizadas por la responsabilidad y la representatividad. Se hace necesario pues valorar las posibilidades de la autorreglamentación desde estas dos perspectivas. No se pone en duda que la primera se cumpla; pero si se cuestiona la existencia de la segunda.

En efecto, la pregunta a hacerse es la de si los sindicatos más representativos están en grado de garantizar, por sí solos, la prestación de los servicios esenciales. Y, aunque hay respuestas para todos los gustos, existe un sector doctrinal que lo pone en duda. Sin ánimo de entrar ahora en la descripción del fenómeno más amplio de la crisis de la representatividad sindical —al que también se ha dedicado un buen número de páginas en los últimos tiempos—, lo cierto es que ésta no alcanza —o no alcanza de manera suficiente— una buena parte de los sectores que podemos denominar esenciales. Sanidad, transporte o ciertos estratos de la función pública, por poner algún ejemplo, o bien escapan a la acción de los sindicatos más representativos a través de la constitución de sindicatos de carácter corporativo o bien son terreno abandonado para la aparición de movimientos asamblearios incontrolados. Desde este punto de vista, una solución normativa que descansa solamente sobre el principio de autorregulación puede implicar en el fondo una vulneración de la garantía de los servicios esenciales establecida por el artículo 28.2 de la Constitución.

De hecho, incluso en Italia, donde más se ha teorizado acerca de la abstención normativa en materia de conflictos colectivos y preconizado, por tanto, el principio de autorregulación en relación con los servicios esenciales, se ha terminado por emprender el camino de la heterorreglamentación o, al menos, el de la autorreglamentación controlada por el Estado.

20. Ello no obstante, no es posible desconocer la necesidad de que el principio de autorreglamentación sea más tenido en cuenta de lo que hasta la

fecha parece que es tenido. La futura Ley de huelgas, que se ha de debatir al parecer con ocasión de la segunda ronda de la concertación, podría ser un momento adecuado para solventar esta cuestión.

Las posibilidades para conceder mayor espacio a la autorregulación son varias —como se ha cuidado de señalar ya la doctrina—. Incluyen desde el establecimiento de la subsidiariedad de la actuación de las potestades administrativa en materia de fijación de servicios mínimos —que solo podrían ejercitarse en defecto de medidas suficientes autorreguladas— hasta el mantenimiento del esquema actual pero incrementando los mecanismos procedimentales que la permitan (audiencias, colaboración en la puesta en práctica). En esta última línea, el dispositivo establecido por los acuerdos alcanzados entre sindicatos más representativos y Comunidad valenciana con ocasión de la negociación autonómica de la «propuesta sindical prioritaria» puede considerarse un significativo primer paso —si bien posiblemente habría de ser incrementado, estableciendo garantías adicionales para las centrales sindicales.

21. En último término, la promulgación de una nueva Ley de huelgas podría ser un buen momento también para la clarificación de otros aspectos criticables de la actual situación. En primer lugar, sería preciso, a mi juicio, concretar al máximo el concepto de servicios esenciales, a través de una enumeración de los sectores de la vida ciudadana com-

prendidos en el mismo. Y, más aún, establecer criterios concretos y prácticos que permitan determinar las actividades esenciales dentro de los mismos. En la misma línea, podría ser conveniente discutir si la garantía de los servicios esenciales sólo puede lograrse a través de los servicios mínimos o es posible obtenerla a través de otras vías menos traumáticas para el derecho de huelga. En consecuencia, habría que especificar qué actividades esenciales han de cubrirse necesariamente a través de servicios mínimos y cuáles pueden garantizarse de otra forma.

En segundo lugar, sería indudablemente necesario también incrementar las posibilidades de control judicial, superándose los inconvenientes que ahora encuentra. En esta línea, quizá fuera conveniente residenciar la competencia para la impugnación de los actos administrativos de imposición de servicios mínimos en la jurisdicción laboral, para que el control se produjera a través del proceso de tutela de la libertad sindical —que, al menos sobre el papel, resulta mucho más ágil que la garantía contenciosa de la Ley 62/1978.

En todo caso, es muy posible que ambos temas puedan pasar a un segundo plano: bien mirado, si un nuevo sistema basado en la mayor participación de los interesados funcionara correctamente, difícilmente sería necesario acudir a estas formas de control.

JUECES *para la* DEMOCRACIA

10

INFORMACION Y DEBATE

SEPTIEMBRE/1990

SEPARATA

MATERIALES DEL V CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Cáceres, 28-30 de junio de 1990

SUMARIO

UNA PROPUESTA DE POLITICA JUDICIAL

I. PREAMBULO

II. PROGRAMA DE ACTUACION DE JUECES EN LOS PROXIMOS DOS AÑOS

- A) Funcionamiento interno de la Asociación
 - 1. Relaciones entre sus órganos y actuación de los mismos
 - Secretariado
 - Comité Permanente
 - Secciones Territoriales
 - Comisiones de Trabajo
 - 2. Revista
- B) Objetivos de actuación externa
 - 1. Formación permanente
 - 2. Actividad Sindical
 - 3. Relaciones sociales
 - 4. Relaciones con medios de comunicación social
 - 5. Relaciones institucionales
 - 6. Apertura de nuevas vías de debate

III. UN PROGRAMA DE POLITICA JUDICIAL PARA EL PROXIMO CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- A) La función política del Consejo
- B) Organización del Consejo
- C) Propuestas de actuación en sus diferentes áreas de competencia
 - 1. Inspección
 - 2. Formación y perfeccionamiento de Jueces
 - 3. Reorganización de la oficina judicial
 - 4. Independencia Judicial
 - 5. Política de nombramientos. Calificación
 - 6. Facultad disciplinaria
 - 7. Potestad reglamentaria

DECLARACIONES DEL V CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Sobre los presos de los Grapo en huelga de hambre

En favor del derecho a la libre sindicación en la guardia civil

COMUNICACIONES

Sobre el apartado III de la ponencia
Calificación, inspección y disciplina
Capítulos para la historia de un mandato
Sobre el servicio de inspección
Reorganización de la oficina judicial
En materia de formación.

Una propuesta de política judicial ¹

I. PREAMBULO

Siempre ha sido objetivo esencial de nuestra asociación la transformación democrática de la Justicia, y más concretamente lograr que la Justicia responda como Poder Político al modelo constitucional y como servicio público a las necesidades de la sociedad. Junto a este objetivo de actuación política (o si se quiere de política judicial) la Asociación ha potenciado, sobre todo a partir de su III Congreso (Santiago 1988), la actividad sindical. Esta dualidad responde a la propia naturaleza de las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados, que al reconocerse expresamente en el artículo 127 de la Constitución Española, inmediatamente después de la prohibición de pertenencia a partidos políticos y sindicatos, se configuran constitucionalmente como mecanismo ordinario de participación de los jueces en los asuntos públicos (artículo 23 de la Constitución Española) y como cauce de realización de su actividad reivindicativa como funcionarios, es decir, de su actuación sindical.

Jueces para la Democracia aprobó en su II Congreso (Madrid, 1986) unas líneas de Política Asociativa que siguen sustancialmente vigentes. Como objetivos prioritarios incluía: a) la denuncia pública de restricciones a los derechos fundamentales y libertades públicas; b) la mejora del servicio judicial; c) la búsqueda de mecanismos de comunicación entre la justicia y la sociedad; d) la permanente atención a la situación penitenciaria; e) el diseño de una política criminal progresista; f) la reivindicación de una política judicial efectivamente dependiente del Poder Judicial; g) la implantación del jurado. Junto a ello se aprobaron las Pautas de Actuación Asociativa, las líneas generales por las que debían regirse las relaciones institucionales y los principios básicos de actuación sindical denominada «defensa de los intereses profesionales, individuales y colectivos»; a su vez estos principios se desarrollaron y concretaron en la Ponencia sobre Actuación Sindical aprobada en nuestro III Congreso (Santiago, 1988).

Tanto las líneas generales de política asociativa como las específicas de actuación *sindical*, conti-

núan vigentes en la actualidad; esta ponencia no puede más que ratificarlas ² y ofrecer algunas concreciones en puntos específicos, además de llamar la atención sobre la necesidad de reflexionar sobre algunas cuestiones generales.

II. PROGRAMA DE ACTUACIÓN DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA EN LOS PROXIMOS DOS AÑOS

A) Funcionamiento interno de la Asociación

1. Relación entre sus órganos y actuación de los mismos

1.1. Secretariado

El Secretariado de *Jueces para la Democracia* es el órgano permanente de la Asociación con funciones de coordinación del resto de los órganos sociales, administración del patrimonio societario, y ejecución de los acuerdos que adopte tanto el mismo como el resto de los órganos.

Se organiza autónomamente en cuanto a su funcionamiento y tradicionalmente lo ha hecho delegando en cada uno de sus miembros o en varios conjuntamente, la gestión de sus diversos cometidos. Así el último tenía un Coordinador General, y Delegados de Organización, relaciones con los medios de comunicación, relaciones institucionales, relaciones internacionales, Secretario-Tesorero; en épocas anteriores tuvo organización semejante. En cualquier caso es importante mantener en dicho órgano esa capacidad de autoorganización.

Coordinación con otros órganos

La función de coordinación y comunicación con el resto de los órganos sociales que el Secretariado tiene encomendada (artículo 11 de los Estatutos) es la que debe ser fundamentalmente potenciada a fin de que toda la asociación está informada y actúe en relación con la problemática que en cualquier momento proceda tratar o discutir; lo que exige una mayor

¹ La ponencia original fue redactada por Gonzalo Molner, Cándido Conde-Pumpido y Luis Manglano. Se publica el texto definitivamente aprobado por el Congreso, destacando las enmiendas en negrita y haciendo constar el nombre del enmendante. Se aprobaron además otras enmiendas que pedían la supresión de determinados apartados de la ponencia, que por tanto, no se incluyen, siendo de destacar la aprobación de la enmienda que su-

primó la totalidad del apartado referido a la posible creación de la figura del secretario general.

² En el debate sobre la necesidad de reafirmar las señas de identidad de la asociación se destacó especialmente que la ponencia ratificaba de forma expresa las líneas generales de política asociativa y las específicas de actuación sindical, aprobadas en anteriores congresos.

fluidez en las relaciones entre los diversos órganos de la asociación para dar y recibir la información, las propuestas o los resultados de las diversas actividades.

Para ello, puesto que son nueve los miembros del Secretariado y tres los tipos de órganos a través de los que la Asociación actúa (comité permanente, comisiones de trabajo y secciones territoriales), se sugiere la conveniencia de que se designen otros tantos miembros del secretariado que se encarguen respectivamente de potenciar o implicarse de otra manera en la actuación de cada uno de ellos. En concreto el coordinador del comité permanente —que bien podría ser el mismo que coordinara el Secretariado— tendría como cometido convocar, presidir las deliberaciones, recoger las sugerencias y los acuerdos y dar cuenta de su cumplimiento. El coordinador de las secciones territoriales habría de promover las reuniones de las mismas con cierta periodicidad, asistir a alguna de tales reuniones cuando lo estimara necesario o se lo solicitaran, comunicar los acuerdos de unas a las otras y al Secretariado, y, en definitiva estar en comunicación permanente con esas secciones. El coordinador de las comisiones de trabajo habría de recibir información permanente de las mismas, sus sugerencias y conocer de las actividades y necesidades.

Boletín

La Comunicación permanente entre órganos, comisiones y asociados, con independencia del resto de medios utilizables tiene un vehículo hábil y atractivo cual es el Boletín de la Asociación. Este de reciente aparición ha sido aceptado como positivo por la generalidad de los compañeros. El Secretariado habría de nombrar a su director y el Boletín habría de tener periodicidad mensual, y ser utilizado como medio interno de comunicación. En tal sentido con vendría reservar algún apartado del mismo para las comisiones de trabajo y para las secciones territoriales.

Información directa a los asociados

Para mantener un mayor contacto directo con los asociados se reitera la necesidad de comunicar puntualmente a todos ellos los acuerdos adoptados tanto por el Secretariado como por el comité permanente.

1.2. Comité Permanente

El Comité es un órgano fundamentalmente deliberante, aunque tiene también el encargo estatutario de ejecutar los acuerdos de la Asamblea. En cualquier caso, dada su actual composición, en la que participan todos los coordinadores de las secciones territoriales constituye también un órgano de comunicación horizontal, sin perjuicio de aquellas funciones estatutarias. Como tal órgano de comuni-

cación interna de experiencias y actividades debe de ser aprovechado para conocerlas, valorarlas, asumirlas y extenderlas en su caso a toda la Asociación; por eso es fundamental que con carácter previo a cada comité se reúnan las secciones territoriales.

En el Comité, como máximo órgano entre congresos, debe de residenciarse la dación de cuenta periódica de su gestión por parte del Secretariado, así como de las secciones territoriales y de las comisiones de trabajo. Y deben de potenciarse sus reuniones para que sea en ellas en donde se debata y se adopten posturas sobre los diversos temas que preocupan a la asociación, en la línea de reforzar su carácter de órgano soberano entre congresos.

1.3. Secciones Territoriales

En la práctica se ha carecido de la vitalidad necesaria en la estructura básica asociativa. Habría que reflexionar sobre la tendencia social y asociativa a delegar las iniciativas y el trabajo al voluntarismo de unos pocos. Causas de ello podrían ser la insuficiente información, la tendencia social al escepticismo, el acomodamiento a posiciones poco comprometidas, las dificultades geográficas y laborales. Lo cierto es que no han funcionado como debieran y cualquier proyecto de futuro pasa por potenciar las infraestructuras asociativas, es decir, las secciones territoriales, como base de discusión, trabajo, captación y proyección social.

Mecanismos de potenciación podrían ser: a) una mayor información, puntual y más completa, por parte del Secretariado; b) una mayor autonomía en las resoluciones que puedan adoptarse en cuestiones del entorno social y jurídico de cada sección; c) posibilidad de que el Secretariado o el Comité permanente encarguen a una sección territorial estudios o trabajos concretos; d) una mejor flexibilidad económica que permita la asunción de proyectos necesitados de apoyos financieros; e) potenciar la incardinación o colaboración, individual y asociativa, en movimientos democráticos (Asociaciones de Juristas Demócratas, UPF, Sindicatos...); f) propugnar la creación de Jornadas de Discusión y Seminarios; g) avanzar en un proyecto de Escuela de Formación y Selección de Jueces, con pretensiones alternativas al modelo clásico de preparación y formación judicial; h) potenciar la colaboración con la Universidad, ya sea participando en las tareas de la misma, ya sea colaborando en proyectos comunes. El Coordinador Territorial no debe limitarse a mantener la relación con los órganos asociativos, sino que habrá de promover actividades asociativas en su propia sección.

1.4. Comisiones de Trabajo

Uno de los principales riesgos que corre una asociación profesional es concentrar su actividad en los órganos directivos, de manera que los asociados de base, tienen pocas posibilidades de trabajar en temas de interés asociativo en los que estarían dispuestos a aportar su tiempo, esfuerzo y conocimientos, y a los que los órganos directivos —normalmente sobrecargados— no pueden prestar la atención necesaria. El principal activo de *Jueces para la Democracia* son sus asociados, cuyo desinteresado afán de participación en todo lo que represente la remoción de los obstáculos que impiden la libertad y la igualdad, debe encontrar cauce y lugar de expresión dentro de la actividad asociativa. Como han señalado numerosos compañeros, en la Asociación hay que «*repartir juego*» para que las actividades de la asociación no queden reservadas a un reducido número de iniciados, pudiendo cada cual trabajar en aquel sector donde más pueda aportar, precisamente porque es el tema que conoce y le interesa.

El caudal de relaciones, conocimientos y entusiasmos que puede aportar un colectivo tan rico como el integrado por los miembros de *Jueces para la Democracia* se pierde estérilmente al no fomentarse actividades por temas de interés, observándose fácilmente cómo se va perdiendo aquel entusiasmo inicial cuando las reuniones, por ejemplo del Comité permanente, necesariamente se burocratizan, tratan infinidad de temas sin profundizar en ninguno, encontrándose aquellas personas que tienen menos influencia personal en la Asociación con que los temas de su interés nunca pueden ser tratados con el necesario detenimiento.

Una ingeniosa manera de romper estas barreras y permitir un trabajo menos burocrático y más abierto a todos son las comisiones. El carácter voluntario de la adscripción, la dedicación a un exclusivo tema de interés y su naturaleza de comisión de trabajo sin poder, permiten una actuación menos rígida, abriendo nuevos caminos, tendiendo puentes a sectores sociales alternativos o que difícilmente pueden recibir la misma atención de los órganos oficiales de la asociación y pudiendo servir de cauce para el trabajo asociativo de compañeros recién incorporados a la asociación al mismo tiempo que relacionan a asociados de distintas secciones territoriales que estatutariamente sólo se reúnen en los congresos.

Parece, pues, conveniente potenciar la creación de comisiones a semejanza de las creadas y en funcionamiento, Comisión de Relaciones con Latinoamérica, y Comisión de Estudios sobre Drogadicción. Las áreas de interés que podrían abarcar las nuevas comisiones serían las de prisiones, menores, orden jurisdiccional social y aquellas otras en que un grupo de asociados estuviese interesado en trabajar, y cuya constitución fuese aprobada por el Comité permanente.

Para evitar que las comisiones se convirtiesen en un nuevo órgano burocratizado parece conveniente no someterlas a una rígida reglamentación de funcionamiento. Las comisiones, por lo tanto, deberán decidir autónomamente sobre su organización y funcionamiento, designar a uno de sus miembros para

garantizar la coordinación con el Comité permanente, aprobar unas líneas generales del Secretariado, financiarse con los fondos asociativos —como asociados que son sus componentes— dentro de los límites determinados por el Secretariado y sin perjuicio de que pudiesen obtener autónomamente alguna subvención pública, aparte de las que ya recibe la asociación, e informar de sus actividades periódicamente al Secretariado, comisión permanente y asociados en general a través de la revista y el boletín, estando abiertas a todo asociado que desee incorporarse a ellas en cualquier momento.

2. Revista

Además del Boletín, considerado como publicación interna, la asociación publica con periodicidad cuatrimestral la revista de información y debate con el nombre de *Jueces para la Democracia*. Es, sin lugar a dudas, uno de los grandes activos de nuestra asociación, y debe por ello de mantenerse y potenciarse.

Para mantener la misma hace falta un director y un equipo de redacción. Se propone que el director sea elegido por el Comité permanente y que el equipo de redacción sea nombrado por el Comité a propuesta del director.

En cualquier caso es importante defender el carácter plural de la revista, y promocionar la participación en ella, con aportaciones concretas, de los propios asociados. Sería asimismo de desear que tuviera secciones referidas a todos los campos del Derecho para lograr, con una mayor variedad, un superior atractivo.

El aumento en el número de los suscriptores ha de ser cometido en el que todos nos impliquemos.

C) Objetivos de actuación externa

1. Formación del personal judicial

Uno de los temas de mayor actualidad en relación con la problemática judicial es el relativo a la selección, formación y perfeccionamiento de los jueces y magistrados. En relación con el mismo, y aun cuando es el Consejo General del Poder Judicial el que tiene encomendado por la Ley Orgánica el encargo relativo a la «formación y perfeccionamiento» de jueces y magistrados (art. 107-4), nuestra asociación ni puede ni debe de quedarse al margen del mismo.

La selección de jueces y magistrados sigue siendo uno de los principales puntos sobre los que el nivel de exigencia de la asociación al CGPJ y Ministerio de Justicia no puede declinar.

Hay que afirmar la ineficacia e inoperatividad del actual sistema de selección, planteado sobre la base de un gran esfuerzo memorístico sin posteriores controles de capacidad en la práctica judicial. Reivindicar nuevamente la necesidad de inclinar el esfuerzo en la selección a una fase de «adjuntías» en el que el aspirante ejerce su función, con notas de

responsabilidad, en el órgano al que se le adscribe. Reiterar, pues, en este sentido lo ya expuesto y aprobado en otros congresos de la asociación³.

1.1. *Colaboración con el Consejo General del Poder Judicial*

Por otra parte, deberá de colaborar con el Consejo en los programas de formación que el mismo quiera desarrollar, y lo hará desde el propio diseño de aquéllos hasta la participación que a nivel de asociación o al individual de sus asociados sea necesario o conveniente para su realización práctica.

Se hace constar expresamente el descontento con el actual sistema de Jornadas organizadas por el CGPJ por su escasa eficacia⁴.

1.2. *Por propia iniciativa*

Desde nuestra propia iniciativa se propone en éste terreno para el próximo Secretariado la impulsión de las siguientes actividades:

- A semejanza de lo que se hace en Madrid por nuestra sección territorial con la creada escuela «Antonio Carretero», trabajar para que en otras secciones territoriales se asuma la importante tarea de preparar a los posibles candidatos a ingreso, bien por el turno de oposición bien por los turnos de concurso (tercero y cuarto turno).
- Para completar esta fase se potenciará la participación de nuestros compañeros en los cursos que se celebren en el Centro de Estudios Judiciales.
- Ayuda a compañeros en sus comienzos al frente de los Juzgados. Esta se prestará tanto a los asociados como a quienes no lo sean.
- Colaboración con la Universidad en la realización de seminarios sobre temas de interés para la formación del juez, así como en coloquios, mesas redondas, etc.
- Coloquios y debates con otros compañeros y con entidades jurídicas o culturales sobre temas conexos con el mundo del derecho.
- Participación y formación en cursos específicos del reciclaje ante reformas legislativas o nuevas orientaciones jurisprudenciales.

Para la realización de estas actividades se recabará del Consejo General del Poder Judicial la ayuda necesaria para desarrollar tales actividades, dado que dispone de un presupuesto específico para formación.

Para empezar a trabajar en este tema tan importante y tan olvidado, las secciones territoriales de-

berían de llevar al primer Comité permanente que se celebre después de este Congreso un informe sobre las necesidades que aprecian en sus territorios en relación con él, así como un programa de actividades a realizar.

2. *Actividades sindicales*

El aspecto sindical de cualquier asociación judicial, aunque para la nuestra no es prioritario, exige una actividad encaminada a una mayor participación institucional de nuestra organización y a la defensa de unos derechos profesionales.

Esta actividad debe cubrir los siguientes objetivos:

- Conseguir la participación directa de la asociación en las actividades del Consejo General del Poder Judicial. A tal efecto se solicita del Consejo la creación de una comisión mixta Consejo-asociaciones.
- Proponer la aprobación de una Ley de Retribuciones de los funcionarios judiciales que, aprobada por el Parlamento, contemple expresamente a efectos retributivos la importancia de la función jurisdiccional.
- Exigir la adecuada retribución de las sustituciones y de las prórrogas de jurisdicción.
- Conseguir la creación de Bibliotecas Judiciales debidamente atendidas en los centros de trabajo con pluralidad de órganos judiciales, así como la suscripción de todos ellos a revistas especializadas de interés y el suministro de textos doctrinales.
Igualmente, habrán de disponer los órganos jurisdiccionales de la Jurisprudencia y la legislación debidamente informatizadas.
- Conseguir la participación de las asociaciones judiciales en los expedientes disciplinarios a sus asociados.
- Conseguir la eliminación de los informes reservados en las Actas de Inspección.
- Fijar un período mínimo de dos meses para el reciclaje de cualquier compañero que cambie de orden jurisdiccional, previo a su toma de posesión. Este reciclaje se haría con otro compañero que asumirá la dirección del mismo, y percibirá por ello la correspondiente retribución.
- Reivindicar el derecho a que la formación del juez se realice en condiciones que permitan que el trabajo jurisdiccional no se vea negativamente afectada, para lo cual habrá que prever los oportunos períodos de descanso judicial y las correspondientes sustituciones durante el mismo⁵. Todo ello desde la perspectiva de que la formación no sólo constituye un derecho, sino un deber de los jueces.

³ Enmienda formulada por Ignacio Sánchez Yllera y Manuela Carmena, y asumida por la Ponencia.

⁴ Enmienda formulada por Miguel Herrero de Padura, y asumida por la Ponencia.

⁵ Sobre esta materia se presentó por Juan Luis Pia una enmienda pidiendo un pronunciamiento expreso a favor de la re-

vindicación del sistema de «año sabático» como medio de profundización en la formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados, que sometida a votación del Congreso, no resultó aprobada, obteniendo sin embargo un apoyo significativo (23 votos a favor, 37 en contra y 28 abstenciones).

3. *Relaciones sociales*

Si en el artículo 2.º de nuestros Estatutos se establece como fines asociativos la promoción de los valores constitucionales en colaboración con los movimientos asociativos democráticos, ello supone una doble vía de actuación: la fijación de temas de interés a desarrollar y la colaboración con determinados movimientos.

En cuanto al primer aspecto cabrían destacar: a) el SIDA como problema médico y social ha impactado por sorpresa en una sociedad poco proclive a buscar soluciones respetuosas para quienes las padecen: cabría pronunciarse sobre la visión asociativa de la cuestión y participar en cuantos debates afecten a este problema; b) igual postura cabría mantener en temas de droga, propugnando la potenciación de una mayor sensibilización informativa y de una política resocializadora en detrimento de la actual política básicamente represora; c) cuestiones como las de los enfermos mentales y las de extranjeros han tenido un tratamiento normativo insuficiente (claramente represor en el segundo caso) y un peor desarrollo práctico, siendo una propuesta inevitable denunciar las situaciones de hecho y derecho que suponen una clara marginación social para estos dos grupos humanos. Respecto a la problemática que suscitan los internamientos de enfermos mentales en centros psiquiátricos se postula el control judicial efectivo de los mismos, hoy deficiente y en muchos casos inexistentes; d) vista la normativa de la Ley de Extranjería, denunciemos su carácter represivo y la falta de garantías judiciales en su aplicación; e) en relación con el aborto se interesa la aprobación de una nueva ley que suprima el sistema de indicaciones y lo sustituya por una ley de plazos⁶; f) en lo referente al jurado y a la Policía Judicial denunciemos la falta de voluntad política para desarrollarlos y conseguir su definitiva implantación; g) rechazamos la aplicación de medidas de privación de libertad por actividades sindicales de miembros de la Guardia Civil, propugnando la vía del diálogo como medio de resolver la situación existente; h) denunciemos la discriminación social de nuestra justicia penal, y su inoperancia frente a la delincuencia ecológica, social, fiscal y económica; i) proponemos la supresión de penas privativas de libertad en los delitos de desacato y de opinión; j) mostramos nuestro apoyo al control sindical de la contratación laboral como forma de evitar el fraude y el abuso generalizado que diariamente detectamos desde nuestra actuación jurisdiccional social; k) respecto de la situación penitenciaria se ratifica expresamente lo aprobado en el Congreso de Madrid, instando la definitiva constitución de la Comisión de Prisiones; l) reiterar la necesidad de una nueva Ley de Menores adaptada a los postulados constitucionales; m) a estos temas habría que añadir otros de trascendente

⁶ La sustitución del sistema de indicaciones por una Ley de Plazo, fue propuesta en enmienda de Aurora Elósegui, asumida por la ponencia.

⁷ La totalidad de éste apartado es fruto de una comisión es-

actualidad como son: la inevitable reforma del delito fiscal para posibilitar una eficaz aplicación, y la superación de un modelo de justicia penal dotado de medios, normas y actitudes persecutores de los sectores sociales más marginados, y poco consciente de su función constitucional tuteladora de intereses colectivos⁷.

En el segundo aspecto (colaboración con organizaciones sociales) no habría que definir al detalle la colaboración, sino adoptar una postura asociativa proclive a la participación en cuantos debates, jornadas o estudios se planteen sobre las cuestiones antes reseñadas. El cauce participativo se produciría a través de las secciones territoriales y comisiones de trabajo.

4. *Relaciones con medios de comunicación social*

Si JD tiene pretensiones de incidencia social, en temas que le son propios, resultará inevitable el diseño de su intervención en los medios de comunicación.

A tal efecto se perfilan dos problemas a resolver:

- a) Mecanismos de relación por parte de la asociación con los medios de comunicación social.
- b) Oportunidad y eficacia de los pronunciamientos asociativos.

En cuanto al primer aspecto, debe existir un miembro del Secretariado que ponga en conocimiento de los medios de comunicación social los acuerdos asociativos. Sin perjuicio de que, a título personal, pueda expresarse libremente sobre cuestiones accesorias, respetando en lo posible el sentir mayoritario asociativo.

En lo relativo a momento y eficacia de los pronunciamientos asociativos, cabría hacer dos supuestos:

- a) Los acuerdos ordinarios, producto de las reuniones estatutarias, tendrán su pertinente cauce habitual.
- b) Sin embargo, la asociación, y en particular la permanente y, más aún, el Secretariado, debe adoptar una postura de permanente sensibilidad a los problemas judiciales y sociales que le afecten, debiendo pronunciarse con mayor rapidez (dentro de las dificultades derivadas del carácter colegiado de sus órganos y de las distancias geográficas) y eficacia que hasta el presente, pues debe constituir una permanente preocupación asociativa el entorno social en que actúa, exigiéndose la adopción de posturas sobre problemas que requieren, al menos, un testimonio de opinión de quienes pretendemos contribuir a la profundización de los valores constitucionales.

5. *Relaciones institucionales*

pecial integrada por Luis Manglano, Luis Segovia y Faustino Urquía, que le dio una nueva redacción, expresamente aprobada por el Congreso.

5.1. Consejo General del Poder Judicial

a) Según se acordó en nuestro II Congreso y se refleja en las páginas 14 y 15 del número 0 de nuestra revista, apartados a), c), d), f) y g) que dicen así: «a) se recabará del Consejo General del Poder Judicial la comunicación de su programa de actuación, exponiendo los criterios de la asociación»;... «c) se le transmitirán los criterios de la asociación en relación con los anteproyectos que haya de informar el Consejo, procurando la obtención de éstos con suficiente antelación»;... «d) se hará un especial seguimiento y crítica de la política de nombramientos del Consejo»;... «f) se recabarán del Consejo General del Poder Judicial las adecuadas subvenciones para el funcionamiento de la asociación»;... g) se demandará una adecuada política del Consejo, de formación y perfeccionamiento de los jueces conforme a los criterios expuestos en otro lugar».

b) Se instará del Consejo para que se haga eficaz defensa de la independencia judicial en cumplimiento del artículo 14 de la LOPJ, más allá de las contradicciones entre sus miembros y las tibias o inhibitorias posturas evidenciadas en ocasiones.

c) Creación de una comisión mixta permanente Consejo-asociaciones, para cuestiones de interés común, con carácter consultivo.

5.2. Ministerio de Justicia

a) Profundización en la participación de JD en los borradores de las disposiciones que afecten a la Administración de Justicia.

b) Reivindicación del desarrollo material y personal de la Ley Demarcación y Planta hasta cumplir la totalidad de las previsiones normativas.

c) Apoyo ministerial al desarrollo de los asesoramiento profesionales periciales permanentes respecto a problemática de familia, menores y régimen penitenciario.

d) Desarrollo reglamentario de la Policía Judicial, dotación a los Juzgados de Instrucción de peritos permanentes aptos para dictámenes en asuntos económicos, gratuidad efectiva de los traslados funerarios de muertos judiciales, desarrollo progresivo de los Institutos Anatómicos Forenses en sus ámbitos clínicos, personales y competenciales, y potenciación de servicios de asistencia a los detenidos y de ayuda a víctimas del delito.

e) Participación en cuestiones relativas a las dotaciones materiales e informáticas de la Oficina Judicial.

f) Propugnar el debido desarrollo de los Decanatos, servicios comunes y bibliotecas básicas.

5.3. Comunidades Autónomas

Debe propugnarse la creación o desarrollo de Direcciones Generales de Justicia a fin de complementar las actuaciones ministeriales, posibilitando la normalización lingüística y la descentralización material de la Administración de Justicia y de sus servicios. Deberá tener gran relevancia en los apartados relativos a asistencia social, informática y dotaciones materiales.

5.4. Partidos políticos y sindicatos

Si bien con los primeros es más compleja la relación debido a sus diferentes finalidades y funcionamiento, debe potenciarse la colaboración con los sindicatos en las áreas comunes, creando bases de contacto permanentes. Con respecto a los partidos políticos y a los grupos parlamentarios se propiciará la colaboración en la realización de trabajos legislativos preparatorios sobre áreas de interés para la Administración de Justicia⁸.

6. Apertura de nuevas vías de debate

Con independencia de los objetivos de actuación concreta se estima necesario para la Asociación profundizar en el debate de algunas cuestiones generales que deberían ser objeto de reflexión.

Estas cuestiones podrían ser:

a) La necesidad de mejorar la conexión con la sociedad, prestando cada vez mayor atención a las exigencias reales que los ciudadanos plantean frente a quienes administran justicia. *Jueces para la Democracia* siempre se caracterizó por pretender agrupar al sector de jueces que miraba más bien hacia la sociedad que hacia el interior de la carrera, y del que el ciudadano en general se sentía más próximo. Hay que mantener y reforzar esa imagen, dotándola de pleno contenido y enfocando el esfuerzo de la Asociación hacia aquellas nuevas cuestiones que efectivamente preocupan al ciudadano y en las que la justicia pueda desempeñar algún papel.

b) La necesidad de prestar mayor atención a la problemática de las nuevas promociones de jueces que en ocasiones ven a los dirigentes de la Asociación como personas muy alejadas y distanciadas de sus problemas. La justicia del 2000 será lo que son estas nuevas promociones y *Jueces para la Democracia* tiene que efectuar un considerable esfuerzo para proporcionar a estos jóvenes jueces el apoyo necesario.

c) Como señala Juan Denis Bredin, «La influencia de los medios de comunicación sobre el juez es quizás el principal problema de un futuro próximo».

⁸ Se formuló una enmienda por Manuel Morán relativa a «fomentar la conexión con las demás asociaciones judiciales, a fin de debatir temas de carácter eminentemente social». Aún cuando no fue aprobada se acordó ratificar lo aprobado sobre este tema en el Congreso de Santiago, que decía «Las últimas actuaciones en el terreno sindical han posibilitado un acercamiento

con las otras asociaciones judiciales. Desde la independencia que es necesario mantener, existen, sin embargo, posibilidades importantes de actuación conjunta en el terreno estrictamente sindical, pues los objetivos en este terreno se refieren a la totalidad de los miembros de la carrera judicial. Este acercamiento no debe impedir el mantenimiento de nuestras señas de identidad.»

Es necesario profundizar en la reflexión sobre una cuestión cada vez más acuciante: la independencia frente al Cuarto Poder.

III. UN PROGRAMA DE POLÍTICA JUDICIAL PARA EL PRÓXIMO CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A. La función política del Consejo⁹

El Consejo General del Poder Judicial aparece constitucionalmente configurado como el órgano de gobierno del Poder Judicial. El Poder Judicial —al que tiene que gobernar el Consejo— no se integra únicamente por la función jurisdiccional, como actividad abstracta desprovista de estructura que la sustente, sino también —necesariamente— por el entramado administrativo que permite que dicha función se realice cotidianamente haciendo efectivo el derecho de cada ciudadano a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El Consejo no cumplirá plenamente su función constitucional mientras no se configure como un órgano que asuma ante los ciudadanos la responsabilidad del buen funcionamiento de la justicia como servicio público, lo que implica el diseño de una Política Judicial y la asunción —o al menos reivindicación— de las competencias necesarias para cumplir su función constitucional, profundizando al máximo mientras tanto en el ejercicio de las que en cada momento tenga legalmente atribuidas.

Como ha señalado el presidente del Tribunal Constitucional, el legislador no ha agotado el marco constitucional de competencias del Consejo General del Poder Judicial.

Lo que quizás no ha sido objeto de meditación suficiente es que quien no gobierna se sitúa en la oposición, y que la imposibilidad del Consejo de hacerse responsable ante la sociedad del funcionamiento de la justicia como servicio público, ha generado un desconcierto competencial que al mismo tiempo que imposibilita la gestión eficaz de un aparato obsoleto que provoca ya las más altas cotas de quejas ciudadanas, sitúa al órgano de gobierno de un poder constitucional, vaciado de competencias, en una posición ambigua, generadora de continuos conflictos, que le hacen desempeñar papeles que no le son propios ante la imposibilidad de realizar en profundidad el que constitucionalmente le corresponde.

Así el primer Consejo —cuyos miembros judiciales fueron elegidos por un sistema mayoritario a nuestro entender inconstitucional pues no permitió reflejar en el Consejo «el pluralismo existente en el seno del Poder Judicial» (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/86), se convirtió en instrumento de una opción política global (partidista) de oposición al partido gobernante, actuando como quinta

columna introducida dentro de las instituciones constitucionales, representativa a medias del viejo régimen y de la nueva derecha.

Su vocación de enfrentamiento con la mayoría legislativa provocó la reacción que cabía políticamente esperar y el siguiente Consejo quedó reducido por la Ley Orgánica del Poder Judicial a un mero aparato administrativo, rígidamente controlado por la mayoría parlamentaria, desposeído de cualquier competencia real sobre el funcionamiento efectivo del servicio público judicial e imposibilitado por tanto para realizar una política judicial autónoma.

Su legítima vocación de poder —en definitiva es un órgano de gobierno— tuvo que encarrilarse por la vía disciplinaria, debiendo sufrir sus componentes la frustración de que sus principales decisiones políticas versaran sobre la vestimenta de un juez o sobre el texto de un comunicado de prensa¹⁰.

Parece, por tanto, que el principal objetivo del próximo Consejo General del Poder Judicial sería considerar superada esta primera etapa de transición, y consolidarse como órgano de gobierno del Poder Judicial, en su sentido amplio, asumiendo ante los ciudadanos la responsabilidad sobre el funcionamiento efectivo del servicio judicial, legitimándose así para defender su independencia, y promoviendo para ello la necesaria reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o una ley adicional) que situara al Consejo General del Poder Judicial en su pleno cometido constitucional, después de un rodaje de diez años, con el correlativo control democrático en los términos ya aprobados por nuestro III Congreso.

En cuanto a su elección debe asegurar que su composición refleje el pluralismo existente tanto en el seno de la sociedad como, muy especialmente, en el seno del Poder Judicial (Sentencia Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986), evitando que «con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, se atienda sólo a la división de fuerzas existentes en las Cámaras y se distribuyan los puestos a cubrir entre los distintos partidos en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial (Tribunal Constitucional dixit).

No pareciendo oportuno plantear en este momento modificación legal alguna sobre el sistema de elección, parece sin embargo necesario recordar que el Tribunal Constitucional estimó que el sistema actual no es inconstitucional, siempre que sea interpretado conforme a la Constitución, es decir, asegurando que la composición del Consejo refleje el pluralismo social y judicial y eligiendo juristas representativos que gocen de la confianza mayoritaria de las Cámaras, sin limitarse a distribuir entre los partidos los puestos a cubrir, lo que lleva a indeseables consecuencias como la de que los posteriores acuerdos mayoritarios sean públicamente deslegitimados,

⁹ En relación con la función política del Consejo, se presentó una comunicación por Juan Luis Ibarra, de la Sección Territorial del País Vasco, acordándose su publicación como documento adicional a la Ponencia.

¹⁰ En relación con la valoración crítica de la actuación del ac-

tual Consejo, se presentó una comunicación por la Sección Territorial de Madrid, con el título «Capítulos para la historia de un mandato», acordándose su publicación como documento adicional a la Ponencia.

mediante la adscripción de los votantes al partido que los nombró.

Ello exige, al menos, conocimiento previo de los candidatos, audiencia de las Asociaciones, debate público y mínima transparencia sobre los méritos o razones que avalan la selección efectuada.

A partir de estas consideraciones previas el Consejo debería desarrollar una política tendente a conseguir una mayor eficacia en las funciones que legalmente tiene encomendadas, con un discurso propio autónomo, y nunca sometido a dictados del Gobierno, sin perjuicio de tener con éste la asidua y normal relación de entendimiento que determinadas competencias requieren. Ello exige la elaboración de un programa de actuación que refleje la política concreta a desarrollar por el Consejo en sus diversos ámbitos de actuación ¹¹.

B. Organización del Consejo General del Poder Judicial

El diseño organizativo que del Consejo General hace la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 122 y siguientes) y se concreta por el actual Consejo en su reglamento interno aprobado por acuerdo de 22 de abril de 1986, se centra esencialmente en la existencia de órganos colegiados (Pleno, Comisión, Permanente, Comisión Disciplinaria, etc.) a través de los que actúa, sin que se articulen órganos unipersonales (salvo el supuesto de la figura del portavoz).

Esta organización puede ser la adecuada para desarrollar alguna de sus competencias, como las relativas a nombramientos, potestad reglamentaria o sancionadora, exigentes de un tratamiento colegiado de tales temas; pero no lo es en modo alguno cuando se trata de ejercitar funciones administrativas o ejecutivas, como las que el Consejo tiene encomendadas, cuales las relativas a la inspección o a la formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados. Para el desarrollo de estas funciones y de otras en las que, aunque no tenga competencia específica sí que tiene algún tipo de participación (v. gr. selección de jueces, personal auxiliar planes de urgencia, planta judicial nombramiento de titulares de órganos nuevos, o diseño de la nueva oficina judicial), se impone como necesaria una organización por delegaciones o carteras de las que se encargaría un vocal, con el servicio administrativo de apoyo que se considerara necesario; y lo mismo podría hacerse con otras materias cuales las relativas a la confección de la memoria anual, a la emisión de informes para las diversas Comisiones, o a las relaciones con los órganos correspondientes a los distintos órdenes jurisdiccionales y otras especialidades (Menores, Orden Social, Vigilancia Penitenciaria, etc.).

Proponemos, pues, que con independencia de las comisiones previstas en la Ley Orgánica cada vocal

del Consejo detente una vocalía, delegación o cartera específica y se responsabilice de ella; lo que habría de hacerse con visos de permanencia, puesto que la rotación anual de los vocales adscritos a las distintas comisiones sólo lo exige aquella ley para estos organismos.

En el desarrollo específico de este criterio general se impone como imprescindible la creación de cuatro concretas vocalías o carteras referidas a los temas en los que la reorganización del Consejo es más acuciante; a saber, inspección, formación y perfeccionamiento, oficina judicial y relaciones con los medios de comunicación. En cuanto a los dos primeros, porque constituyen aspectos cruciales de la gestión eficaz del Consejo de acuerdo con lo que después se dirá respecto a objetivos de actuación en ambas materias. En cuanto a la oficina judicial, porque exigida como está de un nuevo diseño, el Consejo no puede desentenderse de esta cuestión tanto más cuanto que previéndose sucesivas transferencias en materia de medios materiales a diversas Comunidades Autónomas el control de la variada actividad de cada una de ellas y del Ministerio de Justicia tiene que ser asumido por un órgano distinto que no puede ser otro que el Consejo en cuanto que todo lo relativo a esta materia incide de lleno en el sistema de funcionamiento de los distintos tribunales, lo que conecta con las otras competencias propias de aquél. Y en cuanto a la relación con los medios de comunicación, porque el actual sistema del portavoz aparece como insuficiente, no sólo porque no es bastante comparecer de cuando en cuando ante la Prensa como hasta ahora se hace, sino porque, de cara a conseguir una presencia positiva en los «media», hace falta una conexión permanente con ellos, y no sólo en relación con las actividades del Consejo, sino también con la de los propios organismos judiciales, necesitados de una política informativa que vaya más allá de la simple relación periodista-juez que en más de un supuesto está resultando nefasta para la imagen pública de la justicia; posiblemente sea necesaria la creación de gabinetes de prensa en los distintos Tribunales y en el Consejo, coordinados entre sí y dirigidos desde el Consejo.

Existe además, un tema pendiente deficientemente llevado por los anteriores Consejos, por exceso el primero y por defecto el segundo, es el de la relación de dicho órgano con las asociaciones judiciales. Es cierto que el Consejo no tiene por qué hacer caso ni seguir las propuestas de ninguna o de todas las asociaciones, puesto que aquél es un órgano del Estado, y éstas son organizaciones político-sindicales con inevitable cariz corporativo; pero también es cierto que están integradas por jueces y magistrados que tienen en ellas su única posibilidad de participación política, como también lo es que son éstos los principales conocedores y responsables del funcionamiento de la Administración de Justicia aunque su visión del tema sea parcial o interesada. Por todo ello estimamos que nada perdería el Consejo

¹¹ En relación con el Programa de actuación del Consejo, se asumió por la Ponencia la propuesta de ratificar expresamente lo acordado en el III Congreso, que aprobó unas «Propuestas para

un Programa del Consejo General del Poder Judicial» (JUECES PARA LA DEMOCRACIA, Información y Debate número 0), que se consideran sustancialmente vigentes

sino que ganaría bastante (ya que tiene la legitimación) si mantuviera una relación fluida con dichas asociaciones. Esta relación podría institucionalizarse a través de una *Comisión Mixta Consejo-Asociaciones* con la única finalidad de transmitir en ambas direcciones para su discusión, ideas, expectativas, proyectos o decisiones de cada uno de sus integrantes.

De acuerdo con ello el Consejo estaría articulado sobre los siguientes órganos:

a) Órganos colegiados. Pleno, comisión permanente, comisiones disciplinarias, comisión de calificación, comisión de estudios e informes, comisión presupuestaria y *Comisión Mixta Consejo-Asociaciones*.

b) Órganos unipersonales: presidente, vicepresidente, *consejero delegado para la Inspección*, *consejero delegado para la formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados*, *consejero delegado para la oficina judicial* y *consejero delegado para los medios de comunicación social*.

c) Órganos técnicos: Además de los ya existentes se incluirán dentro de la Secretaría General los servicios correspondientes a cada una de las delegaciones permanentes antes referidas.

Como antes se ha dicho, habría que crear otras delegaciones en relación con otras materias, respecto de las cuales no sería tan preciso crear órganos técnicos de apoyo específicos. Su concreción, sin embargo, habría que dejarla a las necesidades de cada momento.

No se ve, sin embargo, la conveniencia de mantener el sistema de delegados por territorios como el pasado Consejo Ido, y no sólo porque no se le ha visto eficacia, sino porque lo único que con ello se puede conseguir es la creación de «virreinos» individuales.

C. Propuestas de actuación en sus diferentes áreas de competencia

1. Inspección ¹²

El Servicio de Inspección constituye el único medio legalmente previsto para poder conocer el estado de funcionamiento y las necesidades de la Administración de Justicia, puesto que no existe ni siquiera una Inspección de Servicios dependiente del Departamento de Justicia, el Ministerio Fiscal carece de competencias plenas en esta materia y el Defensor del Pueblo tiene vedada cualquier investigación referida al funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 13 de la Ley Orgánica 6/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo).

Se trata de un servicio fundamental en cuanto que solo una buena actuación del mismo permitiera conocer la realidad sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales tanto en cuanto a su celeridad como a la calidad de su actuación, así como las ne-

cesidades o carencias reales de todos y cada uno de los que la integran, requisito «sine que non» para poder satisfacerlas. Y sin embargo no ha servido nunca para eso debido a su configuración como órgano centralizado (única sede en Madrid), burocratizado (actuaciones episódicas, previstas con meses de antelación, documentadas siempre), y concebido más como un órgano inquisitivo, sancionador y negativo que como un órgano receptor de deficiencias y colaborador de su solución.

Se impone modificar el sistema de funcionamiento de la Inspección de Tribunales en los siguientes aspectos:

1. Descentralización. Al lado de los servicios centrales se hace necesario la creación de unidades territoriales radicadas en las sedes de los territorios judiciales más extensos y con mayor número de órganos. Tales unidades, aun dependientes orgánicamente del Consejo e integradas en su servicio, estarían a disposición igualmente del presidente (o presidentes) del Tribunal Superior a que alcanzara su competencia territorial en coordinación con el vocal delegado.

2. Desburocratización. Sin perjuicio de la realización de inspecciones extraordinarias esporádicas y completas de los distintos órganos jurisdiccionales al estilo actual, las inspecciones ordinarias habrían de articularse como visitas de información, y realizadas con o sin previo aviso por el inspector correspondiente con la finalidad de comprobar el estado del juzgado o tribunal, su sistema normal de funcionamiento y sus necesidades; para lo cual no haría falta aparato alguno de secretario ni acta formal.

3. Modificación finalista. El fin de la inspección ordinaria no sería detectar deficiencias «*ad puniendum*», sino para proveer a su solución cuando éstas no consistieran precisamente en la imposición de una sanción. Asimismo dentro de la actividad inspectora se incluiría la inspección sobre el funcionamiento de los servicios (horario, productividad, forma de celebración de los actos judiciales, trato a los ciudadanos y curia, etc.), incluida la actuación de todos los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Se trataría de crear una red inspectora que bajo la dirección del Consejo-delegado estaría integrado por:

a) Una inspección central (inspector delegado jefe o inspectores adjuntos) encargado de la inspección ordinaria del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia, sin perjuicio de inspecciones extraordinarias respecto de cualquier órgano del Estado, y

b) inspecciones territoriales (dependientes de la inspección central, pero coordinadas con el presidente o presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia) encargadas de la inspección ordinaria de las Audiencias Nacionales, Provinciales y Juzgados de todo tipo, incluidos los de paz. Su territorio podría corresponder con el de una sola Comunidad Autónoma, o con el de varias.

Una inspección funcionando en forma permanen-

¹² En relación con los temas de «Calificación, inspección y disciplina» se presentó una comunicación por la Sección Territorial

de Madrid, que se acordó publicar como documento adicional a la Ponencia.

te, permitiría al Consejo conocer en cada momento el estado real de cada Tribunal, para poder transmitir al Gobierno puntualmente las necesidades, a fin de solucionarlas, y permitiría acudir a soluciones de emergencia antes de que la situación de deterioro sea insalvable como a veces ocurre. Permitirá conocer las necesidades de futuro en orden a la creación de órganos judiciales nuevos, sustituyendo al conocimiento estadístico en las previsiones a veces tan desatinadas de la Ley de Plantas y Demarcación. Y permitirá conocer la trayectoria profesional de todos y cada uno de los funcionarios judiciales, a efectos de futuros nombramientos discrecionales.

Debería suprimirse el carácter reservado de los informes ¹³. El Consejo debería asumir de forma efectiva la inspección de los órganos jurisdiccionales militares, que legalmente tiene asignada ¹⁴.

2. **Formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados**

La función judicial exige a sus detentadores un constante reciclaje derivado tanto del incesante cambio legislativo como de los cambiantes criterios jurisprudenciales, y del adocenamiento que cualquier trabajo puede llevar a producir. Hasta ahora la puesta al día de los conocimientos necesarios a todo juez se ha dejado al arbitrio o iniciativa de cada cual, sin tener en cuenta que, por mucho interés que se tenga, es muy difícil a nivel individual mantener el grado de calificación jurídica exigible.

El problema empieza ya con el sistema de selección, la oposición, que por el tiempo y modalidad de preparación que usualmente se sigue no atrae precisamente a los juristas ávidos de saber ni constituye un incentivo para aprender, sino para aprobar: ello unido al coste de la preparación no asequible a todos los que terminan la carrera de Derecho. Sigue en la Escuela Judicial en donde hasta ahora no consta que se incentive el interés de aprender, y se perpetúa cuando en las pruebas de especialización y selección para el ascenso de jueces y magistrados (art. 312) se prima la memorización sobre el conocimiento racional de las instituciones jurídicas. A todo lo cual se une el hecho real de que el ejercicio de la jurisdicción deja poco margen de tiempo para ese estudio que el continuo reciclaje requiere.

En cualquier caso la formación y perfeccionamiento de los jueces es un tema de difícil enfoque, pero de vital importancia social. Y en cuanto que constituye una competencia atribuida en exclusiva al Consejo, no puede ni debe desentenderse de ella como hasta ahora ha ocurrido, puesto que el sistema de charlas o conferencias de especialistas sobre temas concretos, aun cuando éstos hayan sido importantes, no puede afirmarse que haya aumentado los co-

nocimientos jurídicos más que si acaso de una infima minoría de jueces españoles.

El próximo Consejo debería dirigir su actividad en relación con esta materia en tres direcciones diferentes: hacia los aspirantes a juez, hacia los alumnos de la Escuela Judicial y hacia los jueces y magistrados en activo.

2.1 *En relación con los aspirantes a ingreso en la Carrera Judicial*

a) *En relación con el turno de oposición*

Lo primero que habría que hacer, de acuerdo con el Gobierno es establecer un sistema de exámenes en el que no sólo se incluyeran las cualidades memorísticas del examinado, sino su cultura jurídica demostrada sobre temas generales, para ello se exigirá un examen oral sobre temas concretos y otro escrito sobre instituciones que abarcarán temas diversos del programa.

Para preparar de otra forma ese nuevo sistema (o incluso el actual) se ha de introducir un cambio en el modo de preparación. Para ello el Consejo podría subvencionar a asociaciones judiciales, a asociaciones de juristas o a universidades que estuvieran dispuestas a crear escuelas de preparación, con el fin de evitar el sistema de preparador individual que normalmente no estará capacitado para ayudar eficazmente en la preparación racionalizada exigida por ese nuevo sistema de oposición.

En el terreno personal, el Consejo habría de convocar becas para opositores sin medios económicos que ofrecieran un mínimo de garantías iniciales para atraer gente interesante.

b) *En relación con el turno de concurso (tercero y cuarto turno)*

Los aspirantes a ingreso por el sistema de concurso, bien a la categoría de juez bien a la de magistrado, están sometidos a unos baremos previos y a una entrevista que, en principio, puedan servir para garantizar la entrada de gente suficientemente formada si el Tribunal utiliza adecuadamente los medios de que dispone.

Para incentivar el acceso de buenos profesionales por la vía del cuarto turno (magistrados) habría que sacar a concurso las plazas concretas vacantes, o por lo menos el orden jurisdiccional que las mismas se refiere, y permitir un concurso por especialidades puesto que normalmente el jurista con más de diez años de antigüedad ya se ha especializado en materias propias de un orden jurisdiccional, y quiere garantías de permanencia en él antes de participar en el concurso.

¹³ Enmienda formulada «in voce» por varios congresistas y asumida por la Ponencia.

¹⁴ Enmienda formulada por Angeles Vivas y asumida por la

Ponencia Angeles Vivas Larrey presentó además una comunicación titulada «Apuntes sobre el servicio de Inspección», que se acordó publicar como documento adicional a la Ponencia.

c) En relación con los alumnos del Centro de Estudios Judiciales

Las clases en el Centro de Estudios Judiciales no pueden ser como en la Universidad, ni consistir en temas teóricos concretos. Por una parte, han de tener un contenido práctico fundamental en atención a la futura actividad del aspirante, y, por otra, ha de tratar de incentivar al alumno en la adquisición de conocimientos y en la plasmación de los mismos. Para ello el mejor sistema es el del caso práctico (el caso LAW de las universidades anglosajonas), con la investigación jurisprudencial y doctrinal que su razonada solución exige.

En cualquier caso habría de pasar el alumno una temporada como juez en prácticas (cual por lo demás prevé el artículo 307 de la Ley Orgánica) en un Juzgado cuyo titular se brindara a dirigir el aprendizaje de su futuro compañero.

En los dos aspectos lo importante es la selección del profesorado.

El Consejo, aunque no tiene atribuciones expresas para imponer este nuevo sistema, habría de hacer valer su importante participación en el Consejo del Centro de Estudios Judiciales (art. 13 del Reglamento vigente aprobado por R.D. 1924/1986 de 29 de agosto) para introducir el cambio de dirección que se precisa. (En tal Consejo habría de participar necesariamente el consejero o vocal delegado para esta materia).

2.2. *En relación con los jueces y magistrados en activo*

a) Actuación general

En principio el Consejo habría de proporcionar a cada juzgado el material mínimo indispensable para estar al día en cuanto a la legislación vigente: textos legales permanentemente actualizados. Y también un resumen periódico y actualizado de las sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Salas de los Tribunales Superiores que tengan funciones de casación o semejantes, por órdenes jurisdiccionales un resumen mensual de sentencias confeccionado por el servicio de formación.

En cada centro de trabajo (o por lo menos en los que el número de jueces lo exija) se propiciará la creación de una biblioteca bien dotada, con personal dedicado al cuidado y control, y dotada de medios de reproducción de documentos (fotocopiadora) que faciliten su uso e impidan la distracción de los libros.

Habría de facilitar igualmente a los distintos órganos jurisdiccionales la jurisprudencia y legislación debidamente informatizados.

b) Actividades puntuales

b.1) Las pruebas de promoción y especialización para el acceso a la categoría de magistrado primarán los conocimientos racionales de los temas de la especialidad antes que su desarrollo memorístico. En el curso a desarrollar en el Centro de Estudios Judiciales se seguirá el sistema de casos prácticos.

b.2) Se mantendrá un sistema periódico de seminarios, mesas redondas y coloquios sobre temas concretos de interés, a desarrollar en sedes judiciales distintas (descentralizados), procurando la asistencia y participación de todos los jueces y magistrados. Es importante la utilización de locales judiciales y la participación mayoritaria de los propios jueces tanto como expositores de los temas como participantes a cualquier nivel.

Cuando se hayan producido reformas legislativas y transcurrido un cierto tiempo habrán de convocarse este tipo de reuniones para participar experiencias e intercambiar puntos de vista respecto de su aplicación práctica.

b.3) Se reactivarán los convenios con las universidades para la realización de seminarios puntuales sobre temas de especial interés.

Por supuesto que ello no impide que se siga con el sistema de grandes conferencias o coloquios sobre temas trascendentales; pero para la formación y perfeccionamiento de los jueces españoles es mejor llevar a su terreno los problemas de cada día, y las propuestas razonadas para su posible solución.

En los cursos de formación y perfeccionamiento organizados por el CGPJ debe atenderse preferentemente a la profundización de los valores constitucionales como superiores a toda otra norma con aplicación real por encima de cualesquiera otras¹⁵.

3. *Reorganización de la oficina judicial*

El Consejo General del Poder Judicial no tiene más intervención en relación con la oficina judicial, definida como «*estructura de medios personales y materiales que sirve de soporte a la actividad jurisdiccional*» que la de fijar el horario de trabajo, inspeccionar y aprobar la creación con determinados requisitos previos de oficinas especializadas en la tramitación de determinados asuntos (art. 98 de la ley). Es el Ministerio, con sumisión a lo previsto en la ley, y las Comunidades Autónomas que tienen transferidas competencias en materia judicial, quienes tienen atribuida la posibilidad de modificar la configuración física de la oficina y la mayor o menor dotación de medios materiales. Unos y otros tendrán que ponerse de acuerdo en modernizar un sistema de oficina obsoleto no sólo en cuanto a los medios de que dispone sino en cuanto a su propia organización general dentro del organismo judicial, y a la vista de los modernos sistemas de organización y métodos de trabajo, incluidos en ellos todo el sistema de informatización que haya de llevarse a cabo.

¹⁵ Asumido por la Ponencia de la comunicación de Carlos López Keller sobre formación, que se acordó también publicar como

documento adicional a la Ponencia.

En cualquier caso, como quiera que la reorganización de la oficina judicial constituye una exigencia para el mejor funcionamiento de los órganos judiciales a cuya finalidad está aquella adscrita, y puesto que el Consejo General es quien tiene el control último de funcionamiento de éstos, tiene que estar presente en cualquier diseño de la nueva oficina judicial que se impone. Y su importancia exige la creación de una delegación permanente, que, junto al Ministerio de Justicia y las diversas Comunidades Autónomas, coadyuven a hacer realidad esa necesaria remodelación. Tanto más cuanto que las sucesivas transferencias descentralizadoras exijan una dirección para el control armónico de las distintas propuestas de las diversas Comunidades que, no podrá ni deberá estar, de hecho, radicada en el Ministerio de Justicia.

La creación de servicios u oficinas comunes constituye un paso necesario para lograr optimizar los recursos existentes, evitando la dispersión que actualmente se registra. Sin embargo, conviene acotar adecuadamente aquellas actividades susceptibles de organizarse de este modo pues, de lo contrario, se produciría una pérdida de control por parte del juez y sus colaboradores respecto del desarrollo del procedimiento concreto, difícilmente compatible con un adecuado ejercicio de la tutela efectiva¹⁶.

El Consejo General intentará homogeneizar el ritmo de desarrollo, dotación de medios y modernización de sistemas en las diferentes Comunidades Autónomas que tengan transferido o delegado el ejercicio o titularidad de competencias entre sí y en relación con aquellas Comunidades que no tengan en ejercicio dicha competencia, a fin de evitar desequilibrios notables en la dotación y desarrollo territorial de la Administración de Justicia¹⁷.

4. *Defensa de la independencia*

La Constitución de 1978 puso fin en nuestro país a una concepción generalizada que convertía al Juez en un mero aplicador de Leyes, en un administrador de justicia más que miembro de un poder del Estado, alejado de la concepción constitucional de servicio público tutelador de intereses colectivos. Los artículos 24.1 y 9.2 de la Constitución proponen un modelo de juez promocional, un juez que defienda el interés general que interviene en la vida económica y social, que crea derecho y que se encuentra incorporado a tareas tuteladoras como garante de los derechos de los individuos reconocidos en la Constitución. El concepto del poder judicial, es, por consiguiente, un intento de reafirmar la independencia de los jueces en su función jurisdiccional en sus dos vertientes: en su proyección interior, como posición del juez frente a las partes, y en su proyección exterior, como posición de la Magistratura frente a los poderes políticos, fuerzas sociales y la llamada opinión pública. Esta necesaria independen-

cia, consagrada en el artículo 117.1 por nuestra Constitución, dio un paso adelante en su desarrollo normativo (además de encomendar la Constitución al MF la misión de velarla) con la LOP judicial, al encomendar al órgano de gobierno del poder judicial la recepción de las quejas judiciales (art. 14 LOPJ.) por considerarse inquietados o perturbados en su independencia jurisdiccional.

Sería, pues, función primordial del Consejo defender la independencia de jueces y magistrados frente a quien la menoscabe, no sólo como cometido político de fondo, sino arbitrando los mecanismos que permitan una respuesta ágil y contundente y, por consiguiente, eficaz frente a la opinión pública y al perturbador.

Sin embargo, el Consejo ha incumplido este cometido en demasiadas ocasiones, como lo demuestran los diversos conflictos habidos en los últimos años.

Ello supone la siguiente valoración:

a) El Consejo no tiene mecanismos ágiles que le permitan reaccionar con sensibilidad y prontitud en los conflictos que atañan a la jurisdicción y en los que deba intervenir.

b) Su vocación de no enfrentamiento con el poder político y su deliberada ambigüedad en sus relaciones institucionales ha provocado un plegamiento al Ejecutivo incompatible con sus responsabilidades constitucionales.

c) El Consejo no ha intervenido como debiera ante la opinión pública ni ha salido al paso de intromisiones en la independencia judicial realizadas por algunos medios de comunicación social que en ciertos casos han llegado hasta el linchamiento moral de algunos jueces.

Frente a esto se propone:

— Exigir al Consejo una mayor independencia respecto al Ejecutivo, potenciando su carácter autónomo.

— Asunción de sus funciones veladoras de la independencia jurisdiccional con mayor decisión y prontitud.

— Potenciación de un gabinete de prensa ágil y atento.

— Renuncia de los consejeros a su militancia y fidelidad política, en su caso.

— Creación de un órgano en el Consejo encargado de recibir y dar rápido trámite a las denuncias sobre vulneración e la independencia judicial¹⁸.

5. *Política de nombramientos. Calificación*

La política de nombramientos en cuanto se refiere a los de carácter discrecional (Magistrados del Tribunal Supremo y Presidentes) no podrá hacerse más que siguiendo los principios de mérito y capacidad, siguiendo los criterios del artículo 103.3 de la Constitución. Para ello, la mejor garantía es la de sacar a concurso específico cada vacante aunque la

¹⁶ Asumido por la Ponencia de la comunicación de la Sección Territorial de Madrid sobre «Reorganización de la Oficina Judicial», que se acordó publicar como documento adicional a la Ponencia.

¹⁷ Enmienda de A. Salcedo, asumido por la Ponencia.

¹⁸ Enmienda propuesta por Luis Manglano y aprobada por el Congreso

Ley no lo exija, y hacer los nombramientos en resolución motivada concretando los meritos que han determinado el nombramiento, puesto que la publicidad es la mejor garantía contra las sospechas de amiguismo, fidelidad personal o clientelismo partidista que constituyen los aspectos deslegitimadores de tales nombramientos.

Este mismo sistema de concurso habrá de utilizarse también para las comisiones de servicio.

6. *Facultad de disciplina*

El ejercicio de esta facultad por parte de los distintos órganos de gobierno del Poder Judicial, pero fundamentalmente del Consejo, ha de llevarse a cabo con todo rigor en cuanto a sancionar siempre que haga falta y rigor en cuanto a la sumisión de las exigencias de legalidad.

Sin perjuicio de propugnar la imposición de las sanciones que sean precisas, no debe olvidar el Consejo que este método de corrección de deficiencias debe ser siempre subsidiario de una actuación previa tendente a solucionarlas por otras vías, y que debe utilizarse solo para sancionar incumplimientos administrativos y nunca para entrometerse en cuestiones estrictamente jurisdiccionales en relación con las cuales debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración, el respeto a la independencia del Juez.

En los expedientes disciplinarios han de mantenerse los principios de previa audiencia, derecho de defensa y presunción de inocencia, permitiendo al interesado un conocimiento cabal de su contenido desde el principio y la posibilidad de proponer todo tipo de pruebas así como su participación en la práctica de las mismas. Asimismo debe introducirse como posible la personación en ellos de las Asocia-

ciones Judiciales en cuanto manifiesten tener interés en relación con la persona del expedientado o con la gravedad de los hechos que se le imputan.

7. *Potestad reglamentaria*

Es reconocida la falta de atribución a este Consejo de una potestad reglamentaria «ad extra», puesto que solo la tiene reconocida a efectos internos (art. 110 de la Ley Orgánica).

Sin embargo, también la Ley Orgánica hace de competencia reglamentaria en algunas materias (v. gr. en la fijación de horarios), así como que el Tribunal Constitucional reconoció la necesidad de que el Consejo ejerciera esa potestad reglamentaria en relación con las «condiciones accesorias para el ejercicio de la función judicial (Tribunal Constitucional, sentencia 108/1986 de 26 de julio). Y de hecho en la actualidad se podrán recopilar un gran número de acuerdos del Consejo en relación con temas como la confección de los alardes, la elección de los jueces de Paz, el sistema de elección de decanos o miembros de las Salas de Gobierno, sistema de concursos, formalidades y plazas para solicitar nuevos destinos, etc.

Esta facultad reglamentaria tiene que seguir utilizándola el Consejo para subvenir a las necesidades que a cada momento surgen, pero es preciso que lo haga en forma congruente, tratando de evitar contradicciones como en ocasiones se han detectado, para evitarlas y para llenar lagunas que pudieran existir se sugiere una recopilación en forma del Reglamento General que las recopilara. La existencia de ese Reglamento tendría la ventaja de vincular al Consejo, con lo que supondría de seguridad jurídica para los afectados por las situaciones reguladas.

DECLARACIONES

Sobre los presos de los GRAPO en huelga de hambre

Jueces para la Democracia se pronunció en su momento en favor de la legalidad y legitimidad de la política penitenciaria de dispersión y también por el respeto a la libre determinación de los internos en su decisión de no alimentarse y la corrección de las resoluciones judiciales que reconocieron y tutelaron ese derecho.

Ha pasado el tiempo y lo que en su origen pudo valorarse como un conflicto exclusivamente político, es hoy un tremendo drama humano. Y es que uno de los huelguistas ha muerto, varios más se encuentran en situación límite y buen número de ellos padecen lesiones irreversibles.

Esta situación supone que la polémica desencadenada hace unos meses carezca en este momento de sentido. Ahora se abre camino sólo una pregunta: ¿Hay alguna razón de política penitenciaria que pueda justificar la indiferencia frente a semejante realidad?

La propia obligación en que se consideró entonces el Ministerio de Justicia de quebrantar incluso la voluntad de los internos para preservar su vida, debe trasladarse al actual estado de cosas. Y traducirse en una decisión capaz de ponerle fin para evitar nuevas muertes y acabar con el deterioro físico de los huelguistas.

Es verdad que éstos cumplen pena por delitos

particularmente odiosos, como son los de terrorismo, para los que no cabe la menor justificación. Pero en estos momentos, para el estado democrático, los presos de los GRAPO son simplemente ciudadanos en situación de cumplimiento de condenas cuyos límites determina el Código Penal. Por ello, y sea cual fuere la opinión que el tratamiento penitenciario de los GRAPO anterior a la huelga pudiera merecer, lo cierto es que la situación actual, con el riesgo efectivo de nuevas muertes, está de hecho en las antipodas de cualquier perspectiva de reinserción o reeducación, objetivo que la Constitución asigna a la sanción penal. A tal punto que muy bien podría decirse que los «medios» han entrado en contradicción irresoluble con el supuesto «fin».

Esto sólo, o incluso la pura duda racional y siempre susceptible de plantearse, de que una determinada política pueda no ser la más acertada en algún momento, o simplemente admita alguna alternativa más razonable, sería bastante para imponer en este caso una franca reconsideración de su actitud por parte del Ministerio de Justicia.

Por eso, *Jueces para la Democracia* pide al ministro de Justicia que se manifieste con urgencia en tal sentido, adoptando las previsiones necesarias para cancelar el riesgo de muerte de los internos de los GRAPO.

En favor del derecho a la libre sindicación de la Guardia Civil

1. *Jueces para la Democracia* reclama de los poderes públicos la promulgación de un Estatuto legal de la Guardia Civil, que los confiera su condición de Fuerzas de Seguridad totalmente desligadas de las Fuerzas Armadas como reclaman los artículos 8 y 104 de la Constitución, terminando con la actual situación de ambigüedad al hacer efectivo el carácter civil que aparece en su denominación.

2. La condición de fuerza civil de seguridad de la Guardia Civil, exige que el derecho a la libre sindicación que proclama el artículo 28.1 de la Constitución abarque también a los miembros de aquel Cuerpo, aunque sea por las modulaciones que prevee dicho artículo. Lo que no puede admitirse es que

la reivindicación del ejercicio de un derecho básico en toda convivencia democrática, se convierta en factor desencadenante de una estrategia de represión por los poderes públicos.

Asimismo, el carácter civil de dicho instituto reclama que el control disciplinario o penal de sus actos se confiera en todo caso a la jurisdicción ordinaria.

3. En consecuencia, *Jueces para la Democracia* reclama de los poderes públicos que en tanto se promulguen las oportunas medidas legales, se ponga en libertad a los guardias civiles presos o detenidos por reivindicar el ejercicio del derecho de sindicación y se paralicen las medidas penales o disciplinarias iniciadas para sancionar dicho ejercicio.

COMUNICACIONES

Sobre el apartado III de la Ponencia

Juan Luis IBARRA ROBLES
Magistrado TSJ País Vasco
Sección Territorial del País Vasco

En el apartado III-A) de la Ponencia, se sostiene que el principal objetivo del próximo CGPJ es avanzar en la dimensión política de su función constitucional mediante la asunción de un sustancial grado de responsabilidad sobre el buen funcionamiento del servicio público de la Administración de Justicia; para lo cual se propone una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que amplíe las competencias de gobierno del CGPJ, por entender que el actual minimalismo y desconcierto competencial impide que el CGPJ desarrolle una posición protagonista en el diseño de una política judicial autónoma.

Estando por completo de acuerdo en el planteamiento, parece de interés el debate sobre la proposición que se presenta como fundamento del análisis, según la cual la causa determinante de que el actual Consejo no haya llegado a consolidarse como un efectivo órgano de gobierno del Poder Judicial, habría sido la parquedad en las competencias atribuidas al CGPJ por la Ley Orgánica del Poder Judicial; parquedad competencial que, a su vez, vendría a expresar la reacción reductora del legislativo estatal frente al mantenimiento por el primer CGPJ de posiciones abiertamente beligerantes contra la mayoría parlamentaria.

Así, cabe también mantener que la crisis abierta en 1985 con el conflicto constitucional de competencias planteado por el CGPJ contra las Cortes Generales en relación con el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, aportó, como secuela aún no superada, una visión errátil sobre el lugar que al Consejo le corresponde en el entramado constitucional.

Desde esta línea de análisis, la Comunicación formula como hipótesis que es la crisis de identidad institucional —más que la escasez competencial— la que permite una coherente explicación de la ineffectividad del CGPJ en el cometido de definición y gestión de la política judicial. Con la concomitante consecuencia de que para alcanzar el objetivo de consolidar al CGPJ como una verdadera sede de gobierno del Poder Judicial, el futuro Consejo habría de atender, prioritariamente, a la tarea de acotar el espacio que constitucionalmente le corresponde en el sistema institucional de poderes públicos.

De otra parte, en el apartado III-C de la Ponencia, se propone la inclusión de las propuestas de actuación para las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, formuladas en la reunión de electos por las candidaturas de JPD celebrada en Madrid el pasado febrero.

1. La crisis de identidad institucional del CGPJ constituye un elemento de lastre que le impide alcanzar una posición protagonista en la formulación y gestión de la política judicial

En el acto de presentación de la Memoria Judicial de 1989 ante la Comisión de Justicia del Congreso, varios representantes parlamentarios criticaron al equipo saliente del CGPJ la falta de capacidad para diseñar y gestionar una política judicial que haga operativa la contribución y responsabilidad de la judicatura en el eficiente funcionamiento de la Administración de Justicia.

Algunas de las respuestas del presidente en funciones del CGPJ, profusamente reproducidas por los medios de comunicación, dieron pie para que se transmitiera a la sociedad el mensaje de que los jueces —y no el defecto en la política judicial— son los únicos responsables de la mala calidad de las prestaciones judiciales, en razón de su escasa predisposición formativa y de su excesiva tendencia a evitar el rigor disciplinario mediante el escudo de la independencia judicial.

Aún aceptando que responde a una lectura bien interesada de la intervención del presidente en funciones ante el Congreso, la proposición transmitida por los medios que, al no haber sido eficazmente controvertida por el CGPJ, pasa a convertirse en una «realidad» comunicacional, integrándose en los circuitos configuradores de la opinión pública, vendría a decir en el máximo foro parlamentario y en la ocasión más emblemática de la relación del Poder Judicial con los representantes de la soberanía popular, el CGPJ denuncia a los jueces por su falta de formación y reivindica mayores competencias disci-

plinarias para doblegar las actitudes díscolas en el seno de la judicatura.

El impacto de este indiscriminado «yo acuso» a los jueces, entonado por el propio órgano de gobierno de la judicatura no termina, sin embargo, en el efecto distorsionante que haya podido producir sobre la ya bien deteriorada imagen social de la Administración de Justicia, sino que, más allá de ello, contribuye a una línea de valoración del vigente modelo constitucional de Poder Judicial en clave de diseño fallido inevitablemente que, si bien la sociedad debe admitir la dificultad en la reforma de las estructuras obsoletas de la Administración de Justicia, ha de entenderse como un innecesario gravamen el aceptar que una judicatura inculta y díscola reclame que su actuación haya de ser preservada mediante la garantía de la independencia judicial. Desde esta premisa no resulta difícil comprender que determinada prensa suscite la reflexión editorial sobre las virtudes de un modelo de provisión electiva de los cargos judiciales.

No es preocupante que se ponga en duda la bondad del modelo constitucional de Poder Judicial, ni, menos aún, que se promueva la crítica social y la exigencia de responsabilidad sobre eventuales actuaciones arbitrarias o simplemente erróneas de los jueces y magistrados, sino que el riesgo de fondo es que se acepte como un defecto del modelo lo que no pasa de ser sino la más acabada muestra de la precariedad del actual CGPJ para —de manera socialmente comprensible— formular y gestionar una reconstrucción operativa de lo que el Tribunal Constitucional (s. TC 108/86, FJ6) llama «especial situación del poder judicial y de sus integrantes en la Constitución»; especificidad que el propio Tribunal cifra en el contrapeso entre la independencia judicial y la responsabilidad de los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional y de las demás funciones que le sean atribuidas por ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4 CE).

Cuando el actual CGPJ, al no utilizar eficazmente su propio «derecho de antena», permite que se transmita a través de los medios el mensaje de que es la barrera de la independencia judicial la que dificulta un más diligente gobierno de la Administración de Justicia, hasta el punto de que la gravedad de la barrera le exonera de toda responsabilidad en los precarios resultados obtenidos en los cinco años de mandato, olvida que la medida constitucional de eficiencia de la función gubernativa encomendada al mismo, reside en el grado de satisfacción que obtenga en la garantía de la independencia judicial. Olvida que es, precisamente, este cometido de garantía del independiente ejercicio de la potestad jurisdiccional, inherente al principio de separación de poderes, lo que dota de un fundamento exquisitamente político a la opción constitucional que atribuye al CGPJ una posición autónoma en el entramado de los poderes públicos.

Esta posición autónoma del CGPJ, habrá de nutrirse de un contenido funcional, en términos de atribución de potestades y competencias. Pero no cabe obviar que la razón de ser de unas y otras es la de servir instrumentalmente a la finalidad de hacer efectivo el cometido constitucional de intervención del

CGPJ en el gobierno de los asuntos que afectan directamente a la independencia y a la responsabilidad judicial.

Por ello, tan urgente como el relleno del contenido funcional es el conseguir un más nítido acotamiento del «lugar» del sistema institucional desde donde el CGPJ deba desarrollar la posición autónoma que constitucionalmente le corresponde, superando, así, el erratismo institucional al que se vio abocado a resultas de la crisis abierta en 1985 con el conflicto constitucional de competencias suscitado y perdido frente a las Cortes Generales, en relación con el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.

La efectiva ampliación de las competencias conferidas al CGPJ por la Ley Orgánica del Poder Judicial, puede alcanzar, en este sentido, un alto valor simbólico expresivo de la superación del síndrome parlamentario de «reticencia» judicial; no debe, sin embargo, olvidarse de que la inestabilidad funcional del CGPJ dimana de la opción del constituyente por un modelo de gobierno de la judicatura, en la que se defiende al legislador ordinario el cometido de configurar y regular un elemento tan esencial para la definición de la identidad institucional como es el referido a las funciones que al mismo le corresponde desarrollar, ya que el artículo 117.2 de la Constitución se limita a señalar las «materias» sobre las que «en particular» habrá de recibir competencias.

Pues bien, aún cuando la potencial inestabilidad competencial haga que la autonomía del CGPJ responda a un contenido legal viable, el reto que prioritariamente se plantea al próximo Consejo es el de conjugar esta característica constitucional con la superación de una correlativa autopercepción de su posición institucional.

Cabe reparar en que otros poderes públicos también constitucionalmente regulados, aún cuando de menor trascendencia en la definición de la forma jurídica de Estado, como lo son los entes locales autónomos, han debido de reconstruir operativamente una posición autónoma en el sistema institucional, conjugando el mismo dato de la atribución al poder legislativo del contenido competencial definidor de su autonomía.

Bien es verdad que la técnica de la «garantía institucional» (C. Schmitt, 1931, E. Schmidt-Jortzig, 1979) acogida por el Tribunal Constitucional, desde la sentencia de 28 de julio de 1981, como método de preservación de la posición institucional de la entidad es de naturaleza constitucional competencialmente inestables, encuentra respecto del Consejo la grave dificultad de no contar con una «imagen institucional característica» previa a su creación por la Constitución de 1978.

Pero si esto es así, habrá también que aceptar que el problema no reside, al menos únicamente, en dotar de mayores competencias al Consejo sino en contribuir a resolver esta posición institucional insuficientemente autopercebida que viene lastrando la eficacia del CGPJ como foro protagonista de la formulación y gestión de la política judicial.

2. La función de las Salas de Gobierno de los TSJ en el proceso de reforma del sistema de gobierno territorial del Poder Judicial

La constitución de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y la integración por vía electiva de la mitad de sus componentes ha abierto un nuevo apartado en el proceso de reforma del sistema de gobierno territorial de la judicatura. La verdad de las situaciones creadas en razón de la diversidad de los resultados electorales y de las diferentes adscripciones asociativas y talantes ideológicas de los componentes no electos de las Salas de Gobierno, singularmente, de las Presidencias de los Tribunales Superiores, hace difícil ofrecer una valoración general sobre nuestra aportación a este proceso.

Aun así, en la reunión celebrada el pasado febrero, se detectaron algunos focos de interés con virtualidad para sustentar esa visión de conjunto. Destacan, de entre ellos:

a) La necesidad de continuar la reflexión crítica sobre el modelo de gobierno territorial de la judicatura diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, en particular, la experiencia de estos meses ha puesto de manifiesto las dificultades operativas en el objetivo de dotar de coherencia interna a un órgano de gobierno no homogéneo en cuanto a la forma de integración y al criterio de legitimación de sus miembros; igualmente, se subraya el déficit normativo que impide el avance hacia un sistema integrado de gobierno territorial de la judicatura en el que se articulen todos los niveles gubernativos —Presidencia TSJ, Sala de Gobierno, Presidencias de las Audiencias Provinciales, Decanatos, Juntas de Jueces...— y en el que sea posible la coordinación con las demás instituciones con competencias afectantes a la Administración de Justicia que actúan en el ámbito de cada Comunidad autónoma.

b) Un segundo gran foco de interés se refiere a la mejora en la información sobre el funcionamiento y la actuación de las Salas de Gobierno y a la apertura de nuevos cauces de participación de los interesados. En este terreno se constata que el grado

de transparencia alcanzado en la gestión de las Salas de Gobierno va aún muy por debajo de los objetivos marcados en el programa electoral de JPD; a su vez, un planteamiento realista dirigido a mejorar la participación requiere no sólo de cambios sustanciales en el procedimiento decisonal, sino también en el primer término de un mayor esfuerzo por desagregar, de entre los asuntos encomendados a las Salas de Gobierno, aquéllos que encierren aspectos de transparencia para la política judicial, a fin de centrar en ellos la ampliación de los cauces participativos.

c) Aún un tercer foco de interés vendría dado por la conveniencia de que la asociación planee acciones de conjunto a desarrollar desde cada Sala de Gobierno sobre temas de trascendencia general como la formación permanente de los jueces o la política de provisión de las plazas no cubiertas por jueces de carrera. Ambos extremos son tratados ampliamente en la Ponencia. Cabe, no obstante, subrayar que el previsible recrudescimiento en los dos años próximos del problema de la insuficiencia de los miembros del Cuerpo Judicial para cubrir las vacantes de la plantilla resultante de la Ley de Planta, determina la urgencia en abordar una reforma en profundidad del sistema de cobertura de plazas en los órganos unipersonales, dotando de una mayor estabilidad —sin perjuicio de la transitoriedad de la función— a la figura del juez de provisión temporal y ampliando la aplicación de la figura de los jueces sustitutos a labores de auxilio en aquéllos órganos jurisdiccionales que, aún cuando estén cubiertos por jueces titulares en activo, vengán sometidos a una excesiva carga de trabajo. La adaptación de ambas figuras a las actuales necesidades requeriría, desde luego, de una sustancial mejora en el procedimiento de selección, con una efectiva desconcentración de su ejecución en las Salas de Gobierno de los TSJ, pero, aún antes de ello, debiera estimularse la participación de candidatos mediante la consideración del ejercicio del cargo como mérito primado a efectos del acceso a la carrera judicial por el tercer y cuarto turno.

Junio, 1990

Calificación, inspección y disciplina

Sección Territorial de Madrid

«... Está lejos el tiempo en que los gobernantes, para obtener, de los jueces, sentencias favorables, se veían obligados a encarcelarlos. Ahora, basta corromperlos y, desde que el juez es funcionario del Estado, no hay medio más eficaz para su corrupción que disponer de sus ascensos, disciplina, traslados...». Estas palabras de Achille Bataglia —hoy, de cita tópica— alertan acerca del exquisito cuidado con que hay que tratar todo lo relativo a la promo-

ción judicial, y al ejercicio de las potestades inspectora y disciplinaria.

Comparando la ejecutoria del actual Consejo General del Poder Judicial con las propuestas específicas para un programa de actuación, en los ámbitos indicados, redactadas, al comienzo, del mandato de aquél, por la Sección Territorial de Madrid, de *Jueces para la Democracia*, se llega a conclusiones desalentadoras.

1. *Calificación*

El órgano de gobierno de la magistratura nunca explicó, como se proponía, los criterios deontológicos que habrían de inspirar su política de nombramientos, ni la forma en que se instrumentaría la adquisición de los datos necesarios para realizar las correspondientes designaciones. Deberían, éstas, rodearse de la mayor transparencia, evitando los viejos tortuosos recursos a los informes reservados.

La Sección Territorial había hecho entonces, y lo hace ahora, hincapié en la relevancia de la profesionalidad, por un lado, y de la sintonía de los nombrados con los criterios de política judicial del Consejo General.

Ocurrió, empero, que éste nunca llegó a elaborar un programa de objetivos y medios concretos. Así, desde un principio, sobrevolaron sospechas —cada vez más consistentes— de haber sustituido aquellos criterios por otros, que primaban la fidelidad, y aun el puro clientelismo partidista. Se acrecentaron con las dificultades con que consiguieron prosperar candidaturas de magistrados cuyo espíritu progresista y preparación técnica estaban fuera de toda duda, pero que se habían ganado una merecida fama de espíritu crítico, y de resistencia a cualquier tentativa de manipulación.

Nada de esto debió sorprender en exceso, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial entregó a las Cámaras parlamentarias, la elección de la totalidad de los Consejeros, el Tribunal Constitucional dejó bien claro que, con ello, debería asegurarse que «... la composición del Consejo (reflejará)... el pluralismo existente en el seno de la Sociedad, y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial...». A la vez, previno sombríamente contra el riesgo de que se desvirtuara este objetivo, distribuyendo «... los puestos a cubrir entre los diferentes partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos...». Las cosas, sin embargo, acaecieron exactamente al revés. Se impuso, en la práctica, un grosero sistema de contingentes que, por lo demás, se ofrece como abiertamente inconstitucional, dados los términos de la sentencia recaída en su día.

Al Consejo General accedieron, de este modo, juristas cuyo prestigio profesional era, en algunos casos, desconocido, o, aún peor, se encontraba en franco entredicho, o cuya designación sonaba a escandalosa retribución de servicios prestados. De ellos se afirmaba, sin ambages, su proximidad al partido que había propuesto a cada uno de ellos. Como era de temer, la dinámica cotidiana del Estado de partidos (más allá de optimistas formulaciones teóricas) dio lugar a que las preferencias se inclinaran —por encima de la profesionalidad o del talante progresista— por personas de acreditada adhesión partidista, de las que se podía tener la certeza de que, llegada la ocasión, defenderían, en el Consejo, las opciones más interesantes para las conveniencias de coyuntura política del partido proponente en cada caso concreto.

Con estos antecedentes, no puede extrañar que los Consejeros hubieran reproducido, al hacer los nombramientos, los mismos tics que, a ellos, los llevaron al Consejo.

No habrá necesidad de decir que no se puso en práctica la saludable sugerencia de que los candidatos a cualquier puesto judicial de gobierno hubieran de presentar un a modo de programa de gestión de su pretendido mandato.

En resumen, las propuestas elaboradas, en su día, por la Sección Territorial de Madrid, en esta materia, siguen plenamente vigentes y podrían reproducirse íntegramente. Sencillamente, están sin entrenar.

2. *Disciplina*

He aquí una de las pocas competencias efectivas que restan al Consejo General. El uso que, de esta potestad, ha hecho este último, en el curso de su mandato, es harto discutible.

Voces críticas denuncian la paternal e inexplicable comprensión que encontraron casos de patentes faltas de competencia y laboriosidad. Y pudo verse, no sin escándalo, cómo se reincorporaban a la actividad jurisdiccional —tras su jubilación, y por la vía de las sustituciones o suplencias— funcionarios de ejecutoria más que contestada.

Por contra, otras el prurito disciplinar del Consejo presentó flancos abiertos a la crítica.

La vidriosa cuestión de los «inputs» de la actividad disciplinaria cobró actualidad a propósito de la rocambolesca forma en que accedieron a la Inspección las denuncias contra un magistrado de quien se decía había impartido justicia enfundado en un disfraz. En el caso —para levantar más suspicacias— se concitaba el hecho de que el denunciado era persona especialmente incómoda para los intereses de los sectores dominantes en la isla donde ejercía sus funciones.

La Comisión Disciplinaria jugó un deslucido papel en el expediente incoado a raíz de la fuga de un penado, durante el disfrute de un permiso reglamentario de salida. El Consejo General pareció aquejado de una irrefrenable tendencia a convertir su potestad disciplinaria en instrumento para ahormar la práctica jurisdiccional a sus peculiares perspectivas. La vía elegida fue la nada matizada importación de la figura —italiana— del abandono activo de servicio, estrechamente relacionada con la extensión de la idea de que el CSM cuenta —además de la disciplinaria— con una adicional potestad de vigilancia sobre la aptitud profesional de los magistrados, plasmada en sus resoluciones.

Nuestro Consejo General operó una interpretación, más que extensiva, analógica (y, por ello, rechazable) de la tradicional figura del abandono de servicio. Sólo la reacción de alguna Junta de jueces hizo que volviera sobre sus pasos. La respuesta, como es sabido, consistió en reconvenir a los discrepantes acerca de los límites de su libertad de expresión de opiniones.

Por otro lado, la lectura de algunos párrafos de la última «Memoria» permite colegir que el Consejo no abandonó su idea primigenia. Tal es la intencionalidad que se descubre tras la referencia a «... una configuración de los ilícitos disciplinarios que no ofrecen perfiles claros a efectos de una adecuada

depuración de las conductas reprochables en este ámbito a los miembros de la carrera judicial...». Más que claridad, lo que se pretende es la introducción de nuevos tipos de conducta sancionable, del estilo de aquella fallida tentativa. De acceder a ello, un órgano de gobierno de carácter eminentemente político, y estrechamente vinculado al clientelismo partidista, se convertiría indirectamente en suprema instancia jurisdiccional, sobre la base de consideraciones de oportunidad. El riesgo para la independencia judicial, y para los principios constitucionales de seguridad jurídica, y de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos, no necesita ser encarecido.

Recientemente, la comisión disciplinaria ha incoado expediente de esta clase a un juez de Instrucción, por haber inadmitido a trámite un procedimiento de «Habeas Corpus», el servicio de Inspección habría informado previamente a favor del archivo del expediente.

El incidente no puede ser minimizado.

En primer lugar, porque pone de relieve la falta de preparación profesional de quienes gozan de presunción de prestigio jurídico reconocido, y tienden a confundir legitimidad democrática indirecta de origen con infalibilidad técnico-jurídica.

Se reincide en la tendencia a entrometerse en cuestiones estrictamente jurisdiccionales.

Plantea, en fin, un tema hasta ahora intocado: la responsabilidad de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, insuficientemente tratada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando menos, el sentido de responsabilidad política debió haber invitado, a los implicados, a presentar su dimisión o, al menos, a ofrecer una explicación de su proceder. Sería un buen ejemplo de autocritica de quienes parecen tan decididos a ejercer constantemente el rigor en cabeza ajena. La vieja cuestión de la custodia de los custodios surge, hiriente, ante nuestros ojos.

Habría que terminar con el talante inquisitorial y reservado de la tramitación de los expedientes disciplinarios. La vigencia de los principios constitucionales de previa audiencia y defensa —tan destacable en estos terrenos cofinantes con lo penal— obliga a dar, desde un principio, conocimiento cabal del expediente, y de los hechos que motivaron su formación, al expedientado, y a proporcionarle la oportunidad de intervenir en su tramitación, permitiéndole proponer las pruebas procedentes en su descargo. Tal como se siguen en la actualidad, los procedimientos disciplinarios son una fuente de zozobra para el expedientado, y pueden terminar por servir de temibles instrumentos para modelar una Magistratura permanentemente atemorizada; una vez más, en grave detrimento de su independencia.

Nada que objetar, en cambio, a la urgente modificación de los plazos prescriptivos «...excesivamente fugaces en relación con el sistema general de la función pública...», como con toda razón denuncia la última «Memoria» del Consejo General.

3. *Inspección*

Nada parece haber cambiado sustancialmente en la concepción del servicio de Inspección. Su actividad sigue siendo eminentemente formalista y teñida de talante represivo.

Sigue, en efecto, «... examinando los libros de los

juzgados y la documentalización de los actos, siempre avisando con anterioridad y permitiendo... al juzgado que perfeccione a su satisfacción todas las apariencias formales...».

Como era de temer, la imaginativa propuesta de soluciones convenidas entre oficina judicial, Consejo y Ministerio de Justicia, que habría podido ser tan útil para sanear muchos órganos jurisdiccionales especialmente conflictivos, no ha sido tomada en consideración.

La Inspección no desempeña, hoy por hoy, ninguna función preventiva ni incentivadora. No acude cuando se gestan los problemas, sino cuando la situación está irreversiblemente deteriorada.

Lo acaecido con la puesta en funcionamiento de tres nuevas secciones de la Audiencia Provincial de Madrid puede ser paradigmático. Durante meses estuvieron paralizadas por falta de locales, de personal y de material. A primeros de este año, comenzaron a funcionar en iguales precarias condiciones. Sólo a finales de marzo, cuando la situación había comenzado a normalizarse, hizo acto de presencia la Inspección, recabando inacabables relaciones de asuntos pendientes, lo que entorpeció transitoriamente el funcionamiento de estas unidades judiciales. Del mismo modo, la ingeniosa solución para afrontar la caótica situación creada por la última reforma procesal y orgánica, fue someter a los nuevos juzgados de lo penal a un seguimiento colectivo, que, en la práctica, no significa sino la confección periódica de los consabidos estallidos, que a la postre nada resuelven, y que implican una considerable pérdida de tiempo para los funcionarios obligados a despacharlos.

La Inspección sigue obsesionada por un modo de producción judicial rayando en el estajanovismo. La pauta de productividad prevalece sobre la calidad; y, con demasiada frecuencia, se está más atento a lo que falta por hacer que a lo efectivamente realizado. El olvido de la calidad del trabajo judicial en aras del número ha sido ya denunciado por algunos especialistas españoles.

En suma, también en esta área la propuesta de la Sección Territorial de Madrid podrían darse «por reproducidas». La Inspección ha de actuar con agilidad; prevenir problemas; y, una vez surgidos, depurar, por supuesto, posibles responsabilidades, pero, sobre todo, operar soluciones flexibles y eficaces; haciendo el análisis de la situación; diagnosticando sus causas reales; y proponiendo soluciones también reales, e imaginativas, más allá de las tópicas sanciones.

Todo ello conduciría, adicionalmente, a depurar qué cuota de responsabilidad, por el mal funcionamiento de la justicia española, corresponde a cada instancia: gubernativa, legislativa, judicial, del propio Consejo General del Poder Judicial...

En definitiva, se hace ineludible insistir en la necesidad de esa Inspección que no sea sólo represiva, sino preventiva e incentivadora. De otro modo, su imagen seguirá siendo tan negativa, y producirá el mismo rechazo con que hoy es sentida en los ambientes judiciales, y que se refleja en la dificultad para reclutar personal que se haga cargo del servicio, que ahora rehuyen los más preparados, convencidos, acaso, de su actual inutilidad.

Capítulos para la historia de un mandato

Sección Territorial de Madrid

1. *Dolores de parto*

El Consejo General del Poder Judicial que concluye, este año, su mandato, nació y se extingue bajo el signo de la polémica.

Su nacimiento se vió empañado por el debate sobre la constitucionalidad del sistema de designación parlamentaria plena de sus miembros, establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Del criterio del autogobierno moderado se pasó al del heterogobierno absoluto del Poder Legislativo.

Jueces para la Democracia no opuso, finalmente, objeciones al cambio, tras una consulta de urgencia a los asociados, que reveló, en todo caso, su profunda división en torno a la cuestión.

El nuevo sistema llegaba aureolado por la ventaja de la legitimidad democrática —siquiera indirecta o secundaria— que suponía el origen parlamentario de la investidura de los nuevos consejeros. Llevaba consigo, una contrapartida, el inconveniente que entraña la fractura entre el órgano de gobierno de un poder del Estado y el conjunto de quienes integran dicho poder. Poco importa que aquél, esté, al menos parcialmente, formado por miembros de éste. Si no son elegidos por el colectivo, cabe vaticinar que se producirán más fácilmente conflictos entre gobernantes y gobernados. Ni los primeros se sienten responsables ante los segundos, ni éstos representados por aquéllos. La historia del Consejo General que ahora rinde su mandato no ha hecho más que confirmar aquel sombrío pronóstico inicial.

La sentencia número 108 de 1986, de 29 de julio, del Pleno del Tribunal Constitucional, desestimó —no sin alguna reticencia— el recurso de inconstitucionalidad promovido con ocasión de la reforma del método de designación, introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y cuya «sustitución» aconsejaba, en definitiva, con aparente candidez, el legislador. No obstante, fijó ciertas condiciones para que su aplicación pudiera tenerse por acorde con los principios organizativos sentados por nuestra Ley Fundamental.

En primer lugar, se habría de procurar «... asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad, y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial...».

En segundo término, el Tribunal Constitucional se apresuró a advertir que «... se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada en la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisible en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuye los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la

fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial...».

La tozuda realidad terminó por imponerse a las bienintencionadas admoniciones del Tribunal Constitucional.

Los nombramientos de los primeros consejeros, y de quienes cubrieron las sucesivas vacantes, se hicieron al estilo del italiano «código Cenceli», respetando descarnadamente la participación de los partidos en el arco parlamentario. Sus aparatos de poder impusieron los nombres de los componentes del órgano de gobierno del Poder Judicial con perspectivas de oportunidad política, primando descaradamente a aquéllos de quienes podría esperarse una más firme adhesión a las inspiraciones partidistas en cada coyuntura particular. Aun cuando no existe ningún aparato medidor del prestigio jurídico, el de algunos seleccionados era seriamente cuestionable; y, en algún caso, sonaba a recompensa por servicios prestados. La constitucionalidad de la aplicación práctica del nuevo sistema queda, pues, en entredicho. Sin embargo, no tiene trazas de cambio en un futuro próximo.

Conviene, por otro lado, tanto de cara al exterior como al interior de la asociación, romper de una vez la imagen, tan difundida, de acaparamiento de puestos por JUECES PARA LA DEMOCRACIA. Salvo excepciones, la selección apuntó a personas de confianza de los respectivos partidos. Su pertenencia a una concreta opción asociativa resultaba un factor secundario, aunque nada desdeñable. Cumplía una función ideológica, en la medida en que suscitaba la sensación de que habían triunfado las actitudes más progresistas y críticas de la Magistratura.

El primer acto del flamante Consejo, a saber, la elección de su presidente, se vio ya empañado por la tortuosa historia del anuncio de la persona de éste antes de que aquél llegara a reunirse, lo que proyectó sombras —nunca del todo disipadas, como siempre acontece en casos semejantes— de obediencia a consignas del poder político, ya sea directamente del ejecutivo, o del partido en el gobierno, ya a los arreglos concertados entre los aparatos rectores de los partidos implicados. El hecho de que hoy, en vísperas del relevo de un Consejo General por otro, se especule sin rebozo no sólo sobre quienes serán los futuros vocales de aquél, sino también sobre quién podrá ser su presidente, vuelve a alimentar los celos sobre el grado real de autonomía de aquéllos a la hora de elegir a éste.

2. *La andadura*

Los primeros balbuceos del equipo patroneado por Antonio Hernández Gil fueron irregulares. Nunca llegó a elaborar un plan estructurado de política de gobierno del Poder Judicial, y sólo se dieron a conocer unos vagos principios de actuación, poco más que la consabida retahíla de tópicos asumibles por todos, pero que no comprometen a nada.

El Consejo General del Poder Judicial que ahora termina su mandato adoptó una política de nombramientos que despertó grandes esperanzas en las filas progresistas. Apostó por gente a veces desusadamente joven, y no obstante la resistencia de los sectores más conservadores de la Magistratura. Quizá, por eso mismo, no dejó sorprender la dificultad con que consiguieron prosperar las designaciones de cualificados profesionales, con gran prestigio entre sus compañeros, pero que no habían ocultado sus críticas frente a muchos aspectos de la política judicial del gobierno.

El origen parlamentario de su investidura arraigó en muchos consejeros la convicción de su superioridad sobre sus gobernados, a los que se recordó áspicamente, en más de una ocasión, su ausencia de legitimidad democrática electiva. Ello condujo a adoptar, a veces, actitudes inquisitoriales, marcadamente autoritarias, y con una irrefrenable tendencia a orientar, según sus propias concepciones, la práctica jurisdiccional.

Así se fue generando un clima de descontento cada vez mayor entre la Judicatura, cuyo divorcio respecto del presente Consejo General es patente, aún cuando haya suavizado sensiblemente las relaciones la mesura del actual portavoz, afortunadamente tan alejado de los excesos verbales del primeramente nombrado, y que tanto contribuyeron a crispas los ánimos de la Magistratura.

Especial desazón creó la utilización de la potestad disciplinaria para reprimir decisiones jurisdiccionales que no habían sido bien vistas por una mayoría compacta de consejeros que comenzaban a operar con todos los tics habituales de los comisarios políticos.

El Consejo General del Poder Judicial corría, así, el riesgo de introducir en España la figura italiana del «abandono activo de servicio». Esta construcción sólo resulta comprensible en un marco teórico que patrocina que el «Consiglio Superiore della Magistratura» es titular de una potestad de vigilancia sobre los jueces y magistrados, derivada directamente del artículo 107 de la Constitución italiana, distinta de la propiamente disciplinaria, y que le permite controlar que aquéllos hacen gala, en su quehacer diario, de aquellas cualidades precisa para hacer de la justicia una realidad efectiva.

El trasplante de esta figura al ordenamiento español sólo podría lograrse mediante la aplicación análoga del número 3.º del artículo 417 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y ello tropezaba irremediablemente con el principio de taxatividad legalizada que impera en lo disciplinario, lo mismo que en lo penal. Era una jugada jurídicamente arriesgada, pero la Comisión Disciplinaria aceptó el envite.

La enérgica reacción de algunos colectivos judi-

ciales cortó de raíz el intento. Y la respuesta del Consejo General fue recordar la prohibición de censura de la actuación de los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales, impuesta a jueces y magistrados, por el artículo 395-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trataba, obviamente, de atrincherarse frente a cualquier crítica intrajudicial. Al final, la cordura se impuso, y el recordatorio cayó en la más absoluta obsolescencia.

Pero la semilla quedaba sembrada. Más recientemente, la Comisión Disciplinaria promovió, pese al informe contrario de los servicios de Inspección, una acción disciplinaria por inadmisión, a trámite, de una demanda de «Habeas Corpus». Incluso se reclamó la atención del Ministerio Fiscal por si los hechos pudieran haber sido constitutivos de delito. La Comisión demostró así un alarmante desconocimiento de la normativa aplicable (perfectamente ilustrada, en el punto concreto debatido, por la doctrina del Tribunal Constitucional), sólo comparable al empecinamiento en manipular la disciplina como horma eficazísima de la práctica jurisdiccional.

El episodio sirvió, de pasada, para poner de manifiesto la inexistencia de resortes institucionales —salvo la denuncia o querrela por prevaricación, o la demanda civil de responsabilidad extracontractual (artículo 119 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)— para exigir efectivamente responsabilidades a los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Basta leer el contenido del capítulo que la Ley Orgánica del Poder Judicial dedica al estatuto de aquellos para percatarse de tan importante laguna. Los encargados de depurar las responsabilidades de sus gobernados resultan, así, en la práctica, gobernantes irresponsables.

Cuando, en su última «Memoria», el Consejo General solicita una revisión legislativa de las normas reguladoras de la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados, lleva razón en algunos extremos, como cuando reclama la acomodación de los plazos prescriptivos al régimen común de los funcionarios públicos, en evitación de infundados privilegios para los primeros. En cambio, produce extrañeza la demanda de una mayor clarificación de los tipos de conducta sancionable. Su actual descripción es, en general, muy clara e inteligible. Fue el propio Consejo General el que, en su aplicación práctica, sembró interesadamente la confusión. Habría sido más gallardo promover la introducción de esas figuras complementarias que, a su juicio, permitirían un ejercicio más eficaz de su potestad disciplinaria, y razonar adecuadamente su necesidad y su compatibilidad con los principios constitucionales organizativos del Poder Judicial.

A lo largo de su mandato, el Consejo General del Poder Judicial hubo de hacer frente a conflictos en los que se encontraba comprometida la independencia de los tribunales de justicia, y su capacidad de hacer ejecutar sus decisiones jurisdiccionales. La actitud de aquél fue de una frustrante tibieza, a la que no debió de ser ajeno el hecho de que su mayoría hubiera sido designada por la parlamentaria perteneciente al partido en el gobierno. El nuevo sistema de designación de los consejeros se revelaba, así, disfuncional para la efectividad de aquella inde-

pendencia, que constituye uno de los pilares de una justicia que merezca tal nombre en un estado de derecho.

A diferencia de los Estados que, como Italia, han adoptado la forma republicana de gobierno, en España, el hecho de que el titular de la Jefatura del Estado no sea democráticamente elegido, impide que pueda cumplir una auténtica función moderadora de los conflictos entre poderes del Estado. Estos se resuelven por otros mecanismos que, en la práctica, terminan por establecer entre aquellos sutiles discriminaciones, y posiciones reales de supra y subordinación. En esta composición de fuerzas, el Poder Judicial ha dado en la extraña condición que supone contar con un órgano de heterogobierno y ninguno propio de representación y defensa de sus intereses, lo que sitúa en una postura de debilidad frente a los otros dos poderes. La constitucionalidad de este resultado (consagrado, sin embargo, por la doctrina del Tribunal Constitucional) es, cuando menos, objetable. Por otro lado, este estado de cosas añadido a las ocasionales parsimonia y cautela de las respuestas de las asociaciones profesionales, crea un caldo de cultivo favorable a experiencias «juntistas», como soluciones de emergencia, pero que siempre se balancean en el filo de la navaja de las tentaciones corporativistas. Sólo podrán ser evitadas en la medida en que los movimientos asociativos y el propio Consejo General del Poder Judicial extremen su sensibilidad hacia aquellas reivindicaciones y quejas de la Magistratura cuya atendibilidad no pueda negarse razonablemente.

3. *La traca final*

A modo de apoteosis de despedida, la comparecencia del vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial ante el Congreso de los Diputados tuvo el dudoso mérito de levantar una polvareda de encendidas críticas en sectores del más variado tinte ideológico.

Ante todo, no está suficientemente explicada la razón por la que no pudo posponerse tan importante acto de relación interinstitucional hasta que el presidente estuviera en condiciones de asistir a ella. Así es como pueden tomar cuerpo los rumores sobre la existencia de «hombres fuertes en la sombra», con grave deterioro de la propia imagen de la institución.

La comparecencia ha perdido toda su primitiva significación de mecanismo de relación entre dos poderes del Estado, al elegir, uno de ellos, la totalidad de los miembros integrantes del otro, y haber asumido, el legislativo y el ejecutivo, la mayor parte de las competencias en materia de política judicial. De este modo, el acto ha pasado a ser herramienta de control intersistémico. Los elegidos dan cuenta del correcto ejercicio de sus funciones a sus electores.

Con ser importante, esta mutación de significado político resulta mayor porque, al final, todos los intervinientes concluyen rivalizando en denostar a los grandes ausentes: los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, carentes de voz auténti-

camente representativa en la comparecencia parlamentaria.

Aunque la intervención del vicepresidente fue escasamente afortunada por otros motivos, las críticas se centraron sobre sus especulaciones acerca de la supuesta falta de cultura jurídica de las nuevas generaciones de jueces.

Ante todo, como hubo de subrayar un perspicaz columnista, se olvidó que muchas de las resoluciones judiciales que han escandalizado a nuestra sociedad proceden de tallados profesionales, que suelen vanagloriarse de su experiencia y conocimientos. El error y la incultura no son patrimonio de una determinada generación.

En segundo término, la Magistratura no es un compartimento estanco, sino espejo de la sociedad a la que pertenece. El descenso de calidad de los productos judiciales —ya no más actividad artesana, sino trabajo serializado a juego con el modo de producción del capitalismo postindustrial— es cuando menos paralelo al de los demás operadores jurídicos, y, por supuesto, al de los legisladores. Más aún; no es infrecuente —ahí están los casos del tratamiento jurisdiccional del aborto o de la práctica de la prisión provisional— que la angustia del gobierno y del legislativo, atrapados entre la necesidad de mantener su imagen progresista, y la de no desairar los requerimientos reaccionarios de los poderes fácticos, determine la adopción de soluciones con amplios espacios librados a la discrecionalidad judicial. De esta suerte, cuando se revelan las insuficiencias de las respectivas normativas legales, siempre queda el recurso (ya utilizado en los dos casos citados) de atribuir el fracaso, con toda desfachatez, a la incapacidad de los jueces para traducir, en resultados prácticos, los buenos propósitos del legislador.

Sorprendió, además, que el vicepresidente del Consejo General haya ocultado a la Cámara legislativa ante la que comparecía un hecho significativo. Sabido es que la reiteración y masificación de la oferta de empleo en la Judicatura, unida a la mejora de condiciones económicas (especialmente en los primeros escalones), y al descenso de oportunidades en el sector privado, han provocado un descenso del nivel de preparación de los jueces recién ingresados. Este resultado podría haber sido contrarrestado prolongando e intensificando la permanencia de los jueces en prácticas en el Centro de Estudios Judiciales. Sin embargo, paradójicamente, se ha ido reduciendo progresivamente, contra el criterio de la dirección de este organismo, precisamente a instancia del mismo Consejo, cediendo a los imperativos de urgente provisión de las vacantes existentes.

Proliferaron, es verdad, los ciclos de conferencias, jornadas de estudio y actividades similares patrocinadas por el Consejo General del Poder Judicial. Y hay que congratularse de ello. No obstante, en muchas ocasiones parecieron más bien ceremonias «ad pompam vel ostentationem» u ocasiones para practicar un festivo turismo judicial, con desiguales niveles de calidad y de resultados. El problema acuñante de la formación permanente de los magistrados no se resolverá únicamente con oropeles. Habrá de ser abordado mediante una red, acaso más

doméstica y modesta, pero, a la larga, más efectiva, de encuentros multiplicados, donde se fomente la participación activa de los intervinientes, y los intercambios de perspectivas entre teóricos y prácticos, proporcionando a los profesionales de la Judicatura el acceso más amplio y actualizado a la información sobre las novedades legislativas y jurisprudenciales, sobre el estado de la doctrina científica; sobre los derroteros de otros sistemas jurídicos de nuestra aldea global.

4. *Al final, la esperanza*

Ha habido, pues, luces y sombras en la ejecutoria de este claudicante Consejo General del Poder Judicial, como en toda obra humana. Había suscitado grandes recelos, pero también grandes ilusiones. Quizás por eso mismo fueron más hondos muchos desencantos. Un cínico podría recomendar no exacerbar los aspectos negativos; acaso, en el futuro, lleguemos a añorarlos.

Ejercicios de ironía aparte las luces y sombras han de servir de motivo de reflexión a todos, y, singularmente, a quienes hayan de relevarlo.

En los bordes del cántaro de Pandora, todavía aletea la esperanza.

Sobre el Servicio de Inspección

Angeles VIVAS LARRY

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Sobre el Servicio de Inspección del Consejo se ha dicho, o al menos, se ha escrito bastante poco.

De lo que conozco publicado, a mi juicio, el trabajo más completo es la ponencia redactada por Juan Bautista Pardo García (en septiembre de 1987), actual presidente del TSJ de la Comunidad autónoma vasca. El resto son artículos sueltos, como el de Jesús Ernesto Peces Morate (publicado en el número 9 de la revista «Poder Judicial»), lo que ocasionalmente se ha insertado en las memorias del Consejo y los libros jurídicos y de texto que hablan del tema¹.

Este trabajo pretende hacer un análisis de la situación actual y concluir propuestas para el futuro.

La regulación legal se contiene en la Constitución (art. 122), en la LOPJ (art. 148, 152.6.2.2, 160.8, 164 y 171 a 177), y en el Reglamento del CGPJ de 1986 (art. 117 a 126). Sobre ello no me extendiendo, baste sólo de marco general, de contexto, y de presupuesto de partida: la Inspección existe y se configura como un órgano técnico del Consejo. Por ello, suscribo la definición efectuada por Juan Bautista, poniendo en palabras el contenido de los preceptos enumerados, «*concepto descriptivo: la Inspección judicial es un mecanismo de ciertos órganos de gobierno de la Administración de Justicia española (Consejo, presidentes de Tribunales Superiores y Audiencias, Salas, Secciones y jueces) para proveerse de datos e informaciones actualizadas sobre su estado, situación y funcionamiento (...), tanto de los órganos que la integran, como de los funcionarios que en ellos trabajan, posibilitando de tal modo su control y eventualmente la corrección de anomalías, propuestas de apoyo, la exigencia de responsabilidad y la promoción interna, en el bien entendido que las medidas de apoyo, expedientes disciplinarios, informes, etc., se residencian en órganos distintos a los estrictamente inspectores*».

La Inspección del Consejo es un órgano técnico y, en consecuencia, al servicio del Órgano de gobierno. Por ello, viene repercutiendo por su política y su respuesta lo es a la concreción de los objetivos que el Consejo haga.

En su funcionamiento interno acoge, como la Institución para la que trabaja, sus efectos, entre los cuales, está el de arrastrar los propios de administraciones antiguas, a pesar de ser el Consejo una institución tan joven.

De ahí hay que partir para comprender que si el Consejo carece de diseño en cuanto a la política judicial, la Inspección carece de criterios, incluso, en referencia a los «objetivables» salvando, por supuesto, el diseño reglamentario; que por decirlo de algún modo, se trata de una partitura sin interpretar. La consecuencia más directa es la esterilidad del trabajo concreto que se realiza.

Del mismo modo que si el autogobierno no demostrase capacidad real para servir de garantía al magistrado frente a toda interferencia en la jurisdicción y frente al propio aparato de gobierno y al mismo tiempo asegurar a los ciudadanos que la función judicial se ejerce de una manera correcta e independiente de cualquier centro de poder no habría razón alguna para defender el modelo de autogobierno autónomo de la magistratura, del mismo modo, digo, no se justifica un Servicio de Inspección dependiente del Consejo, conviviendo con los órganos naturales de Inspección, si este Servicio no es capaz de canalizar la problemática judicial en cuanto al funcionamiento de los órganos de proporcionar una información correcta y objetivable que permita tomar decisiones; capaz, en definitiva, de servir de conexión entre los jueces y el Consejo, de enlazar a los órganos de Inspección natural con el Órgano de gobierno.

Finalmente, la exigencia de autonomía para el Consejo significa asumir la responsabilidad completa del diseño de la política judicial (garantía interna y externa, formación de los jueces, etc.), pero, naturalmente, junto a esta exigencia, aparece la del control parlamentario, de responsabilidad política sobre su actuación.

Para el Servicio de Inspección, siguiendo con el símil, las exigencias a plantear pasan por su funcionamiento interno, al que luego me referiré, por la publicidad de su actuación y por el verdadero control del Consejo sobre su órgano técnico.

¹ Ponencia de J. B. Pardo García. «Finalidad y contenido de la Inspección. Coordinación del servicio de Inspección del Consejo con las funciones inspectoras de los presidentes». (septiembre 1987).

— J. E. Peces Morate. Sección Opinión revista n.º 9 «Poder Judicial».

— Memorias del Consejo General del Poder Judicial.

— Trabajos sobre el funcionamiento del Consejo de la señora M. T. Fernández de la Vega.

— J. M. Rifa Soler. «Reflexiones sobre la Inspección de juzgados y tribunales.»

— Ponencia del Excmo. señor Emilio Berlanga Ribelles, (Granada).

— «Questione Giustizia» Congreso de Palermo (revista n.º 3 de 1988)

— «La insidie del para disciplinare.» Dott. Marco Ramat (ex componente del Consiglio Superiore della Magistratura) 1985

II. LA INSPECCION: UN SERVICIO DEL CONSEJO

A. El espacio que cubre

Al hablar del espacio que cubre me refiero, tanto al conjunto, como a los aspectos siguientes:

1.º Recogida de datos y canalización de la información. La Inspección, de hecho, puede actuar como un servicio puente entre los órganos judiciales y el Consejo.

2.º Función de coordinación entre los órganos de inspección natural y el órgano de gobierno, y viceversa.

3.º Permitir que el Consejo se sitúe como un tercero al tomar decisiones, en especial las que tengan carácter disciplinario. Se ha argumentado, en ocasiones, y con independencia de la regulación legal, que no debería existir delegación permanente en los inspectores. A ello hay que contestar que sólo para la función «de chequeo», constatación y recogida de datos, y realización de propuestas, sería imposible, desde un punto de vista real y práctico, que los propios consejeros realizaran las inspecciones. De cualquier forma, el hecho de que exista un servicio de Inspección, sitúa a una cierta distancia al órgano de gobierno.

B. Criterios de actuación

Sentada la programación anual, debemos preguntarnos: 1.º) ¿En función de qué datos se señalan las inspecciones? 2.º) Si las inspecciones sirven para conocer al órgano visitado ¿deben ser anunciadas? 3.º) ¿Cómo va, y a qué va, la Inspección?

1.º En relación al primer interrogante, me parece que si el Consejo tiene cinco años de mandato, la programación debería hacerse de manera de que todos los órganos judiciales fueran visitados alguna vez (puede hacerse una combinación entre la Inspección del Consejo y la Inspección natural).

Estamos habituados a que, en muchas ocasiones, las inspecciones se programen como respuesta a temas puntuales, porque alguien «da la alarma» sobre algo que sucede en un lugar determinado. Se acude como una muestra de preocupación, cuando en realidad, si las cosas funcionaran, si las estadísticas fuesen reales, y quienes ejercen la Inspección natural, en cargos de confianza, actuaran, no sería necesario.

La Inspección no debe ser concebida como una muestra externa. Debe significar la presencia del Consejo a través de un servicio que actúa con normalidad. Deberíamos desterrar la «inspección susto» y la «inspección toque». A salvo quedan, naturalmente, los casos excepcionales, que los hay.

2.º Respecto del segundo interrogante diré que, con frecuencia, el anuncio de inspección a un órgano judicial equivale a la paralización del trabajo en el juzgado o tribunal; el dedicarse a revisar los asuntos, poner providencias «de relleno», hacer listas interminables, apuntar en los libros las listas que fal-

tan, etc., permitaseme poner en duda el efecto benéfico que esto supone; quizás obliga a un examen pero no sé hoy todavía si eso compensa. Desde luego, a la realización material de la inspección ayuda el que se tengan los alardes preparados, se va más deprisa, pero es una inspección extraña, pues se basa en dar por bueno lo que el órgano inspeccionado da, y el chequeo hay que tomarlo con ciertas reservas. Inspeccionar sin aviso quizás es más laborioso para el inspector y secretario, pero es más real el dato que se obtiene. Si a los quince días anteriores a la visita de inspección, le sumamos otros quince más para colocar las cosas de nuevo en su sitio y el horario flexible para «recuperarse» de la visita, pues, no sé si vale la pena. Porque el inspector deberá hacer luego una selección de datos entre aquellos que son producto del intento de dar buena imagen, y los reales.

Todo lo dicho vale para la hipótesis de que el inspeccionado tome en serio la inspección. Si hay algo que esconder, el previo anuncio es un tiempo precioso para retocar, y dificultar, si no impedir, que se llegue a conocer la situación real. Estas apreciaciones valen tanto para el examen de asuntos, como para el análisis contable.

3.º En cuanto al cómo se va y a qué se va, diría que se va, o se debe ir, a recoger una información, a tener un intercambio con quienes están al frente del órgano visitado, a conocer su problemática, sus necesidades: por ello, el cómo se va es sencillo: quienes van son magistrados, igual que los visitados, que prestan sus servicios fuera de la jurisdicción, pero que mañana volverán a estar ejerciéndola. Por eso, la corrección y la conciencia clara de que la Inspección es un servicio, y no otra cosa, deberían ser la bandera de quienes desempeñan esta labor

C. Información que se recoge

Es sabido, pues todos hemos sido alguna vez inspeccionados, que la información recogida se contiene en el acta, más o menos voluminosa, en función de la cantidad de asuntos, estadísticas presentadas, sentencias que se fotocopian y asuntos examinados.

Por desgracia, ésta es una de las fallas más importantes del servicio: No sabemos qué queremos saber; no hay pautas. En abstracto, queremos saber cómo funciona el órgano visitado, pero cuando decimos que está bien, que está normalizado, ¿cuánto papel hay que examinar para saberlo?

La información que a mi juicio interesa es la que permite hacerse una composición de lugar, hacerse cargo de la situación del órgano que se inspecciona (así, un juzgado calificado con «atraso» por el volumen de asuntos pendientes, puede ser un juzgado normalizado, porque, y eso es lo importante, tenga un equipo consolidado de trabajo, distribución racional del mismo, y quien está al frente sabe lo que tiene entre manos, y lo conduce).

En conclusión, lo fundamental es enfocar la inspección con unas pautas básicas, con unos mínimos, en función del tipo de órgano que se inspec-

ciona, ver como se articula el juzgado o tribunal y la labor de conjunto que se realiza.

Para ello el inspector *debe poder* interpretar y *saber* como buscar los datos que le ayuden a formarse un criterio.

Esta interpretación, avalada por los datos susceptibles de *objetivarse*, es la que se transmite al Consejo, la que se sintetiza, y la que debería contrastarse con las demás recibidas: estadísticas, alardes, memorias, quejas, etc.

El Consejo debería ser capaz de informatizar los datos que obtiene para que en cualquier momento puedan ser utilizados, de lo contrario estamos ante una simple tarea de almacenaje de datos.

Desde ahora, anticipo el veto a las informaciones subjetivas, a las referidas a las costumbres de las personas; no olvidemos que el trabajo del inspector es analizar el estado del órgano judicial que visita, no hacer juicios morales ni de valor.

Al como, y a los mecanismos para obtener la información, me referiré al hablar del funcionamiento interno del servicio.

D. Utilización de la información y publicidad

La información obtenida es trasladada, como se sabe, a la Jefatura del servicio, al vicepresidente del Consejo, al presidente del Tribunal Superior de Justicia y al órgano inspeccionado; pero, lo que sale del Consejo es sólo copia del acta, sin el informe donde se contiene por escrito la valoración, el análisis, la forma en que se ha efectuado la inspección, las apreciaciones y las propuestas que se hacen.

El Consejo estableció por acuerdo la reserva de esa información. Se ha alegado la razón legal, aunque examinando el texto del Reglamento deducir la reserva es una mera interpretación. Creo que hay otras razones a tener en cuenta, y en ese sentido va mi propuesta: 1.º) Si los datos recabados pueden objetivarse, y cualquier informe elaborado por un inspector se sustenta en ellos, deberían ser conocidos por los interesados; me parece básico que cada juez conozca la evaluación que de su trabajo se hace. 2.º) Resulta más acorde con la función si pretendemos un servicio de Inspección canalizador, y en el que se corresponda su realidad con su imagen.

Por lo demás, y en relación a los expedientes disciplinarios que se sigan, debe tenerse exquisito cuidado en relación a la publicidad, y debería posibilitarse la intervención de las asociaciones judiciales en los mismos.

III. FUNCIONAMIENTO INTERNO DEL SERVICIO

Para la exposición de este punto, seguire la pauta contenida en un reciente y laborioso trabajo llevado a cabo por la señora Fernández de la Vega acerca del funcionamiento interno del Consejo, explicando cuales son los circuitos actuales y las bases de la propuesta de funcionamiento.

A. Estructura del servicio

Actualmente, el servicio de Inspección, aparte de las correspondientes infraestructuras, está estructurado en:

- La Jefatura.
- La sección de informes.
- La sección de quejas y denuncias.
- Las Unidades Territoriales.

Paralelamente, la sección de Personal del Consejo tiene una sección denominada de régimen disciplinario, que duplica o solapa muchos cometidos de la sección de quejas y denuncias del servicio de Inspección, a la vez que está sirviendo de soporte, a nivel de infraestructura, de la Comisión Disciplinaria del Consejo, ejerciéndose la secretaría de la Comisión Disciplinaria por el jefe de Personal.

Como primera propuesta de funcionamiento, la sección de régimen disciplinario de la sección de Personal desaparece y queda integrada dentro de la de quejas y denuncias del servicio de Inspección, pasando el jefe de la misma a desempeñar la Secretaría de la Comisión Disciplinaria. Con esta propuesta se pretende atribuir un lugar más activo, y no difuminado, a la Jefatura de la Inspección.

Los servicios de quejas y denuncias y el de informes de la Inspección actúan dentro de la Jefatura, con su supervisión y bajo sus directrices.

La propuesta del circuito del papel, en consecuencia, sería la siguiente:²

Registro Entrada
(informatizado)

Jefatura Inspección

Comisión
Disciplinaria (en su caso)

Inspectores Delegados

Para poner en marcha esta propuesta, y cualquiera que pase por un más racional funcionamiento del Consejo, es fundamental que se introduzca con carácter generalizado la informática: sólo así se permitirá que todos los órganos que lo integran estén al corriente de lo que entra y de las actividades que se realizan, posibilitando la búsqueda de la información previamente recogida y evitando las repeticiones, tan frecuentes, que se dan por no existir un sistema de antecedentes.

² El circuito de papel, sin embargo, viene siendo el siguiente: Registro General/Facultativos/Comisión Disciplinaria para reparo/Inspectores delegados/Jefatura/Comisión disciplinaria

1. **La Jefatura**

El planteamiento de la Jefatura, como ya he indicado, se hace desde una perspectiva más activa que la actual, tanto por lo que se refiere a los aspectos resolutivos, como a los referidos a la promoción de las iniciativas atribuidas reglamentariamente (mecánica de funcionamiento y coordinación de las unidades territoriales).

Corresponderá al jefe del servicio de Inspección:

— La coordinación e impulsión de las unidades que lo integran, y la realización de las inspecciones que estime pertinentes.

Por tanto, deberían mantenerse reuniones periódicas con los inspectores, con el fin de establecer las pautas, no sólo de cómo se realizan las inspecciones, sino sobre cuáles son los criterios de propuestas de sanciones, la utilidad de las indicaciones que se hagan a los órganos visitados, conectar con otras comisiones que trabajan en el Consejo, como la del Plan de Urgencia, por ejemplo, para lograr una mayor eficacia de las medidas propuestas.

— Informar al vicepresidente, quien dirige de forma delegada la dirección de la labor inspectora del Consejo, del resultado de las informaciones recibidas, promoviendo, en su caso, los expedientes de responsabilidad disciplinaria.

— Dirigir de conformidad con el vicepresidente la elaboración del Plan de Inspección Anual, la informatización de su seguimiento, integrando las actas y los informes con la información de la que disponga el Consejo.

— Actuar de secretario en las reuniones de la Comisión Disciplinaria.

2. **Las Unidades Territoriales**

Debe partirse de la idea de que quienes las integran forman un equipo. Para ello, se permite por la regulación actual el nombramiento discrecional, lo que significa actuar con unidad de criterio y de conformidad con las pautas trazadas por la Jefatura, contrastando los datos obtenidos e intercambiando información, programando las visitas de forma conjunta, y procurando que, al menos, haya siempre una Unidad Territorial en Madrid.

Corresponderá a las Unidades Territoriales:

— Realizar las visitas del territorio de su Unidad, y cualquier otra que le indique la Jefatura, para lo cual dispondrán de la información precisa pudiendo tener acceso a datos de inspecciones realizadas anteriormente, o informes sobre el órgano a visitar, con el fin de lograr que las visitas que se realizan proporcionen información cabal sobre la situación del órgano, sean útiles y lo más completas posibles.

— Despachar las informaciones, controlar los alardes y mantener los contactos precisos con los órganos de inspección natural.

3. **Sección de quejas y denuncias**

Para esta sección se proponen los cometidos siguientes:

— Prestar a la Comisión Disciplinaria el apoyo técnico y administrativo para el desarrollo de sus competencias.

— Recoger y tramitar todas las reclamaciones y quejas por las disfunciones en el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Todos los escritos, sin excepción, se registrarán.

4. **Sección de informes**

Le corresponde elaborar los proyectos de informe a emitir por la Jefatura de Servicio, y sistematizar los datos obtenidos por las Unidades Territoriales (queda excluida de su competencia la clasificación y distribución de las quejas y denuncias que se presenten ante el Consejo, tarea que se encomienda, como ya se ha dicho, a la sección que lleva ese nombre).

B. **Los secretarios de la Inspección**

Actualmente, en mi opinión, los secretarios del servicio de Inspección están infrautilizados. Para su organización y distribución del trabajo parto de la idea de trabajo en equipo con el propio inspector, y entre ellos, en relación a la Unidad que permanezca en Madrid.

A lo anterior se excepciona el secretario asignado a la Jefatura que tiene allí su cometido propio.

En todo caso, dada su cualificación profesional, sus tareas deberían abarcar algo más que el mero hecho de la función inspectora cuando se visita un órgano. Así, debería atribuirseles, también, el despacho de correo, las propuestas en las informaciones y el control directo sobre el personal adscrito a la Unidad.

C. **Medios humanos y materiales**

Podría decirse, casi de forma patética, que nunca un servicio con tantos medios funcionó peor.

La problemática del funcionamiento del personal auxiliar radica tanto en su organización como en su competencia.

Es evidente que personas dedicadas a transcribir deben tener condiciones para hacerlo. Se impone, pues, una selección del personal que puede lograrse mediante concurso especializado.

Por otra parte, el sistema actual (trabajo de *pull*) no ha dado el fruto esperado. Tal sistema sólo puede funcionar si hay una dirección clara del trabajo, un control sobre el mismo. Si esto no existe, y se le añade el hecho de que el trabajo a realizar es desigual, el resultado es nefasto. Es inconcebible el tiempo que se tarda para cualquier transcripción y la calidad de las transcripciones deja mucho que desear.

En cambio, el hecho de contar cada Unidad con auxiliares adscritos puede dar mejores resultados, pues habría una responsabilidad directa del trabajo encargado; permitiría, cuando las Unidades viajan, servir de contacto con el servicio de Inspección; se vigilaría la marcha de las informaciones; facilitaría la atención de llamadas telefónicas de los particulares que por ellas se interesan; etc.

D. Tareas pendientes

La normativa vigente atribuye al Consejo General del Poder Judicial la inspección de los órganos judi-

ciales militares. Por un acuerdo del Consejo General, dichas inspecciones se atribuyeron por dos años a inspectores militares, ejerciéndose dicha inspección, en este momento, por personal militar.

La propuesta que se hace es que el Consejo asuma estas inspecciones asignadas legalmente, no sólo por ello, sino porque en una sociedad democrática es importante que cada órgano ocupe su lugar, y asuma las competencias conferidas, pues ello no es más que un signo de normalidad en la vida política, a la vez que permitiría un flujo de comunicación entre los ámbitos civil y militar.

Reorganización de la Oficina Judicial

Sección Territorial de Madrid

La necesidad de profundas reformas en la estructura organizativa de funcionamiento de la Oficina Judicial. (O.J.), es una antigua reivindicación de *Jueces para la Democracia*. Nuevamente hoy se hace preciso insistir en esa necesidad de cambio, para cuya efectividad es imprescindible la sustitución de las vigentes leyes de enjuiciamiento por otras que nos doten de los nuevos modelos procesales que la Constitución demanda, inspirados en un riguroso respeto por las garantías y los derechos de las partes en el proceso, y simultáneamente en principios como los de concentración, oralidad, intermediación, y celeridad. Sin embargo, no sólo la profunda reforma procesal es necesaria, también lo es la configuración de un nuevo modelo de O.J., con nuevas formas de organización, gestión y funcionamiento, que posibiliten una óptima utilización de los recursos materiales y humanos, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Para ello es imprescindible e inevitable la resuelta incorporación de la informática y de los sistemas de comunicación e interconexión desconocidos hace pocos años: la creación de una dinámica de formación y adaptación del personal de la oficina a los nuevos métodos y procedimientos, elaboración de alternativas en la organización y funciones del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Apoyamos en ese sentido el contenido de la ponencia que propugna la asunción por parte de un idóneo Consejo General del Poder Judicial de su corresponsabilidad en este ámbito, abogando por que, aun a sabiendas de que supone una previa modificación legislativa, este órgano constitucional, o sus deseables delegaciones territoriales, sean los verdaderos administradores de los medios materiales y humanos de la justicia.

Siendo muchos y variados los aspectos que deben ser afrontados en el estudio de la Oficina Judicial, y sin tratar de ser exhaustivos, limitamos la presente propuesta a dos ámbitos de la misma, los cuales por su trascendencia y actualidad han merecido nuestra reflexión, el primero sería el personal de la O.J., y el segundo la creación de servicios comunes o «macros», pasando seguidamente a desarrollar estos extremos.

1. *El personal de la Oficina Judicial*

Partimos en este punto de la actualmente evidente contradicción entre la legalidad vigente y el cotidiano funcionamiento de la O.J. El juez, por mucho voluntarismo del que haga gala, resulta imposible esté presente en todas y cada una de las actuaciones

para las que la ley exige su presencia, léase comparecencias, ratificaciones, e incluso declaraciones de testigos etc., por su parte el secretario cuando existe y es eficaz tampoco puede presenciar todos los actos que merecen ser avalados por la fe pública de la que es titular, ello sin embargo cuantas veces los documentos judiciales rezan «ante su Señoría el infraescrito secretario», aunque su confección se haya realizado ante un oficial cuando no ante un agente; es por ello que entendemos es preciso, a riesgo si no de estar infringiendo continuamente el artículo 302 del Código Penal, que entendemos esencial que se eleve a la categoría de legal lo que sin ser aberrante es cotidiano en los juzgados.

Tampoco la pormenorizada distribución de funciones entre los distintos funcionarios que realizan tanto la LOPJ como los respectivos Reglamentos se observa en la práctica en un alto porcentaje de órganos, siendo incontables los casos en que, mientras un voluntarioso agente judicial, incluso interino, se ocupa de la tramitación de las diligencias previas, el oficial, generalmente maduro y resabiado se dedica a rellenar formularios cuando no a preparar el correo.

Por todo ello entendemos que resulta absurda la actual división de los funcionarios judiciales en categorías que en la mayoría de las veces es ficticia, y propugnamos como alternativa la creación de un único cuerpo de funcionarios que tengan un carácter polivalente y desempeñen un papel de auténticos colaboradores del juez, atribuyendo a éste y por ello una posibilidad de organización de la que hoy carece y con independencia del establecimiento de un marco general para todas las oficinas.

Pretendemos en consecuencia que los tres cuerpos hoy existentes se transformen en uno sólo después de un periodo transitorio que, mediante complementos absorbibles, permitan la integración sin sobresaltos de los mismos.

El sistema de acceso al Cuerpo se realizaría mediante un concurso oposición, en cuya primera fase se valorarían méritos por conocimientos y aptitudes, como son la informática, los idiomas o los estudios, no sólo los de la carrera de derecho sino también de otras disciplinas formativas.

La incorporación a los puestos de trabajo debería ir acompañada de un sistema que asegurase la estabilidad en los mismos, el cual podría ser similar al establecido para jueces, dos años para los destinos voluntarios y uno para los forzosos, evitando la diáspora permanente que hoy se produce sobre todo en los órganos periféricos.

La equiparación entre los hoy diferentes cuerpos ha de ser compatible con el establecimiento de

puestos de trabajo cualificados, o de especial responsabilidad, (jefaturas de sección y mandos intermedios), o técnicos (programador), los cuales tendrían un complemento retributivo específico, y a los que se accedería a través de concursos entre los funcionarios de la respectiva oficina, y en los cuales, mediante baremos, no sólo se tendrían en cuenta elementos objetivos, (antigüedad, titulación, etc.), sino también subjetivos, atribuyendo al titular del órgano un margen de discrecionalidad que le posibilitase colocar en los mismos, no sólo a la persona más capaz, sino también a la más idónea.

Finalmente, el funcionario judicial, como colaborador del juez deberá ser un trabajador cualificado con capacidad legal para realizar al titular propuestas de resolución, posibilidad ésta en la actualidad únicamente atribuida al secretario, pero en la realidad sólo usada por oficiales y auxiliares; además deberá estar legalmente capacitado para realizar, por delegación del juez determinados actos procesales como son además de los embargos, el ofrecimiento de acciones, determinadas comparecencias y otros de carácter judicial y escaso contenido jurisdiccional.

Complemento adecuado de la anterior propuesta estimamos puede ser la utilización de las contrataciones laborales, sistemáticamente más simples que las interinidades y demás sustituciones administrativas, como medio de combatir los continuos vacíos que se producen en las plantillas de las oficinas judiciales, con la utilización para ello de las Oficinas de Empleo y desterrando de una vez las oscuras listas de funcionarios sustitutos.

Necesariamente se ha de echar de menos en estas consideraciones una mención a la generalmente postergada figura del secretario judicial, cuyas poco delimitadas funciones están cada día más en entredicho por la progresiva introducción en los órganos jurisdiccionales de los modernos medios técnicos, grabadoras para sustituir la fe pública en los juzgados de lo Penal, o utilización de ordenadores para la confección de la estadística, es por ello que, siendo difícil aunar criterios sobre su papel a desempeñar, nos limitamos desde aquí a proponer la apertura de una serena reflexión al respecto, indicando de entrada que la solución a este problema pasa bien por la potenciación de la figura, que llegaría a ser un auténtico juez adjunto, o juez del procedimiento, como perito procesal que es y con posibilidades no solo de propuesta, sino de verdadera resolución, bien por su progresiva devaluación que lleve aparejada, después de un período transitorio, a su desaparición, posibilitando claro está a los actuales miembros de esta carrera su acceso a la judicial o una incentivada reconversión.

2. Los Servicios Comunes o «Macros»

La creación de servicios u oficinas comunes constituye un paso necesario para lograr optimizar los recursos existentes, evitando la dispersión que actualmente se registra. Sin embargo, conviene acotar adecuadamente aquellas actividades susceptibles de organizarse de este modo pues de lo contrario se produciría una pérdida de control por parte del juez y sus colaboradores respecto al desarrollo del procedimiento concreto, difícilmente compatible con un adecuado ejercicio de la tutela efectiva. Como áreas de actividad idóneas para su estructuración en oficinas generales o comunes, señalaríamos las siguientes:

1. Registro General de entrada de escritos, tanto para profesionales como demás usuarios de la justicia.

2. Oficina de Notificaciones Internas, sólo para profesionales, abogados y procuradores.

3. Servicio de Subastas, ya apuntado en el proyecto de Ley de Procedimiento Laboral.

4. Oficina de Estadísticas, liberando a los juzgados de esta función absolutamente ajena a la Jurisdicción.

5. Archivo General, que facilite a los juzgados el control de sus expedientes, evitando pérdidas y destrucciones, y con colaboración del Servicio General de Archivos y Bibliotecas para salvaguardar autos con cualidades históricas o literarias.

6. Depósitos de Piezas de Convicción, que permita el reciclaje de las mismas, su salida al mercado, o su oportuna destrucción cuando proceda.

7. Servicio de Documentación y Biblioteca, que permita el acceso de los órganos a un gran volumen de información jurídica, y subsane la defectuosa dotación que hoy padecemos.

También habría que incluir el Servicio de Caja y Contabilidad si bien, la experiencia hasta ahora acumulada, tras la concesión de este servicio al Banco Bilbao-Vizcaya apunta la existencia de algunas disfunciones no siempre casuales que redundan en perjuicio de los ciudadanos, evidenciando los riesgos de las tentaciones «privatizadoras» y los «costes» de atribuir aspectos de la gestión de la Oficina Judicial a la Banca.

Hay que subrayar la necesidad del Centro de Documentación y Biblioteca, con su correspondiente banco de datos que incorpore toda la legislación y la más importante jurisprudencia y al que se pueda acceder desde el propio juzgado.

Fuera de estos casos hay que rechazar la configuración de servicios generales por la peligrosa pérdida de control efectivo que para el juez determinan, descartando en particular el recientemente creado en esta ciudad servicio de Ejecuciones, que conlleva, como no puede ser de otra manera, el desistimiento por parte de los titulares de la dirección de esta fase esencial del procedimiento.

En materia de formación de jueces y magistrados

(Especialmente aplicable a la jurisdicción criminal)

La ponencia pone el acento casi exclusivo, en el conocimiento de disposiciones legales, o de rango inferior; así, alude a «Cambios legislativos», «Temas concretos», «Textos legales actualizados»...

Esto, con ser importante, no es lo único, ni siquiera lo primordial: también en los tiempos de la dictadura, aplicábamos las leyes y nos quedábamos con la conciencia muy tranquila. Y es que la ley puede ser el opio del juez.

Hoy, nuestras leyes no son las de la dictadura, pero siguen siendo unas leyes dadas por una clase social y políticamente dominante, y a la medida de sus intereses, frecuentemente en conflicto con los de otras, que por tanto, se ven discriminadas ya desde el momento legislativo por el juego de las mayorías parlamentarias.

No todas las leyes llevan esa marca, desde luego. Se han ido incorporado en tiempos recientes determinados preceptos al Código Penal que tienden a salvaguardar valores sociales y comunitarios; lo que sucede es que las conductas antisociales así definidas parecen estar protegidas —ahí están las estadísticas— por poderosos mecanismos de defensa que las guardan de las ingerencias jurisdiccionales, y que convierten a aquellos preceptos en declaraciones testimoniales.

Y es aquí donde la justicia tiene un importante papel que jugar si quiere encontrar su legitimación como servicio público en favor de todos los ciudadanos. Pero para ello las cosas tienen que cambiar.

Nos encontramos con una magistratura tradicionalmente dócil, poco imaginativa, escasamente dispuesta a salirse de los carriles preconfigurados por los que las cosas vienen tradicionalmente discurriendo, y carente de fuerzas, tal vez de fe, para desmontar aquellos mecanismos de defensa antes aludidos.

Una magistratura fuertemente apegada al principio de legalidad (legalidad en las leyes sustantivas: en las procesales se es mucho más flexible, y es que no son los mismos los infractores). Y aún dentro de aquellas, principalmente de las que atañen a

los valores culturales tradicionales; como en muchas otras facetas de la vida, aquí los pecados de omisión no son los menos graves.

Una magistratura poco dispuesta a cambiar de imagen y a ofrecer a la sociedad un nuevo tipo de juez, que es, por todo ello, un factor nada despreciable en el mantenimiento de los órdenes establecidos y, —en frase de un compañero nuestro—, «brazo togado de intereses muy concretos», en la que un progresismo carente de garra se limita a imponer la pena en el grado mínimo o a forzar la aplicación de alguna circunstancia atenuante cuando la pena tiende a dispararse; pequeños e inofensivos parches individualizados que a nada comprometen —también tranquilizan conciencias— y a nadie llegan a suscitar preocupación.

Seguir por ese camino solo conseguirá perpetuar y aumentar las desigualdades actuales que, por otra parte, parecen leerse en los signos de los tiempos: porque no es solo en nuestro país; ya que en la sesión inaugural de este congreso, el representante de MEDEL nos recordaba como en Europa en estos momentos, pintan bastos para los derechos y libertades. Desigualdades contra las que *Jueces para la Democracia* ha clamado siempre desde sus tiempos —'28 de mayo de 1983— en que se identificó como corriente organizada, y aún antes cuando sin este nombre ni esa estructura, se luchaba en los primeros intentos asociativos.

Conclusión: pido que en la ponencia se incluya expresamente la exigencia al CGPJ de que en la formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados atienda preferentemente a la profundización de los valores constitucionales como superiores a toda otra norma, con aplicación real por encima de cualesquiera otras, y mantenimiento en aquellos, de espíritu crítico ante la Ley, cuya estricta aplicación, por sí sola, no garantiza la consecución de la tutela judicial efectiva.

Carlos López Keller

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Sobre la nueva ejecución laboral y sus límites constitucionales

Bartolome RIOS SALMERON

1. La promulgación de cualquier ley procesal suscita de inmediato reflexiones varias. No en vano nos hizo ver hace años un pensador del porte de Carlos Marx que toda norma de derecho material tiene su «inevitable e intrínseca forma procesal». Lo que potencia su significado cuando la norma sustantiva es el derecho del trabajo, en sentido amplio, tan comprometido con la suerte de un amplísimo sector de la sociedad moderna. Aludo, como es evidente, a la nueva Ley de procedimiento laboral (LPL), de 27 de abril 1990, último eslabón normativo en una secuencia que tiene su origen en la Constitución de 1978, cuyas previsiones, sobre el poder jurisdiccional, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» en todo tipo de procesos, fueron objeto de desarrollo por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, más la Ley de planta y demarcación de 1988, y en lo social, por la Ley de bases para el procedimiento laboral de 1989 (LB). En principio, se ha perseguido la adaptación de los tribunales de trabajo a una nueva estructura jurisdiccional. Pero, junto a esta perentoria finalidad, la vigente LPL ha tenido que afrontar una específica problemática cuya reglamentación urgía su pronto *aggiornamento*. Sirva de expresivo ejemplo la materia colectiva y sindical, cuya atención constituye uno de los ejes definidores de la norma novísima, donde encontramos soluciones, siempre discutibles, pero en cualquier caso avanzadas; así, la legitimación del sindicato obrero para ejercitar acciones individuales que son propias de sus afiliados (art. 20); el temor, incluso el miedo, de un trabajador a enemistarse con su patrono es inherente a una economía capitalista, en la que, para colmo escasean los puestos de trabajo; de ahí que sea aplicable esa «intromisión» de una central sindical. Así, también, la clara primacía del proceso instituido para la tutela de la libertad sindical, cuya urgencia y preferencia son absolutas (art. 176), resultado que igualmente explica el actual estadio del fenómeno sindical, muy sensible a los quebrantos que con frecuencia obstaculizan un papel que la Constitución claramente define (cfr. art. 7.^o). Pero no es éste, en realidad, el objeto de la presente nota. No lo es, tampoco, la dudosa regularidad formal con que aquella secuencia normativa ha sido observada, vista la tensión que hoy es fácil desvelar entre el texto autorizante (la LB), extremadamente pobre en ocasiones,

y el texto delegado (la LPL), que con frecuencia ronda el *ultra vires*, en materias que por lo demás muestran una inspiración de notable progresismo. A lo que brevemente voy a referirme es al proceso de ejecución laboral, o más exactamente, algunos ingredientes del mismo, de clara vocación humanista, o, si este equívoco vocablo quiere evitarse, clara vocación socializante.

2. Aludo, en efecto, a un aspecto del proceso de ejecución, habitualmente descuidado por nuestros estudiosos, y que, en otros ordenamientos, como el alemán, constituyen la materia de una persistente preocupación jurisprudencial y doctrinal, hasta el punto de haberse configurado ya ciertas líneas maestras de lo que cabe tener por *sistema protector del ejecutado*. Ocurre que las actividades principales que constituyen el apremio significan una gravísima intromisión en la vida del afectado y una indudable agresión a bienes que la Constitución garantiza. Definimos con frecuencia el instituto procesal como un instrumento culturalmente avanzado para la solución de conflictos sociales; es cierto que a través del proceso (u otras fórmulas solutorias: conciliación y arbitraje) conferimos *certeza* al derecho o a la situación controvertidos; pero olvidamos, con no menos reiteración, que si el arreglo conlleva un comportamiento del sujeto pasivo de la pretensión, el conflicto persiste, incluso con más intensidad, y hasta en otra dimensión. Cuando, a falta de colaboración espontánea del obligado, tratamos de conferir *efectividad* al derecho que ya goza de certeza, sometemos a una extremada tensión derechos constitucionales básicos, de que disfrutaban ejecutante y ejecutado, cuya contraposición no es de fácil avenencia. Innecesario aclarar que ahora no nos movemos, al menos exclusiva o primordialmente, en el ámbito de la tutela judicial efectiva que el ciudadano acredita *ex artículo 24* de la Constitución, sino que contemplamos la suerte que la ejecución depara a otros derechos, como el de libertad, en sus múltiples manifestaciones (ideológica, religiosa, informativa...); el de propiedad, el de vivienda, etc. Esto nos enfrenta de inmediato con interrogantes de la mayor importancia: ¿puede embargarse una radio o una modesta televisión en blanco y negro a quien desea estar informado de acontecimientos que le afectan: guerra, incendios, estados de alarma en ge-

neral?. ¿puede privarse de una biblia protestante a quien profesa esa creencia religiosa?. ¿cabe desalojar a un enfermo de la vivienda que ocupa, aun superados los plazos legales?. ¿es posible vender una finca para atender credito de escasa cuantia o enajenarla por precio ridículo?. ¿protege el derecho a la intimidad algun reducto que quepa tener por inmune frente a registros, examen de papeles o actos análogos decretados por el ejecutor judicial?; y un largo etcetera que cabría añadir.

3. Nuestro derecho positivo no ofrece formulaciones de carácter general. Tampoco cabe extraerlas de la jurisprudencia, particularmente, de la sentada por el Tribunal Constitucional (TC). Esta alta jurisdicción, contrariamente, ha consagrado la regularidad de normas recientes, muy contestables, que asignan la liquidación de una entidad de seguros intervenida a organos de la Administración, posibilitándose así la institución de un procedimiento concursal ajeno a la intervención del juez civil y desprovisto de las garantías que sólo el último puede dispensar; hasta se impide la aparición del delito de quiebra fraudulente, en cuanto presupone la apertura de un concurso judicial (cfr. s. 4/88, de 21 enero, que he criticado en otro lugar: Rev. Española Der. Trab. Civitas, 1988, n.º 34, p. 179 y ss.). Hay más; los pronunciamientos del TC pudieran propiciar la confusión, cuando emiten declaraciones como la que encontramos en la s. 33/87, de 12 de marzo, donde se nos enseña que la norma que establece una causa de inejecución de sentencias debe ser «interpretada (...) en el sentido más favorable a la ejecución». Aserto de lo más aventurado y peligroso, porque nos fuerza a un entendimiento restringido del artículo 1.º de la Constitución, y en particular, de la cláusula de Estado social, que define y da sentido a nuestro vigente compromiso de convivencia pacífica. El recuerdo de una vieja institución: la inembargabilidad del salario, nos alerta pronto sobre lo que se quiere decir. Reglamentado el beneficio con criterio decimonónico por la Ley de enjuiciamiento civil (LECiv) de 1885, que la reforma «urgente» de 1984 no ha sabido superar, se reconduce en todo caso a una causa de inejecución. Y aquí es donde surge una inquietante duda: sujeto nuestro derecho, hoy, al principio de Estado social, y por ende, a formulas que comportan, en el caso concreto, una solidaridad real entre los contendientes. ¿cabe no obstante concluir que el artículo 1449 y ss. de la LECiv ha de ser entendido siempre restrictivamente? Decididamente, no.

4. La inembargabilidad de bienes íntimos y vitales no está recogida en la LPL. Pero la directa aplicación de los preceptos que contiene la LECiv es obligada, a virtud de la expresa remisión que opera el artículo 234 de la primera. Merece por eso el tema alguna consideración. No creo equivocarme si afirmo que el beneficio (conocido por lo demás en el derecho romano y designado muy tardíamente con la denominación: *beneficium compatentiae*) fue extendido, a lo largo del siglo XIX, al «proletariado ignorante» como alguien lo llamó, al *Lumpenproletariat* como muy gráficamente dicen los alemanes; operación que revela una confusa mezcla de sentimientos filantrópicos y de temores con nuevo cuño: se conjugaba un balbuciente respeto a la persona con

una fuerte aprensión a las revueltas con que amenazaba una clase que penosamente comenzó a encontrar su identidad. En nuestros días, por fortuna, el contexto social es diferente. Ya no conserva su vigencia el esquema técnico-jurídico que esa situación decimonónica propició: el compromiso entre dos derechos privados, el del ejecutante (crédito) y el del ejecutado (cosas íntimas, salario). Hoy, toda esta problemática ha saltado al derecho público. Y se contempla y aborda con criterios diferentes, para decirlo con palabras del TC alemán, partimos de que la «conservación y aseguramiento de la dignidad humana (es el) principio supremo de la Constitución». Pero la persona humana no se toma en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho); por el contrario, la libertad del individuo habrá de ser conjugada con las exigencias de solidaridad que son corolario del aspecto social o colectivo de la vida humana (Estado social de Derecho). Aparece por este camino un Estado cualitativamente diferente que asume, entre otros fines, el de «asegurar a todos una digna calidad de vida», según proclama el preámbulo de nuestra Constitución. Es este el exacto fundamento del mecanismo técnico de la inembargabilidad, con consecuencias del mayor interés: propicia entendimientos hermenéuticos de alcance extensivo, y hasta legítima una actitud protectora del legislador, como bien pone de relieve el artículo 53 de la Norma básica.

5. Sería errónea pensar que el *trabajador* (o beneficiario de prestaciones de la seguridad social) es siempre ejecutante. Son abundantes los casos en que asume el papel de ejecutado. Y entre ellos, conviene recordar la previsión contenida en el artículo 283 de la LPL: desalojo forzoso de la vivienda que el trabajador ocupa por razón de un contrato de trabajo ya extinguido. El lanzamiento tendrá lugar pasado un mes que como plazo de gracia confiere la norma, aunque el juez social puede conceder dos meses más, si existe «motivo fundado». Aun en el terreno de la legalidad ordinaria, la regla sobre arrendamientos urbanos fue más generosa, pues a la postre permite al juez civil la concesión de hasta cuatro meses en total (cfr. D. 4104/64, de 24 de diciembre, artículo 142); por lo que la reciente norma laboral, cuya intención protectora es innegable, no deja de sorprender. Pero, en rigor, lo que debe preocuparnos es el alcance que a la norma ordinaria cabe conferir a la luz del precepto constitucional que atribuye a los ciudadanos el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (Constitución, art. 47). Por descontado que estamos ante un «derecho» que debe incorporar nuestra política social y no ante un derecho subjetivo en sentido tradicional y técnico. Pero no por eso pueden los tribunales ignorar de plano el deseo del constituyente, sino que han de acomodar su práctica diaria en manera tal que quede «informada» por esos principios (cfr. art. 53.3 citado). No puede extrañarnos demasiado, bajo esta perspectiva, que algún juez civil haya opuesto serios reparos a la aplicación ilimitada de las reglas procedimentales sobre desahuciones. O que en el futuro haya, cuando menos, que tener presente la situación del afectado. Recordemos, a título de ejemplo orientador, que el TC alemán entendió insuficiente el plazo de seis meses conferido ju-

dicionalmente a quien, con sesenta años cumplidos, sufría de dolencia grave, que el desalojo protestado en amparo agravo.

6. Terceros muy cualificados son los *otros trabajadores* del empresario ejecutado. Por lo pronto, la existencia del apremio ha de comunicarse a la representación colectiva de aquéllos (Comité de empresa, delegados de personal) cuando su importancia lo aconseje, a fin de que intervengan procedimentalmente para la defensa de sus intereses (art. 249). Y supuesto de obvia trascendencia es una ejecución cuya inmediata efectividad puede «poner en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora». Si tal riesgo se corre, cabe concluir que estamos ante unos «perjuicios desproporcionados» en relación con los que «al ejecutante se derivarían del no cumplimiento exacto» de la ejecutoria. Pudiendo entonces el juez social suspender el trámite, hasta un mes como máximo (art. 242), lo que obviamente pueden pedir esos otros operarios. Aparte la concreta repercusión del precepto, que puede salvar del hundimiento a más de un empleado, lo que a todas luces debe resaltarse es que la LPL introduce el criterio de la *proporcionalidad*, como medida de la viabilidad de cualquier ejecución, trabajosamente elaborado por el TC alemán en una serie de importantes fallos. Ese principio (*Verhältnismassigkeitsgrundsatz*) exige, según las formulaciones más depuradas: que todo acto de autoridad persiga un fin legítimo; que sea apropiado para alcanzar ese fin; que sea, la medida acordada, indispensable por no existir otra más liviana; y sobre todo, que el daño producido ha de contemplarse en relación con la utilidad perseguida. Los actos judiciales, acordados en el seno de una ejecución, son actos de autoridad. En buena medida, por tanto, sujetos al principio de la proporcionalidad. Buena cosa sería que los jueces españoles partieran de esa concepción, y, en suma, de lo que es condensación de la doctrina constitucional alemana: la existencia de un título de ejecución es necesaria para abrir un proceso de esa clase; pero no siempre será bastante o suficiente, en función de las circunstancias del caso contemplado.

7. La protección de *cualquier ejecutado*, por regla, el empresario, en ocasiones también un trabajador o asegurado, se busca por la LPL bajo otra perspectiva: el derecho a la *intimidad personal*, constitucionalmente consagrado (Constitución, art. 18). Sabido es que nuestras leyes procesales civiles venían permitiendo una postura pasiva en el

ejecutado, con ocasión del trámite de búsqueda de bienes embargables. La reforma de la LECiv en 1984 eleva la pasividad del deudor a supuesto que autoriza al ejecutor, mediando petición de parte, a requerir información de todo tipo a los registros públicos, organismos públicos y entidades financieras (art. 1455 III). La LPL 1990 amplía los poderes del juez social, ya que le permite dirigirse, de oficio, a entidades depositarias, y a personas privadas que «por el objeto de su normal actividad o por sus relaciones con el ejecutado deban tener constancia de los bienes o derechos» del ejecutado. Pues bien: lo que llama de inmediato nuestra atención es que estos poderes hayan de desplegarse «dentro de los límites del derecho a la intimidad personal» (art. 247.2), con lo que parece asumirse actitud crítica de algún sector doctrinal frente al más simplificado texto de la norma civil. En realidad, no es ocasión la presente para dilucidar el alcance práctico de la innovación. Pero sí lo es para destacar la irrupción de un valor constitucionalizado: la intimidad, en los trámites de registro o de averiguación de datos, que probablemente obstaculizará alguna medida ejecutiva. También quedan involucrados, como es obvio, otros derechos importantes, con o sin rango constitucional, como es el secreto profesional o el secreto familiar.

El derecho de *propiedad privada*, aun sujeto a límites que derivan de su innegable función social (Constitución, art. 33), también goza, en la reciente LPL, de una protección mínima, que tiende a evitar la diaria burla que contemplamos todos (¿realmente inermes?), en subastas que concluyen en la adjudicación de los bienes, por un precio ridículo, a personas frecuentemente integradas en un conocido círculo profesional. Ese reducido precio, ni se corresponde con el real de la cosa, ni a la postre cubre aceptablemente los intereses del ejecutante. La pequeña corrección que la LPL introduce radica en impedir enajenaciones forzosas, en las que no se alcanza el 25 por 100 de la «cantidad en que se hubieren justipreciado los bienes» (art. 261).

8. Los breves renglones que preceden no persiguen otra cosa que llamar la atención sobre un aspecto de la ejecución procesal, con más sombras que claros. La actitud vigilante del juez es indispensable. Y si en algún trámite cobra potenciado sentido la creencia de que la imaginación resolutive es virtud que aquél debe buscar a toda costa, ese quehacer es el que a diario nos impone la ejecución de una sentencia.

La audiencia pública en los recursos de apelación y de casación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani)

Juan José LOPEZ ORTEGA

1. La publicidad de los poderes públicos es un principio básico en el funcionamiento del Estado democrático. Originariamente este principio aparece vinculado al liberalismo político, reconocido en las constituciones como un principio de organización del Estado, exigido para el Parlamento y la Justicia. Desde esta óptica la publicidad de la justicia no es más que la especificación de un principio más general, inherente a toda la actuación del Estado moderno, que se justifica funcionalmente porque hace efectivo el control del Poder Judicial por la opinión pública.

En la Constitución se encuentran manifestaciones de este principio en el artículo 9.3, que consagra el principio de publicidad de las normas, en el artículo 80 que lo establece para el Parlamento, en el artículo 105 que lo impone respecto de la actividad de la Administración y en el artículo 120 en relación con el funcionamiento del Poder Judicial.

En nuestro ordenamiento, el principio de publicidad de la justicia goza de una dimensión constitucional. Reconocido en los artículos 24.2 («todos tienen derecho... a un proceso público») y en el artículo 120.1 («Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»), constituye a la vez un derecho fundamental («la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones subjetivas de los ciudadanos que tienen la consideración de derechos fundamentales». STC 13/1985) y una garantía institucional del Poder Judicial («la publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de derecho que le convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia». STC 96/1987).

Esta dualidad en el reconocimiento constitucional de la publicidad procesal, en cierto modo, se corresponde con las dos funciones que tradicionalmente se vinculan a este principio. Por una parte, se concibe como instrumento de protección del inculpaado frente a la arbitrariedad de una justicia secreta (dimensión individual) y, por otra, como mecanismo de control público de la actuación del Poder Judicial (dimensión social). El fundamento de la publicidad procesal, en este segundo aspecto, reside en las libertades de información y de opinión consagradas en el artículo 20 de la Constitución, verdadero elemento de unión entre la opinión pública y la justicia.

En suma, la efectividad de esta garantía jurisdiccional se articula a través del derecho a un proceso público (art. 24.2) y a través del derecho a comuni-

car y recibir información (art. 20.1 d). Al contenido de este último derecho fundamental no es desde luego ajeno el derecho de acceso al proceso, que se concreta, por un lado, en el derecho de asistir a las audiencias del juicio oral y, por otro, en el derecho a tomar conocimiento del resultado del proceso, a través del mecanismo de la publicación de la sentencia. A este respecto, la conocida STC 30/1982, caso «Diario 16», reconoció a los periodistas el derecho a asistir a la vista del juicio oral, en cuanto que titulares de un derecho preferente derivado de la función que cumple la prensa en una sociedad democrática, como intermediario natural entre la noticia y los que no pueden obtenerla directamente, en este caso asistiendo personalmente a las sesiones del juicio.

A pesar de la trascendencia que la Constitución reconoce a la publicidad de la justicia, no se puede ignorar que los diversos instrumentos de política legislativa orientados a la simplificación de la justicia penal, que también constituye una exigencia constitucional derivada del derecho a un proceso sin dilaciones, provocan como un efecto indeseado la quiebra de la publicidad procesal. La potenciación del principio de oportunidad, la introducción de los sistemas de transacción intraprocesal o la instauración de los llamados procedimientos penales simplificados, se traducen en una disminución de la publicidad en el proceso penal, en una disminución de la tasa de sentencias, que se sustituyen por otras resoluciones en las que está ausente la publicidad externa como sucede, por ejemplo, con los autos de sobreseimiento y las «órdenes penales», estas últimas características del proceso penal monitorio.

2. Este mismo fenómeno se ha extendido a la segunda instancia y a la casación al suprimir prácticamente la tradicional vista pública que precedía a la decisión sobre el recurso. En efecto dos recientes reformas legislativas han modificado sustancialmente el régimen tradicional de celebración de vista pública en los recursos de apelación y de casación. La Ley 21/1988, de 19 de julio, ha introducido el artículo 893 bis a) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En él se autoriza la decisión del recurso de casación sin la celebración de vista, que ahora queda a la iniciativa de las partes o del mismo Tribunal. La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ha reformado el artículo 795, 5-6, estableciendo como regla general la resolución de los recursos de apelación contra las sentencias del juez de lo Penal sin celebración de vista, si bien la Audiencia puede dispo-

ner su celebración cuando lo estime necesario para la correcta formación de una convicción fundada.

Se ha criticado esta nueva orientación legislativa que, en lugar de reforzar los principios de publicidad y oralidad, se inclina decididamente por el procedimiento escrito en contradicción con lo establecido en el artículo 120.1 de la Constitución. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe a la Ley Orgánica 7/1988 ya se había adelantado, expresando sus reservas respecto de esta modificación del régimen de la apelación, propugnando la celebración de vista como regla general.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de la audiencia pública de los recursos en las sentencias dictadas en los casos Axen (8 de diciembre de 1983), Sutter (22 de febrero de 1984) y Ekbatani (26 de mayo de 1988). Las dos primeras se ocupan del recurso de casación y la tercera del recurso de apelación. La diferente naturaleza del recurso se convierte en el elemento básico para decidir cuál ha de ser el régimen de publicidad exigible en cada caso para observar las garantías procesales consagradas en el Convenio Europeo.

El Tribunal atiende a las características del procedimiento seguido, según se hayan de resolver exclusivamente cuestiones de derecho o también de hecho, examinando en su conjunto la culpabilidad o la inocencia del recurrente. En este último caso la celebración de vista, cuando lo solicite la persona interesada, resulta imprescindible para la validez del procedimiento. En cambio, en el recurso de casación, en el que se trata únicamente de revisar la aplicación del Derecho realizada por el Tribunal de instancia, no hay dificultad en suprimir la vista oral.

En las sentencias Axen y Sutter el Tribunal ha establecido que la ausencia de vista oral no infringe el artículo 6.1 del Convenio europeo cuando el Tribunal de Casación conoce únicamente cuestiones de derecho. Pero la sentencia más importante en esta materia es, sin lugar a dudas, la *sentencia Ekbatani de 26 de mayo de 1988*, en la que se examina el problema de la publicidad de la audiencia en relación con el recurso de apelación.

El señor John Ekbatani, residente en Suecia cuando ocurrieron los hechos, se examinó para obtener el permiso de conducir, pero no superó la prueba. Se produjo un enfrentamiento verbal entre él y el inspector auxiliar de Tráfico que le había examinado y que denunció el incidente a la Policía. El Tribunal de primera instancia, después de una audiencia pública en la que tomó declaración al demandante y al funcionario de Tráfico, le impuso una multa de seiscientos coronas suecas. El demandante recurrió el fallo ante el Tribunal de apelación, solicitando la celebración de audiencia pública, pero el Tribunal resolvió sin atender a la petición y confirmó el fallo condenatorio.

El Tribunal establece como principio general la aplicación de las garantías procesales reconocidas en el artículo 6.1 a todas las fases del proceso, incluida la apelación. Así, frente a una concepción estricta que limita la eficacia del principio de publicidad a la fase probatoria, la garantía de la publicidad se extiende a todas las fases procesales, ya que, como sostiene el tribunal Europeo, el proceso penal cons-

tituye un todo y la protección del artículo 6 no termina con el fallo de primera instancia.

Ahora bien, éste es sólo el punto de partida. La misma sentencia matiza aquella afirmación inicial reconociendo que existen excepciones y que ya en otras ocasiones el Tribunal ha admitido que no se celebre audiencia pública en segunda o tercera instancia (casos Axen y Sutter). Para decidir sobre la necesidad o no de celebrar vista, el Tribunal atiende al ámbito del recurso y las facultades del Tribunal de apelación. En los procedimientos en los que tan sólo se trata de resolver la aplicación del derecho, la celebración de vista no es imprescindible. En cambio, cuando la apelación aborda las cuestiones de hecho y de derecho y el problema de fondo reside en decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el interesado tiene derecho a ser oído personalmente por el Tribunal.

«El nuevo examen, por el Tribunal de apelación, de la declaración de culpabilidad que impugnaba el señor Ekbatani exigía una nueva y total audiencia, en presencia de los dos interesados.»

Esta sentencia viene a confirmar las críticas realizadas en contra de la regulación del recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado (art. 795, 5-6, Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se hace patente la necesidad de realizar una interpretación de la legalidad que no vulnere el derecho a un proceso público garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución y en el artículo 6.1 del Convenio europeo. La solución puede consistir en estimar que el Tribunal de apelación queda vinculado por la solicitud del apelante y está obligado a celebrar audiencia pública antes de decidir el recurso de apelación cuando una de las partes lo solicite.

En otros ordenamientos procesales, además, se confiere al acusado la oportunidad de asistir a la vista de los recursos y de ejercitar el derecho a la última palabra (par. 350-351 StPO). Tal posibilidad debería incorporarse a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo la necesidad de celebrar audiencia pública cuando el acusado personalmente lo solicitara y decidiera hacer uso de su derecho a estar presente en ella y ejercitar su derecho a la última palabra.

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha ocupado en las sentencias Axen (8 de diciembre de 1983), Pretto (10 de febrero de 1983) y Sutter (22 de febrero de 1984) de las exigencias derivadas del régimen de publicación de las sentencias. En particular si de la aplicación del principio de publicidad a las sentencias resulta la obligación de dar lectura al texto íntegro de la sentencia en audiencia pública o si es suficiente con la posibilidad efectiva de su divulgación, mediante su depósito en la Secretaría del Tribunal a disposición de todas las personas interesadas.

En los casos Pretto, Axen y Sutter se había denunciado ante el Tribunal Europeo la violación del artículo 6.1 del Convenio por falta de publicación de la sentencia. La doctrina sentada en el caso Pretto y reiterada después en la sentencia Sutter, admite la validez de ambos procedimientos de publicación previstos en el derecho interno, siempre que se trate de sentencias dictadas en recursos de casación.

Como dice el texto de la sentencia «la finalidad que persigue el párrafo 1 del artículo 6 —asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo— se consigue en casación tanto por el depósito de la sentencia en el Registro, permitiendo a cualquiera el acceso al texto íntegro de la sentencia, como por su lectura en sesión pública, a veces limitada únicamente al fallo de una resolución de inadmisión o de casación».

Esta misma duda se ha suscitado en el Derecho español, en cuanto que el artículo 120.3 de la Constitución establece que las sentencias «se pronunciarán en audiencia pública». La expresión «pronunciar», tradicionalmente se ha venido entendiendo en la legislación procesal como equivalente a «dar lectura» (arts. 160 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 364-365 Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, la legislación más reciente sigue otra orientación. El artículo 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lugar de regular el mecanismo de publicación de las sentencias, contempla exclusivamente su depósito en la Secretaría del Tribunal a disposición de todos los ciudadanos: «Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal y se permitirá a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.»

Siguiendo esta orientación el Consejo General del Poder Judicial por Acuerdo de 15 de noviembre de 1989 ha reconocido a todos los ciudadanos el derecho de acceder al texto de las sentencias depositadas en las Secretarías de los Juzgados y Tribunales esgrimiendo, como una de las razones más impor-

tantes de su decisión, la capacidad que se otorga al derecho de acceder al texto íntegro de la sentencia, reconocido a todos los ciudadanos, aunque no sean parte en el proceso, para subsanar la omisión de su lectura en audiencia pública.

«Con la posibilidad de acceso al texto de las sentencias por cualquier interesado se llega al mismo fin de conocimiento público de estas resoluciones judiciales, que se pretende con su lectura en audiencia pública, subsanándose así la posible ausencia del mismo, que pueda originarse por un exceso de trabajo en los órganos jurisdiccionales.»

Sin embargo, es dudoso que simplemente con el depósito del texto de la sentencia en la Secretaría se subsane la falta de lectura del fallo en audiencia pública. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hasta el momento actual al menos, tan sólo ha admitido esta posibilidad respecto de las sentencias recaídas en los recursos de casación.

Finalmente es conveniente insistir en la trascendencia que para las partes y para la opinión pública tiene el pronunciamiento público de las sentencias. Aunque ciertamente hay que reconocer que en la doctrina no se ha considerado favorablemente la inclusión en la Constitución del principio de publicidad de las sentencias, el pronunciamiento público de las mismas supone para las partes la posibilidad de conocer la decisión directamente del propio Tribunal y para la opinión pública constituye un presupuesto en la efectividad del control del Poder Judicial, a través del ejercicio del derecho a la crítica al funcionamiento de la justicia. En definitiva, como ha señalado algún autor, no es la práctica la que debe conformar la Constitución, sino todo lo contrario.

CUESTIONES DE ORDENAMIENTO JUDICIAL

La gestión de la Administración de Justicia (La sentencia número 56/90 del Tribunal Constitucional)

Claudio MOVILLA ALVAREZ

I. El ejercicio de la potestad jurisdiccional que se confía en exclusiva a los Juzgados y Tribunales (art. 117-3 de la Constitución Española) necesita una determinada estructura, exige la articulación de una serie de medios de carácter personal y material que posibilite la actividad jurisdiccional, que no es una función abstracta, sino que exige un entramado organizativo que lo sustente y haga efectivo el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española).

En nuestro país, siguiendo el modelo napoleónico de organización judicial, la gestión de esa imprescindible estructura, la «administración de la Administración de Justicia», en expresión aceptada incluso por el Tribunal Constitucional, ha venido siendo realizada por el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, prolongando por esta vía la vinculación y subordinación del Poder Judicial al Ejecutivo.

Promulgada la Constitución que establece un órgano de gobierno del Poder Judicial, el Consejo General, había que plantearse el alcance de ese gobierno y las competencias que debía asumir el nuevo órgano en relación a la gestión de la Administración de Justicia, a fin de que dicho gobierno tuviera realidad y no se quedara en mera declaración de buenas intenciones. De otro lado, la organización del Estado de las Autonomías con nuevas organizaciones y centros de poder, exigía un replanteamiento del tradicional monopolio de la gestión de la Administración de Justicia por parte del Ejecutivo.

En relación al Consejo General del Poder Judicial, hay una postura que, partiendo de que la amplitud del gobierno ha de medirse en función de los fines que le sirven de justificación (independencia y eficacia de la función jurisdiccional), llega a la conclusión de que la autonomía ha de ser esencialmente limitada y proyectada sobre aquellos puntos que se revelan como especialmente sensibles desde el punto de vista de la independencia a las intromisiones del Ejecutivo, como puede ser designación de cargos judiciales, nombramientos, ascensos, inspección y potestad disciplinaria.

A esta postura, sostenida entre otros por Xiol Ríos y el fallecido Ignacio de Otto, se oponen los que pretenden dar al Gobierno un carácter mucho más amplio, extendiéndolo a la gestión de medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, posición mantenida entre otros por Fernando Ledesma, al menos hasta ocupar la cartera ministerial. Como argumentos en favor de esta tesis se ha partido de la expresión «Poder Judicial» que utiliza la Constitución, afirmando que no cabe un verdadero poder sin una organización plenamente autónoma y que la expresión «Gobierno del Poder Judicial», que también utiliza la Constitución, desde la teoría de las potestades implícitas, exige que se atribuyan al Consejo General del Poder Judicial todas las facultades necesarias para llevar a cabo el gobierno del mismo.

Confinar el gobierno del Poder Judicial únicamente a las competencias mencionadas explícitamente en el artículo 122-2 de la Constitución (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario), nos parece excesivamente reduccionista y no supone en verdad una ruptura profunda con lo antes existente, al continuar residenciada en el Ejecutivo una amplia gama de atribuciones. Era perfectamente posible desde el marco constitucional asignar al órgano de gobierno del Poder Judicial todas las competencias instrumentales de gestión y entre ellas la elaboración del presupuesto de la justicia.

Uno de los padres de la Constitución, Gregorio Peces-Barba, decía que la Constitución llegaba donde no lo había hecho ninguna otra Constitución actual: a la supresión de las competencias del Ministerio de Justicia en el ámbito del Poder Judicial y su sustitución por un órgano colegiado: el Consejo General del Poder Judicial, lo que permite descartar el mantenimiento de la Dirección General de Justicia en el Ministerio y las competencias que pueden tener, por ejemplo, en materia de personal o de construcciones judiciales. Opinión compartida por Ledesma, para quien el Consejo General del Poder Judicial había sido creado para desapoderar, para sustraer al Poder Ejecutivo, todas las competencias que

venia reteniendo en relación al gobierno del Poder Judicial.

La independencia del juez es un requisito sustancial de su actividad jurisdiccional y de aquí la mención explícita que hace el artículo 122-2 de la Constitución a diversas materias que entran en juego en aquella independencia. Pero como requisito previo habrá que establecer las condiciones estructurales y organizativas que la posibiliten, evitando que se quede en mera declaración platónica o se vea sensiblemente deteriorada.

Los vientos no han soplado favorablemente para el Consejo General del Poder Judicial en lo que se refiere a la asunción de competencias de gestión y por el contrario se ha asistido, en clave ciertamente contradictoria, a la vista del nuevo sistema de elección, a una sensible reducción de las competencias que tenía la Ley Orgánica de 10 de enero de 1980, confinadas hoy al llamado Estatuto de Jueces y Magistrados, con la importante limitación, que después veremos, del momento inicial de selección. La gestión se atribuye íntegramente al Ministerio de Justicia, a quien compete proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia (art. 37-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

II. Tampoco puede decirse que las Comunidades Autónomas hayan salido muy bien paradas en sus intentos de conseguir atribuciones en relación a la «administración de la Administración de Justicia».

La cobertura legal para aquella asunción de competencias fue la de establecer en casi todos los Estatutos de Autonomía (las excepciones han sido únicamente Cantabria y La Rioja), la llamada «cláusula residual», conforme a la cual corresponde a los poderes autonómicos el ejercicio de todas las facultades que las leyes orgánicas del Poder Judicial o del Consejo General reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado.

La validez de estas cláusulas subrogatorias, cuyo juego podía ser muy amplio en razón de las amplias competencias que se reservó el Gobierno en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha sido negada por algún autor como Ignacio de Otto, para quien los Estatutos de Autonomía se han excedido de lo que denomina «reserva estatutaria», por lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial puede perfectamente reformar los Estatutos sin sujetarse a los procedimientos de reforma establecidos en los mismos, ya que el principio de congelación de rango estatutario sólo protege a los preceptos materialmente estatutarios, y no a los que sólo lo son formalmente. Otros autores (Muñoz Machado, Xiol Ríos, Díaz Valcárcel), aún sin admitir esta posible derogación, llegan a las mismas consecuencias prácticas, al considerar las normas estatutarias relativas a la Justicia como normas programáticas sujetas en definitiva a lo que disponga en su momento la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Tribunal Constitucional en las sentencias 56 y 62 del año 1990, diferencia en el artículo 149-1-5 de la Constitución, en contra de la opinión de Otto, un núcleo duro, o sea, lo que es Poder Judicial y el gobierno de ese poder de competencia exclusiva del Estado, y otro sector claramente diferenciado que hace referencia a los medios personales y materia-

les que no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el artículo 122-1 de la Constitución Española refiriéndose al personal «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella.

En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y de gobierno del Poder Judicial, es posible que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales. Lo que la cláusula subrogatoria supone es aceptar el deslinde que el Estado realiza entre Administración de Justicia en sentido estricto y «administración de Administración de Justicia»; las Comunidades Autónomas asumen así una competencia por remisión a ese deslinde respetando como vínculo inaccesible el artículo 149-1-5 de la Constitución, con la excepción de lo dispuesto en el artículo 152-1, segundo párrafo, sobre participación en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio.

III. La «administración de la Administración de Justicia», el posibilitar que la organización judicial tenga los instrumentos adecuados para su normal funcionamiento, se mueve de modo principal en dos campos de actuación: la provisión del elemento humano que desarrolle la actividad jurisdiccional en sus diversas fases y la creación de una infraestructura material que sirva de soporte a aquella actividad.

O sea, dotar el servicio judicial con los medios personales y materiales necesarios para hacer efectiva la tutela judicial.

A) Dotación de *medios personales*. Hay que distinguir entre los titulares de la potestad jurisdiccional, jueces y magistrados, y el denominado en el libro VI de la LOPJ, «personal al servicio de la Administración de Justicia».

1.º Jueces y magistrados.—Conforme al artículo 107-4 de la LOPJ, corresponde al Consejo General del Poder Judicial la formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de jueces y magistrados. O sea, las materias relativas al Estatuto Personal de Jueces y Magistrados y régimen disciplinario y entre ellas la provisión a los órganos judiciales de sus titulares.

Pero esa facultad de provisión y de realizar los consecuentes nombramientos, tiene que moverse dentro de los condicionamientos del Ejecutivo, ya que es a éste a quien compete la creación de las plazas que deban posteriormente provistarse.

En diversos artículos de la Ley de Planta y Demarcación, entre otros 20, 21, 35, 39, 43, 45, 46, se ve con toda claridad que se reserva a la discrecionalidad del Gobierno la efectividad de la Ley de Planta y el ritmo a que debe sujetarse aquélla, discrecionalidad que tiene muy poco que ver con el proclamado gobierno del Poder Judicial que se atribuye constitucionalmente al Consejo General del Poder Judicial.

Pero este aspecto de la provisión de destinos sufre una restricción mucho más importante aún, por lo que puede suponer de control gubernamental de la actividad judicial.

Antecedente de la provisión de titulares es la previa selección inicial de candidatos que van a ocupar

las plazas disponibles. Algo en verdad muy importante, ya que en definitiva las condiciones personales y profesionales que se exijan, la clase de cultura jurídica y de cultura en general que se postulen para el juez, es materia de decisiva importancia en cuanto a su futura actuación jurisdiccional y a su relación con la sociedad civil. Como señala con todo acierto M. Carmona Ruano, «lo cierto es que la profesionalidad de un juez que se adecue a la doble dimensión de su función (poder político que como tal emana del pueblo y servicio público que es exigible presuntamente con la máxima eficacia), debería responder de modo paralelo a una doble exigencia, inserción social, cultural y ¿por qué no?, política, en la sociedad donde actúa y capacidad técnica».

Pues bien, en la primera Ley Orgánica del Consejo General de 10 de enero de 1980 aparecía en el artículo 2-3.º como una de las competencias de aquél, la selección de jueces y magistrados, competencia que desaparece en la nueva Ley Orgánica y que en lo sustancial se residencian en el Ministerio de Justicia. Este tiene una incidencia importante en la configuración de los Tribunales y mayor aún en la confección de los programas que hayan de regir la oposición en el ingreso directo o en el concurso de méritos en los turnos de juristas, con la única exigencia de la audiencia no vinculante del CGPJ (artículos 306 y 313 de la LOPJ).

Como dice Almagro Nosete, «si se compagina esta dependencia del Ministerio de Justicia con la propuesta vinculante para el nombramiento que corresponda al Centro de Estudios Judiciales y con las facultades que se reserva el Ministerio para aprobar los ejercicios, los programas y las normas que han de regir el acceso al mismo, se cae en la cuenta de que la "gubernamentalización" de la formación del aspirante a juez está asegurada, marginando el sentido que debe de tener en una sana interpretación la actuación del órgano de gobierno del Poder Judicial. Si a ello se une la experiencia sociológica, según la cual el detentador de un cargo permanece obligado a la persona responsable de su nombramiento efectivo, puede estimarse agravado el peligro para la independencia de la Justicia que han señalado numerosos estudiosos de la función judicial. Con estas normas se fabrica un juez gubernamental, pero no un juez constitucional».

Esta crítica del profesor de Derecho Procesal resulta excesiva y la acusación de gubernamentalización no está en absoluto justificada, al menos en lo ocurrido hasta ahora, aunque el peligro de que se produzca puede ser cierto. Tampoco puede hablarse de que esa competencia del Gobierno a través del Ministerio de Justicia sea inconstitucional, ya que el artículo 122-2.º de la Constitución no las cita entre las que de modo ejemplificador asigna al CGPJ, por lo que el legislador podía, más discutible es si debía, conferir la competencia inicial de selección al Ejecutivo.

Al CGPJ se le confiere el nombramiento de jueces y magistrados, pero es lo cierto que en los casos a que se acaba de hacer referencia, o sea, la entrada inicial en la Carrera Judicial, como juez o magistrado, dicho nombramiento tiene carácter meramente formal, legitimador sin posible discrepancia de lo decidido en otras sedes. El proceso inicial de

culturalización del juez, entendido éste no sólo como la asimilación de un saber jurídico, sino también como la asunción de unos valores que se proyectan sobre la sociedad en que debe actuar el juez, que en definitiva conformará en forma importante el rol que asumirá en el desempeño de su actuación jurisdiccional, queda sustraído al órgano que en ese futuro va a intervenir de modo decisivo en su status funcional y que garantiza su posición en relación a los poderes institucionales y fuerzas sociales.

Por otra parte, el Centro de Estudios Judiciales, en el que se lleva a cabo la formación y perfeccionamiento de los jueces, con la trascendencia que esto comporta, tiene una clarísima dependencia y vinculación orgánica con el Ministerio de Justicia, como lo prueban la composición del Consejo (arts. 15 y 16 del Reglamento del Centro), la designación del director, que es nombrado y separado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia, el nombramiento también libre del jefe de Estudios y del secretario y la selección del profesorado que es de libre designación del director.

Tampoco aparece como conveniente el que no se garantice la objetividad de las decisiones que pueden tomar en relación con la superación o no del curso en el Centro de Estudios Judiciales (art. 313 de la LOPJ), ya que estas decisiones se supone que habrán de adoptarse por el profesorado de la Escuela, cuyo régimen de designación y actuación se deja al Reglamento, cuya aprobación corresponde al Gobierno.

2.º Personal al servicio de la Administración de Justicia.—Bajo esta denominación se comprenden (art. 454 de la LOPJ) los secretarios judiciales, los médicos forenses, los oficiales, auxiliares y agentes judiciales, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse por Ley para el auxilio y colaboración con los jueces y tribunales.

En la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, se confería al CGPJ la competencia para la selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los secretarios (art. 2-5.º), y en el número 6 del mismo artículo «la selección, formación y perfeccionamiento, incluido la aprobación de programa y nombramiento de Tribunales, del personal auxiliar y colaborador de la Administración de Justicia». Esta competencia desaparece totalmente en la nueva LOPJ, que establece en el artículo 454-2 el carácter de cuerpos nacionales de los mencionados funcionarios, al servicio de la Administración de Justicia y en el 455, que las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia corresponde al Ministerio de Justicia, en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendidos la selección, formación y perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario.

La supresión de la anterior competencia es alabada por Xiol Ríos, ya que a su entender de este modo se centra acertadamente la competencia activa del Consejo General en torno al Estatuto del Personal propiamente judicial, correspondiéndose el carácter de instrumento de garantía de la independencia judicial que aquel órgano tiene primordialmente. Para

quienes entendemos que la concepción del gobierno del Poder Judicial es algo más amplio que la garantía de la independencia judicial, aunque ésta es fundamental en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la solución adoptada aparece como muy discutible.

La praxis ministerial ha sido aún más restrictiva que los textos legales e incluso la provisión de personal interino en las plazas vacantes sigue bajo el control absoluto del Ministerio, no teniendo las Salas de Gobierno y las Presidencias de Tribunales Superiores de Justicia más que simples facultades de propuesta. Situación que conduce a sensibles retrasos en la provisión de las plazas interinas, en ocasiones superior a tres meses, con las consecuentes disfuncionalidades en la actuación de los órganos judiciales afectados. La solución más correcta hubiera sido el confiar a los órganos de gobierno la facultad de nombramiento, reservándose el Ministerio el control de la legalidad de aquél.

En lo que respecta a las competencias de las Comunidades Autónomas en esta gestión del elemento personal, una vez dictada la sentencia del Tribunal Constitucional 56/90, han quedado confinadas en muy estrechos límites, que privan de toda eficacia a la cláusula subrogatoria a pesar de reconocer su plena validez.

En la citada sentencia se hacen, entre otras, las siguientes consideraciones:

a) Se recuerda que las competencias que asuman las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula, nunca pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto (núcleo duro) en razón de lo dispuesto en el artículo 149-1-5 de la CE.

b) Tampoco pueden las Comunidades Autónomas actuar en el ámbito de la «administración de la Administración de Justicia», en aquellos aspectos que la LOPJ reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos.

c) En tercer lugar, la asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

d) La remisión se realiza a las facultades del Gobierno, lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose en todo caso las competencias legislativas.

e) En quinto lugar, al analizar cada uno de los supuestos concretos de invasión de competencias, el marco de enjuiciamiento no puede ser sólo la competencia residual sobre «administración de la Administración de Justicia»; ello porque en cada caso habrá que determinar si existen otros títulos competenciales con incidencia en la materia.

Al poder legislativo estatal corresponde fijar normativamente el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, en virtud del mandato expreso del artículo 122-1.º de la CE., que dispone que la LOPJ «determinará el Estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia».

Pero por otra parte, dado que la LOPJ en su artículo 454-2.º ha venido a optar por un modelo consistente en la consideración de los Cuerpos de la Ad-

ministración de Justicia como Cuerpos Nacionales, exige (F.J. de la sentencia 56/1990) la reserva a unas instancias comunes de aquellas actuaciones que, aún siendo ejecutivas, pueden afectar en forma decisiva a elementos esenciales del Estatuto de los funcionarios integrados en los Cuerpos Nacionales al servicio de la Administración de Justicia. Por ello quedan excluidos de las cláusulas subrogatorias de los EE.AA. aquellas atribuciones que encomendadas por LOPJ al Gobierno de la nación, resultan obligadamente reservadas a éste, para mantener el carácter propio de Cuerpo Nacional.

Desde estas fundamentaciones (F.J. n.º 10), todo lo que afecta a la selección, formación y perfeccionamiento posee una dimensión supra autonómica, sin perjuicio de la posibilidad de que, especialmente en el campo de la formación y perfeccionamiento profesionales, las CC.AA. puedan coadyuvar mediante técnicas de colaboración o auxilio. También el régimen disciplinario debe quedar excluido, por razones de homogeneidad, de las posibilidades competenciales derivadas de la cláusula subrogatoria.

Se admite en cambio que en la provisión de destinos, la cláusula subrogatoria pueda actuar, aunque no de manera total, siempre que aquella provisión haga referencia a órganos de ámbito territorial igual o inferior al de la Comunidad Autónoma. Pero aun en estos casos, la unidad del Cuerpo ha de traer consigo la necesaria colaboración de cada una de las Comunidades Autónomas competentes con el Ministerio de Justicia, en los términos que prevea una futura y necesaria normativa, que por el momento no parece estar en las previsiones del citado Ministerio, en el que se sigue llevando una política de absoluta centralización, lo que ocasiona continuos problemas y disfuncionalidades.

3.º Medios materiales.—Bajo esta denominación se comprenden todos aquellos elementos que, al margen de lo personal, son imprescindibles para crear la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de la justicia (edificaciones judiciales, clínicas médico-forenses, Institutos Anatómicos, servicios de informática, mobiliario, bibliotecas, medios de reproducción, etc., así como su adecuada conservación). Un sector de indudable importancia y en el que las carencias aún continúan siendo sensibles a pesar de los esfuerzos realizados en estos últimos años por el Ministerio de Justicia.

El CGPJ ha quedado marginado de toda competencia en cuanto a la gestión de medios materiales del servicio público de la justicia. La condición de órgano de Gobierno del Poder Judicial no parece que exija, a juicio del legislador orgánico, ninguna competencia en aquel sector.

La única actuación posible del CGPJ, de acuerdo con el artículo 109-1 de la LOPJ, es la de incluir en la Memoria, que debe elevar anualmente a las Cortes Generales, una relación de las necesidades que a su juicio existan en materia de personal, instalaciones y recursos en general para el correcto desempeño de las funciones que la Constitución y las Leyes asignan al Poder Judicial.

Las Cortes podrán debatir, no están obligadas a hacerlo, el contenido de dicha Memoria y reclamar la comparecencia del presidente del Consejo o miembro del mismo en quien delegue, pudiendo el

contenido de la Memoria dar lugar a la presentación de mociones, preguntas y en general a la adopción de cuantas medidas prevean los Reglamentos de las Cámaras, pero sin que la relación de necesidades suponga vinculación alguna para el Gobierno.

Como una muestra más de la discriminación que a nivel legislativo se ha hecho de las competencias del Consejo, hay que señalar que el nivel de autonomía financiera que se le reconoce es inferior a la que sus respectivas leyes orgánicas atribuyen al Tribunal Constitucional y al de Cuentas. En tanto estos órganos aprueban un proyecto de presupuesto que se incorpora como tal al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, al Consejo General únicamente le compete la elaboración y aprobación del anteproyecto de presupuesto propio.

En cuanto a las Comunidades Autónomas, la virtualidad de la cláusula subrogatoria existente en la mayoría de los Estatutos (las excepciones son Cantabria y La Rioja) sí aparece como plena después de la sentencia número 56/90 del Tribunal Constitucional, dictada en los recursos acumulados interpuestos por los órganos legislativos y ejecutivos de Cataluña, Galicia y País Vasco, contra diversos preceptos de la LOPJ, y concretamente por lo que se refiere a esta materia, contra el artículo 37 de dicha ley.

El Tribunal Constitucional, al examinar la invocada inconstitucionalidad del citado precepto, viene a declarar:

a) La competencia del Gobierno, a través del Ministerio de Justicia de proveer los medios a los Juzgados y Tribunales para el desempeño de su función, no es contraria a las cláusulas subrogatorias, sino a los presupuestos de las mismas. Aceptando que la dotación de medios materiales no se incardina en la materia definida como «poder judicial» sino que se trata de una materia conexa, sólo puede asumirse por las Comunidades Autónomas, si existe previa reserva en favor del Ejecutivo estatal.

b) La referencia que se hace en el párrafo 2.º de la relación que debe remitir anualmente el CGPJ al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia de las necesidades que estime existente, en nada viola las competencias autonómicas ni dificulta su ejercicio. Se trata exclusivamente de señalar el procedimiento que debe seguir el citado informe, sin entrar para nada en quién debe gestionar la satisfacción de las necesidades que en él aparezcan expuestas.

c) El Tribunal Constitucional también ha entendido que la expresión «podrá», que aparece en el apartado 3 del artículo 37 (podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recursos, cualquiera que sea su consignación presupuestaria, correspondientes a las competencias atribuidas al Gobierno *cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia*), no cabe interpretarla como una concesión de un ámbito de discrecionalidad a las instancias estatales, sino como el reconocimiento de una posibilidad, que únicamente dependerá de que la hayan asumido en sus Estatutos.

d) Por último, y en relación al repetido artículo 37, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el párrafo 4.º («Los recursos *propios* que las Co-

munidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la Asamblea Legislativa»).

La anulación de este inciso se basa en que con él se anula la autonomía financiera y organizativa del ente territorial. La financiera, asevera el TC., porque al dotar la ley de carácter vinculante, el informe del CGPJ viene a cercenar totalmente la libre disposición de los recursos, lo que equivale a decir la facultad de decisión libre del ente autonómico. Se trata, pues, de una exigencia que va más allá de la coordinación conveniente en este campo, al subordinar completamente la atribución de recursos autonómicos al informe favorable del Consejo, mientras que esa misma subordinación no se establece respecto de los recursos aportados por el Estado, colocándose así a las Comunidades Autónomas en este aspecto en una posición desigual, carente de justificación.

Por otro lado, continúa diciendo la sentencia en el fundamento jurídico 12-d), también es contrario a la autoorganización de las Comunidades Autónomas la regulación de extremos del procedimiento interno de aprobación del uso de recursos propios que se vincula a la Asamblea Legislativa, que será lo normal. Pero, en todo caso, no es la ley estatal el instrumento adecuado para regular esa materia, que queda reservada, a la regulación propia de las Comunidades Autónomas de acuerdo con los Estatutos, según lo previsto en los artículos 147-1-c) y 148-1 de la CE.

Este artículo 37 de la LOPJ es el único, como afirma Adrián Celaya, que permite una cierta descentralización en la provisión de medios a la Administración de Justicia, si bien el único desarrollo que ha tenido hasta el presente es el que, en relación al País Vasco, se estableció por el Real Decreto 1648/87, de 6 de noviembre, sobre traspaso de funciones del Estado a dicha comunidad en el sector de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

En este decreto no se hace alusión a la gestión autónoma de ciertos recursos, según la terminología del artículo 37 de la LOPJ, sino que acuerda «el traspaso a la Comunidad Autónoma del País Vasco de las funciones de la Administración del Estado en materia de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia». Y en el apartado A) del Anexo, se afirma que «el presente traspaso se realiza al amparo del artículo 35 en relación con el 13-1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco», sin citar para nada la LOPJ sino exclusivamente los preceptos del Estatuto de Autonomía, entre ellos el 13, que contiene precisamente la cláusula subrogatoria cuya constitucionalidad se había cuestionado.

Lo que viene a demostrar que en esta materia la lectura literal y jacobinista de los textos legales puede quedar modulada por la capacidad de presión política de las diversas Comunidades Autónomas y la voluntad de sus órganos institucionales de asumir competencias perfectamente compatibles con el Estado de las Autonomías.

DOSSIER: LA INFRA-CONDICION DE EXTRANJERO

El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio*

Diego LOPEZ GARRIDO

I. Las corrientes migratorias en el final del siglo XX. Los nuevos flujos de refugiados en Europa

Si ha habido un cambio de naturaleza histórica en el continente europeo en el último tercio del siglo XX, ha sido la configuración completamente novedosa de las corrientes migratorias.

Un solo dato nos puede dar idea del volumen de la transformación producida. En 1959, el momento en que entra en vigor el Tratado de Roma, que funda la Comunidad Económica Europea, las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes en el área de la CEE eran originarios de Italia (teniendo en cuenta, no obstante, que en esa época Argelia era todavía territorio francés). En 1973, la proporción se invierte. Las tres cuartas partes de los trabajadores inmigrantes vienen de países exteriores a la CEE, y representan el 4 por 100 de la población total¹.

Hasta ese momento, los nuevos flujos de mano de obra, a bajo precio, habían contribuido a la reconstrucción y al potente impulso económico de los años sesenta en Europa. Los trabajadores inmigrantes del sur de Europa y, después, de países del tercer mundo, se imbricaron profundamente en la Segunda Revolución Industrial Europea.

A partir de la crisis petrolífera de 1973, cambia por completo el marco económico. La inflación, la inestabilidad monetaria, la creciente tasa de paro, son fenómenos que se van consolidando de forma estructural en nuestro continente. La demanda de fuerza de trabajo por parte de los países en punta del desarrollo económico, centro y norte de Europa, se agota, pero los flujos migratorios no cesan, porque la crisis económica es aún más profunda en países no europeos subdesarrollados².

La migración de los años sesenta, explica Venturini, se produce en un contexto de crecimiento económico en el que estaban disponibles recursos a distribuir, y los trabajadores extranjeros entraron en el *corazón* del proceso productivo que necesitaba un elevado número de operarios poco cualificados, contribuyendo así directamente al desarrollo industrial en los países más desarrollados de Europa.

Sin embargo, en los años ochenta, la ralentización del crecimiento económico empezó a producir paro en un contexto económico diferente, ya que el desarrollo se caracterizaba por la prevalencia del sector terciario y las transformaciones tecnológicas de la actividad industrial que ya no necesitaba trabajadores poco cualificados, sino trabajadores con ciertos conocimientos y formación técnica. En este caso no iban a introducirse directamente en el proceso productivo, sino a situarse en una posición periférica de dirección de los procedimientos automatizados.

Esta situación contradictoria conduce al fenómeno de la ilegalidad o irregularidad de la actividad laboral, que no puede ser interpretada como una fase transitoria, sino que se está convirtiendo en una característica estructural del trabajo de los años ochenta y noventa. Es lo que se llama la economía sumergida. Eso lleva aparejado fórmulas nuevas de flexibilidad laboral y, en definitiva, de precarización del empleo.

Los flujos migratorios tienen una dinámica propia, autónoma, que hace tremendamente difícil su control y, desde luego, hace imposible su freno. Lo demuestra la política de clausura de fronteras que se pone en práctica en los años setenta y ochenta en Europa y que no logra frenar las entradas, aunque

* El presente texto es parte de un libro en preparación

¹ Para un estudio sumario de la reciente política migratoria en la Comunidad Europea, ver el trabajo de Claude Gueydan, «La politique migratoire de la Communauté Economique Européenne», en *Liberté de Circulation en Europe Economica*, Paris, 1989, pp. 129-141.

² Cfr. sendos trabajos de Raffaello Sestini y de Alessandra Ven-

turimi publicados en un muy interesante y documentado número de *Democrazia e Diritto* (6, 1989) sobre el racismo y sobre el trabajo de los extranjeros en Europa. Los trabajos llevan por título, respectivamente, «La disciplina degli stranieri in Europa» y «Mercato del lavoro e lavoratori extraeuropei»; ver en especial, pp. 343-347 y 358-360.

sí convertirlas en entradas clandestinas y, parcialmente, desviarlas hacia peticiones de refugio o asilo (sólo parcialmente como veremos).

En efecto, las migraciones, que en principio están pensadas por parte de quienes las protagonizan, como una conducta temporal, ante las condiciones económicas de fondo se transforman en migraciones permanentes, y esto da una naturaleza diferente al problema.

En la base de todo ello está un fenómeno de mayor amplitud incluso que los límites del continente europeo, que es la internacionalización de la economía; la globalización de la economía mundial.

Si a ello le unimos las profundas crisis políticas y económicas de los países del tercer mundo, nos encontraremos con unos flujos migratorios de alcance planetario, que difícilmente pueden frenarse o evitarse por medio de políticas nacionales de cierre de fronteras o de persecuciones administrativas. Esto sólo hace cambiar el status de las personas afectadas, pero no cambia las causas de fondo de la problemática.

Así que, en los años ochenta surge como gran problema político en todos los países de Occidente el hecho inmigratorio. Adquiere una dimensión que no tenía anteriormente.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, en 1980, en lugar de los 450.000 inmigrantes que se esperaban hubo 1,3 millones de personas que entraron, incluyendo aquí a extranjeros admitidos en el marco de la política de cuotas, refugiados, inmigrantes especiales como cubanos y haitianos, y un número desconocido de trabajadores sin papeles de acreditación (*undocumented*) estimado en casi 500.000. Es una inmigración clandestina esta última que rompe cualquier tipo de previsión o programa gubernamental al respecto.

En el caso de los Estados Unidos hay que tener en cuenta que, además del problema puramente cuantitativo, que hizo que el Congreso temblase porque los Estados Unidos abrían los «control of its borders», sino que los nuevos inmigrantes no se asimilaban a la cultura americana, a diferencia de los flujos históricos anteriores. Esto sucedía, y sucede, con gran número de inmigrantes que solamente hablan español, y que difícilmente encajan con la cultura americana, entre otras cosas por la fuerza del idioma y de su cultura de origen³.

En los países europeos, los estudios más autorizados constatan siempre la misma tendencia. En los años ochenta la inmigración ha cambiado ya definitivamente de tendencia. Su origen es fundamentalmente del tercer mundo, y hay en ella un componente mayoritario que pasa a engrosar las filas de

la clandestinidad, ante la también creciente «política de stop» de todos los países de la Comunidad Europea⁴.

Respecto a España, el informe más fiable al respecto probablemente sea el realizado por el colectivo IOE, realizado para la Comunidad Europea, sobre «Efectos sociales y económicos de la inmigración en los Estados meridionales de la CE»⁵.

En España no parecen darse unas cifras tan espectaculares como en otros países del centro y norte de Europa. España ha sido históricamente un país de emigración, aunque ya lo es de inmigración. El número total de extranjeros se ha duplicado entre 1970 y 1988 en España, correspondiendo un mayor porcentaje de aumento a los procedentes de América Latina, Filipinas y África Central. En los últimos cinco años el volumen de inmigrantes no llegados de la Comunidad Europea se ha elevado en un 78 por 100. La mayor parte de ellos vienen de antiguas colonias españolas: América Latina, Filipinas, norte de Marruecos y Guinea Ecuatorial.

Según las estadísticas policiales al finalizar 1988 había en España 360.032 extranjeros en situación legal regular, cifra que el estudio al que nos estamos refiriendo corrige al alza para incluir a los menores de dieciocho años y a otras categorías de residentes regulares; con esta corrección los inmigrantes en situación legal se aproximarían al medio millón. A ellos hay que añadir los extranjeros en situación irregular, los clandestinos, cuyo número se estima en ese estudio en 294.000. Por tanto, el número total de extranjeros presentes en España se aproximaría a los 800.000. Eso supone el 2 por 100 de la población.

Los refugiados políticos reconocidos como tales por el Ministerio del Interior eran, al finalizar 1988, 20.925, provenientes principalmente de América Latina, Oriente Medio, Sudeste Asiático y África Negra.

Todo este nuevo fenómeno migratorio ha influido, qué duda cabe, en el asilo y refugio en Europa, en su problemática política y en sus proyecciones jurídicas.

Se ha elevado considerablemente el número de solicitantes de asilo en todos los países europeos.

Las estadísticas que poseemos, provenientes de diferentes fuentes, no son coincidentes. Por eso hemos optado por incluir en anexo las dos que principalmente hemos manejado: la de la OCDE y las del ACNUR.

Se manejen las cifras que se manejen, todas ellas manifiestan un crecimiento formidable de las personas que buscan asilo en Europa en los últimos lustros.

Si en 1972 se calculaban en 13.000 las personas que buscaron asilo en Europa (cifras del ACNUR),

³ Cfr. el trabajo de Aleinikoff sobre la regulación de extranjería en Estados Unidos, en *Die Rechtstellung von Ausländern*, T II, Springer, Berlin, 1987, pp. 1553-1556. Ofrece un apreciable estudio de la evolución histórica de las migraciones en ese país, y su paralela evolución legal.

⁴ Para Italia ver el número de *Democrazia e Diritto* cit., y los trabajos de D. Maffioli, M. Matala, E. Pucilese y E. Sonnino en el número 1 (1990) de la revista *Polis* (Il Mulino). Para Francia ver el amplio estudio de François Duber, *Inmigration, qu'en savons nous?* en *Notes et Etudes Documentaires* (n.º 4887), París, 1989. En el n.º 4.886 hay otro interesante dossier: *De l'in migré au*

citoyen. Para el conjunto de la Comunidad Europea ver el Informe de la Comisión de 22 de junio de 1989 (SEC (89) 923 final) sobre *Integración social de los emigrantes de terceros países que residen de forma permanente y legal en los Estados miembro*. Asimismo ver el *Informe Anual 1989 de la Asociación Pro Derechos Humanos*; el capítulo dedicado a «Extranjeros», en especial pp. 57-60, y el trabajo «la inmigración en Europa Occidental», firmado por: Perferia, publicado en la revista *En Pie de Paz* sept. oct. 1988, pp 18 y s

⁵ El texto mecanografiado lleva fecha 15 de septiembre de 1989.

en 1985 la cifra se elevaba a 168.000. En 1990 se calcula en más de 200.000 los demandantes de asilo en Europa, con una tendencia imparable hacia arriba.

El súbito aumento en los demandantes de asilo ha situado a los sistemas jurídicos reguladores de la materia en una crisis de grandes proporciones.

Los países europeos han sido incapaces de «procesar», conforme a los procedimientos jurídicos habituales, la enorme demanda de asilo que ha sacudido a todo el continente en los últimos años. Y ello ha sido el pretexto para que los procedimientos de admisión se hayan hecho mucho más rígidos y hayan saltado por los aires muchos de los sistemas de garantía que trabajosamente se han ido edificando durante años. Nos hemos referido cumplidamente a ello páginas atrás.

Los Gobiernos entienden que la mayoría de los pretendidamente refugiados políticos son, en realidad, emigrantes económicos, que, ante el cierre de fronteras en este campo, sólo han encontrado la salida del estatuto privilegiado de refugiado, que obligaría a su admisión en los países de destino.

Apreciación que, estudiando atentamente los orígenes de los flujos migratorios, y las cifras, no es en absoluto exacta. Esta es la tesis sostenida por el AC-NUR repetidamente. Concretamente, en cuanto a Francia, el especialista Frédéric Tiberghien, haciendo un minucioso examen de los flujos de asilo y los flujos migratorios en 1986, en su país, demuestra que el stock de refugiados de ese año no corresponde a los flujos tradicionales de mano de obra, que es la principal componente, directa o indirecta, de la inmigración en Francia y en los demás países europeos. La mayoría de las demandas de admisión de estatuto de refugiado continúan emanando de ciudadanos originarios de países en donde se ejercen persecuciones políticas⁶.

Sea como sea, las consecuencias políticas y jurídicas, no se han hecho esperar. El problema del asilo rápidamente se ha «europeizado» en los últimos años (Bolten), y la restricción a la demanda de asilo se ha hecho unánime, tanto en el nivel puramente nacional, de ejecución del Convenio de Ginebra de 1951, como, igualmente, y ésta es la novedad del momento, en el nivel de la Comunidad Europea⁷.

II. La reacción estatal: la precarización del asilo, visados y sanciones a compañías aéreas

La crisis producida en los flujos migratorios en Europa Occidental desde los años setenta agravada, de forma incontrolable, en los años ochenta, originó una reacción en los Estados europeos, aplicando lo que antes hemos llamado «política de stop».

Nuevas disposiciones administrativas y de rango legal incluso se dirigieron a frenar el movimiento migratorio, afectando a dos campos muy sensibles, como era la inmigración familiar o el reagrupamien-

to familiar, que era una de las fuentes de mayor llegada de inmigrantes a Europa y la cuestión de los refugiados, la cual, por su dimensión fuertemente política, permitía un margen de actuación importante a los Gobiernos.

Tanto en los procedimientos de admisión de demandas, como en la entrada al país, como en el Estatuto del demandante durante el tiempo de espera hasta la decisión a su solicitud, no se hicieron esperar las restricciones, las cortapisas y los obstáculos de todo tipo para esa carrera de obstáculos en que se ha convertido ya en Europa una demanda de asilo.

El país en donde más virulentamente se planteó la cuestión fue en la República Federal de Alemania. Precisamente aquel país en que su Constitución señala el derecho de asilo como un derecho subjetivo, con todas las garantías que cualquier otro derecho subjetivo de la Constitución alemana tiene.

La década de los ochenta está jalonada de disposiciones legislativas y de prácticas administrativas restrictivas del derecho de asilo. En 1980 el Gobierno alemán decidió prohibir a los demandantes de asilo que pudieran trabajar legalmente durante los dos años siguientes a su llegada al país. En 1981 disminuyó la ayuda social que se les suministra a los demandantes. En 1982 se les empezó a obligar a vivir en alojamientos comunes que se parecen mucho a campos de concentración. Después, siguió la política dura. Ahora, los demandantes de asilo no pueden trabajar durante los cinco primeros años de su estancia (prohibición que se limita a un año para las personas originarias de Europa del Este). La ayuda pública se ha transformado en ayuda «en especie». Además, los controles en las fronteras se han reforzado; hay obligación de presentar visado y se ha establecido el sistema de multas a las compañías aéreas que infrinjan esta legislación.

El deterioro en la asistencia social que la República Federal de Alemania da a los demandantes de asilo ha sido tal que el diputado europeo Heinz Oskar Vetter, ponente del dictamen que, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Cívicos del Parlamento Europeo, se aprobó el 23 de febrero de 1987, no duda en calificar a dicha asistencia social de «humanamente indigna». Para Vetter, es una más de las medidas adoptadas por el Gobierno alemán para «ahuyentar» a los solicitantes de asilo en la República Federal⁸.

En la República Federal de Alemania el problema se complica porque, en el confuso asunto de los asilados influía la fuerte inmigración proveniente de la entonces Alemania Democrática. Es lo que se ha llamado la migración de los *Aussiedler* o alemanes de Europa del Este. Toda la política de la República Federal ha sido favorecer esta inmigración, en detrimento de la de los países del tercer mundo habitualmente inmigrantes en la República Federal de Alemania, especialmente procedentes de Turquía.

El debate ha tomado incluso características político constitucionales. El 20 de febrero de 1989 se pro-

⁶ F. Tiberghien *La protection des réfugiés en France*, Economica, Paris, 1988, p. 18.

⁷ José J. Bolten «The Right to seek asylum in Europe», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, n. 4, p. 383.

⁸ Vid. página 17 del Dictamen, cit. supra.

dujo un «hearing» sobre política de asilo y refugio en la Comisión Parlamentaria de Interior del Bundestages alemán (*Innenausschuss des Bundestages*).

Expertos de organizaciones no gubernamentales, de organizaciones defensoras de derechos humanos, del ACNUR, profesores de Universidad, miembros de la Adjudicación y de la Administración fueron escuchados en esa Comisión. La discusión se concentró en lo que ya se ha planteado abiertamente como necesario: cambiar la cláusula del derecho de asilo de la Constitución (artículo 16.2).

En Alemania se empezaban ya a oír voces hace algún tiempo señalando que era necesario el suprimir ese derecho como derecho subjetivo dado el creciente número de demandantes de asilo y la necesidad de llegar a una armonización europea sobre esa cuestión.

En ese debate aparecieron términos tan irritantes como «Reserveasylland» y «Restasylland of Europe», por emplear las palabras en inglés. Fueron términos empleados por los que temen que sin un cambio constitucional la República Federal de Alemania se convertiría en un país «reserva» para el asilo de Europa.

El dictamen Vetter refiere otros casos de países europeos en los que a lo largo de los ochenta se han ido implantando medidas claramente represivas del derecho de asilo⁹.

Bélgica implantó en 1983 el visado obligatorio para los principales países de origen de los refugiados, y en enero de 1986 lo hizo extensivo a otros países, las compañías aéreas pueden incurrir en responsabilidad, y son obligados a indemnización, si transportan refugiados desprovistos de visado.

Dinamarca exige también un visado para la mayoría de los países de origen de los refugiados. Para evitar los subterfugios utilizados por los demandantes de asilo, en virtud de un acuerdo de finales de 1985, entre la República Democrática Alemana, Dinamarca y Suecia, los nacionales de países del Oriente Próximo y Oriente Medio y del sudeste asiático no pueden obtener de la RDA un visado de tránsito a menos que posean un visado válido de entrada para Dinamarca o Suecia. El objetivo era frenar la creciente inmigración de tamiles. Desde septiembre de 1986 existen en Dinamarca procedimientos de control en la frontera, con arreglo a los cuales se deniegan en el plazo de cuarenta y ocho horas las solicitudes «manifiestamente infundadas». También se han establecido las sanciones a las compañías aéreas.

También Francia exige visado. Desde 1981 era necesario para casi todos los nacionales de países del tercer mundo. Desde el 15 de septiembre de 1986, todos los extranjeros, exceptuando los de los países de la Comunidad Europea y los suizos, necesitan visado de entrada.

Para hacer frente al aumento el número de ciudadanos turcos, demandantes de asilo, que entraban en Suiza ilegalmente (cerca del 95 por 100 de las personas demandantes de asilo en Suiza entraron

ilegalmente en 1988), el Gobierno modificó la Ley de Asilo en octubre de 1988 para establecer un procedimiento acelerado. Este procedimiento llamado *Verfahren 88*, se basa en el conocido sistema de las demandas «manifiestamente infundadas» que se resuelven a gran velocidad. Estos demandantes de asilo no pueden trabajar en los primeros tres meses de su estancia en Suiza. Una disposición maravillosa para los demandantes, comparada con las prohibiciones de la República Federal de Alemania o de España. Una vez decidida la solicitud, el demandante de asilo tiene cinco días para dejar voluntariamente Suiza.

Mientras que, en teoría, el procedimiento acelerado es aplicable a todas las nacionalidades, en la práctica está pensado básicamente para turcos. Nacionales a los que no se puede devolver (Sri Lanka, Iran, Irak, Afganistán, Etiopía, Somalia), se excluyen de ese procedimiento.

A pesar de todo ello, los aumentos del número de demandas de asilo siguen siendo de más del 50 por 100 anual. De lo que demuestra que los nuevos procedimientos no sirven de mucho para evitar la entrada de demandantes de asilo. Junto a ello, el número de decisiones positivas disminuye constantemente (entre 600 y 700 al año). Y ello en un contexto de prosperidad económica.

Suiza también está siguiendo la política de conceder permisos de estancia, por razones humanitarias, que no llegan a tener el status de refugiado¹⁰.

En Austria se ha seguido una política parecida a la de Suiza. El Gobierno hizo aprobar en mayo de 1988 un procedimiento de urgencia, con la idea de aplicarlo a las demandas de húngaros y polacos, que entraban en el país sin necesidad de visa, aprovechando su presencia como turistas (el 42 por 100 de las demandas de asilo provienen de polacos en Austria, el 17 por 100 de húngaros).

Posteriormente, también se aplicaron procedimientos de urgencia a rumanos y yugoslavos.

En Austria, como en otros sitios, ha crecido considerablemente el número de refugiados *de facto*.

En Austria se da un fenómeno que es muy parecido al de otros países. Las autoridades se resisten a establecer políticas de integración para los refugiados que viven ya en Austria. Con ello no quieren servir de incitación («pull factor») para que más demandantes de asilo lleguen al país. El 1 de enero de 1989 se estimaba que había 17.000 refugiados reconocidos residiendo en Austria. Hay que tener en cuenta que Austria tiene una larga tradición de país de tránsito para refugiados y emigrantes que tienen su último destino en Estados Unidos, Canadá y Australia. En los últimos años, este flujo de tránsito se ha atenuado, aunque en 1988 un total de 5.177 demandantes de asilo emigraron a Canadá (43 por 100), los Estados Unidos (38 por 100) y Australia (17 por 100)¹¹.

España, en fin, tampoco se ha quedado atrás en la política restrictiva del derecho de asilo. Desde 1979 a 1988 se han concedido sólo 2.769 estatutos de refugiado de 18.000 solicitudes presentadas. De

⁹ Pág. 19 *ibidem*

¹⁰ Datos suministrados por la Oficina central Suiza de Ayuda

al Refugiado (OSAR).

¹¹ Datos del ACNUR.

1984 a 1988 se han concedido 1.748 asilos de 8.093 solicitudes presentadas. En 1989 se han concedido 6 refugios de 2.721 solicitudes presentadas y 175 asilos de 1.183 solicitudes presentadas.

En la Memoria que la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) aprobó respecto del año 1988 se observaba lo que denomina política de *númerus clausus* en cuestión de asilo. A ello se le une una política selectiva, de signo «nacionalista europeo», favorecedora de refugiados provenientes de los países del Este; y una política de *regionalización*, consistente en que los africanos acogen a los africanos, los latinoamericanos a los latinoamericanos, etc.

Para CEAR, esta política del Gobierno español se manifestaba en hechos tales como: impermeabilización de las fronteras, con medidas cada vez más restrictivas y devoluciones a sus países de origen de solicitantes de asilo; deficiencias notables en la información, asistencia del letrado y disposición de traductores; aplicación restrictiva de la normativa vigente; denegación generalizada de permisos de residencia y trabajo y, en su caso, de la condición de apátridas, a quienes solicitan la regularización de su situación legal tras su rechazo como asilados o refugiados; expulsiones de quienes han sido solicitantes rechazados de asilo y refugio.

La medida de desproveerles de toda documentación, una vez que les ha sido notificada la resolución denegatoria, incluso aunque hayan interpuesto el correspondiente recurso, convierte a estas personas en presa fácil de las expulsiones, con el argumento de que incurren en causas de expulsión, por indocumentados. En muchos casos, se incumplía también el principio del *non-refoulement* que ampara a toda persona, aunque haya visto rechazada su solicitud¹².

Como vemos, la política restrictiva en cuanto al asilo y el refugio es un lugar común en Europa en la década de los ochenta. Previsiblemente va a endurecerse más en los próximos años.

De todas las medidas que antes hemos hecho referencia, que tienen un sentido «disuasorio» para los futuros demandantes de asilo, destaca, porque ofrece una perspectiva jurídica interesante, la de sancionar las compañías aéreas que transporten a demandantes de asilo sin visado.

La transferencia de la autoridad del Estado a las compañías aéreas constituye un problema que llega a afectar al propio Derecho Constitucional, como pusieron de manifiesto Luuk y Altug, en el informe que presentaron sobre la situación de los iraníes refugiados en Turquía, a la Comisión de Emigración, Refugiados y Demografía de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (5 de diciembre de 1988)¹³.

Hasta el momento, nuestras informaciones son que en los siguientes países se sanciona a compañías aéreas por ese motivo: Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, República Federal de Alemania, Nueva Zelanda, Tailandia, Reino Unido, Noruega, Holanda, Suiza, Estados Unidos.

La legislación sobre sanciones a compañías aéreas no es la misma en todos los países. Sin embargo, los siguientes elementos son comunes a las regulaciones en cuestión.

- Deber de todo transportista aéreo de llevarse a un pasajero desde un país, al que ha llegado sin documentación apropiada;
- Obligación del transportista de pagar los costes de estancia de ese pasajero;
- Multas a las compañías aéreas que transporten a personas no documentadas, que no sean nacionales del país de destino.

La legislación de varios países no distingue entre refugiados y demandantes de asilo y otros extranjeros. Todos están metidos en el mismo saco.

La responsabilidad de las compañías aéreas en llevarse del país, de nuevo, a pasajeros a los que se les ha denegado su admisión por las autoridades del Estado, es algo que ha sido autorizado por Convenios Internacionales. Pero el llegar a imponer a las compañías aéreas el coste del tiempo de estancia del demandante que ha estado detenido en la frontera, e imponer multas a las compañías aéreas puede considerarse como un desarrollo dramático en las responsabilidades de inmigración de dichas compañías¹⁴.

Estas sanciones a las compañías aéreas son contradictorias con la letra del artículo 31 del Convenio de Ginebra, que acepta que hay una justificación para la entrada ilegal de los demandantes de asilo. Es absolutamente claro que un Estado parte del Convenio de Ginebra tiene que someterse a las obligaciones derivadas de ese Convenio, a los preceptos del mismo y a la interpretación de dichos preceptos.

El artículo 31 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, establece como principio fundamental de interpretación del tratado el siguiente:

«Un tratado debe ser interpretado de buena fe de acuerdo con el sentido ordinario de los términos de tratado, en su contexto, y a la luz de sus objetivos y finalidades.»

Los principios de *buena fe* y *pacta sunt servanda* son declarados en el preámbulo del Convenio de Viena como principios «universalmente reconocidos».

Pues bien, el Convenio de 1951 fue negociado en un contexto concreto; en la necesidad de responder a los requerimientos de un grupo especialmente vulnerable de personas: aquellos refugiados que son incapaces de volver a sus propios países y necesitan una protección internacional y una solución duradera para sus problemas.

Parece claro que las sanciones a las compañías aéreas, unida a la prohibición de entrar en un país sin visado, es una limitación determinante para que personas necesitadas de refugio se decidan a huir de su país y a buscarlo en otro. Esto es precisamente

¹² Memoria de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 1988, pp. 49-50.

¹³ Council of Europe, Strasbourg, 5 December 1988, AAR9. OR.

¹⁴ Cfr. Erik Feller, «Transport Carrier and Refugee Protection», *The role of Airline Companies in the Asylum Procedure*, Danish Refugee Council, Copenhagen, July 1988, p. 8.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 10.

te lo que señaló la decisión del Tribunal Administrativo de Francfort de 13 de octubre de 1987¹⁵.

El Convenio de Chicago sobre Aviación Internacional (1944) en ninguna forma requiere o anima a los países a imponer exigencias de documentación, ni tampoco apoya la imposición de multas u otras sanciones contra las compañías de transporte aéreo. Al contrario, el anexo 9 al Convenio señala que las compañías «no serán multadas en el caso en que documentos de control en posesión de un pasajero sean... inadecuados o... el pasajero no sea admitido...». El anexo 9 señala que los Estados partes del Convenio «no requerirán de los visitantes temporales que viajen por aire ningún otro documento de identidad más que un pasaporte válido» y «extenderán al máximo número de países posible la práctica de la abolición de visada de entrada para visitantes temporales».

Por tanto, la exigencia de visado y las sanciones impuestas a las compañías aéreas, probablemente las novedades más restrictivas y vulneradoras del Derecho de Asilo que se hayan tomado hasta el momento por los Estados, contrarían de forma flagrante los acuerdos adoptados por los Estados que firmaron el Convenio de Chicago.

En realidad, estamos ante unas exigencias que son de imposible cumplimiento. Es difícil que un Estado, cuyo comportamiento político produzca muchos refugiados, permita a agentes extranjeros de una organización internacional llevar a cabo un procedimiento para la determinación de si una persona puede o no puede ser calificada como refugiado¹⁶.

Estas prácticas contrarias al Derecho de Asilo han hecho levantarse críticas en diversos foros, del que habría que destacar el del Parlamento Europeo. Conviene citar la Resolución de 12 de marzo de 1987 del Parlamento Europeo, en la que demanda a los Estados miembro a adoptar una política más generosa respecto de los demandantes de asilo y, en este sentido, señala que el régimen de visado no debe impedir o limitar ninguna posibilidad de asilo y que el demandante de asilo debería tener la libertad de elegir su país de asilo en el interior de la Comunidad.

En el mismo año, entre el 3 y 5 de abril, el Congreso Europeo sobre el Derecho de Asilo celebrado en Bruselas, bajo la égida del Parlamento Europeo, manifestó las inquietudes de los participantes ante la multiplicación de legislaciones restrictivas en materia de asilo¹⁷.

Hay que decir, por último, que todas estas enormes preocupaciones que han surgido en los Gobiernos europeos no se corresponden con la realidad de las cifras. A veces, sólo las cifras permiten apreciar la dimensión real del problema. Si tomamos solamente el caso de la República Federal de Alemania, que es donde teóricamente se ha producido la política de asilo más liberal desde la Segunda Guerra Mundial, vemos que el número total de refugiados

reconocidos desde entonces no supera los 70.000; es decir, menos de 1.500 demandantes de asilo han sido reconocidos cada año.

A pesar de ello, la preocupación de los Gobiernos se ha situado en el orden del día de las reuniones al nivel de la Comunidad Europea. Porque, si el Parlamento Europeo se ha mostrado como un ardiente defensor del Derecho de Asilo, el Consejo de Ministros de la Comunidad se ha manifestado como una institución decidida a terminar con ese problema mediante el acuerdo europeo global. Al considerarse insuficiente las políticas nacionales, se ha entrado en la estrategia europea, en la coordinación de las políticas de los Estados europeos en materia de asilo.

Dos concepciones relativas a esa estrategia han coexistido, se han opuesto y se han confrontado.

La primera es el modelo de Schengen, defendido por los Estados parte en ese Acuerdo (República Federal de Alemania, Francia y el Benelux). Pero también por otros Estados de Europa del Norte. Según esa concepción se considerará responsable del examen de la demanda de asilo el Estado que haya dejado entrar al extranjero en la Comunidad, el que le haya otorgado un permiso de estancia o un visado de entrada, o el que no haya sabido o podido evitar su entrada, ilegal o clandestina. Así, cada país miembro soporta las consecuencias de la calidad mayor o menor de sus controles, de los que pone en marcha en sus fronteras exteriores.

Frente a esa concepción, los Estados mediterráneos han defendido, aunque muy tímidamente por lo que parece, una teoría de la responsabilidad menos drástica: reconocen la responsabilidad del Estado que ha otorgado a un demandante de asilo un permiso de estancia, pero la rechazan cuando la entrada se ha producido por motivos de turismo o de forma clandestina. Es lógica esta actitud. La extensión de las fronteras marítimas de España, de Italia o de Grecia, muy difícilmente controlables, así como la importancia de la economía turística, hacen muy difícil aceptar la responsabilidad del modelo Schengen.

Lamentablemente se ha impuesto el primer modelo. Esto es lo que se deduce del Convenio sobre Armonización de Asilo recientemente aprobado, por los Gobiernos de los países que integran la Comunidad Europea¹⁸.

III. TREVI: El convenio para la determinación del Estado responsable de examinar las demandas de asilo presentadas en uno de los Estados miembro de la Comunidad Europea

El grupo TREVI fue creado el 29 de junio de 1976, en Luxemburgo, en el transcurso de una reunión de ministros del Interior y de Justicia de los entonces

¹⁶ Cfr. H. Meijers, «Possibilities for Guaranteeing Transport to Refugees», en *The Role*, cit., p. 19.

¹⁷ El texto completo de las Conclusiones de las Segundas «Assises européennes sur le Droit d'Asile» (3, 4 y 5 de abril de 1987) puede verse en F. Tiberghien, op. cit., pp. 42 a 46.

¹⁸ Cfr. C. Norek et F. Doumic-Doublat, *Le Droit d'Asile en France*, P.V.F., París, 1989, pp. 119 y s.

¹⁹ Según Claude Norek, estas prescripciones no contradicen el Derecho Comunitario. Vid. «Le Droit d'Asile en France dans la perspective communautaire», *Rev. Fr. de Droit. Adm.*, 5 (2) 1989, pp. 202 y ss.

miembros de la CEE. El nombre TREVÍ proviene de las finalidades iniciales de ese grupo que eran tratar sobre: Terrorismo, Revolución, Violencia.

España se incorporó a ese grupo como miembro observador en 1979. En 1986, a partir del ingreso de España en la CEE, se integró con voz y voto, ejerciendo la presidencia el primer semestre de 1989.

El grupo TREVÍ se ha creado con la finalidad de reforzar la cooperación entre los servicios de Policía de los países que integran la Comunidad Económica Europea, aunque no tiene un estatuto formalmente integrado en la Comunidad. Este le permite no tener que someterse a las exigencias políticas y jurídicas del sistema comunitario europeo.

Aunque, en sus orígenes TREVÍ no tenía la intención de tratar problemas de asilo, a medida que esto se ha convertido en una cuestión contemplada por los Gobiernos europeos con una visión de orden público, y no de derechos humanos, TREVÍ ha empezado a estudiar, en su interior, medidas contra el «abuso del derecho de asilo». El tipo de consultas es aún más confidencial que el que llevó al Acuerdo Schengen.

En el interior de TREVÍ se ha consolidado el llamado grupo *ad hoc* de inmigración. Es el grupo que ha venido trabajando para ultimar tres Convenios, que no se aprobarán en el seno de la Comunidad, sino con un escenario intergubernamental. Estos tres Convenios son:

- Convenio por el que se determina el Estado responsable de aceptar, en cada caso, las solicitudes de asilo presentadas en uno de los Estados miembro.
- Convenio sobre control de las fronteras externas comunitarias y política de visados.
- Convenio relativo a la cooperación sobre asuntos criminales.

El primer resultado de los trabajos del Grupo *ad hoc* de Inmigración ha sido la firma del primero de los Convenios citados el 15 de junio de 1990. Lo firmaron en Dublín los ministros responsables de inmigración de ocho países miembros de la Comunidad (todos menos Dinamarca). En las declaraciones efectuadas por el ministro de Justicia de Irlanda, Ray Burke, con motivo de la firma del Convenio en el Castillo de Dublín, se refirió, asimismo, al interés mostrado por Austria, Suiza, Noruega y Suecia, para incorporarse a este Convenio.

En la declaración que hicieron los ministros firmantes del Convenio se hace una reafirmación de las obligaciones del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967, y se asegura que el objetivo del Convenio es evitar los llamados «refugiados en órbita» y asegurar que al menos un Estado va a responsabilizarse de examinar y tramitar las demandas de asilo.

Teóricamente, el Convenio no intenta enmendar las prescripciones legales internas de los Estados, en cuanto a la forma de examinar las demandas de asilo, sino sólo regular las relaciones entre los Estados miembro, para evitar a los mencionados refugiados en órbita, así como las múltiples, sucesivas

o simultáneas, demandas de asilo presentadas por un extranjero en más de un Estado.

No debió verlo tan inocuo ese texto el Parlamento Europeo cuando aprobó una Resolución más, en junio de 1990, como un intento desesperado de evitar la firma, tanto del Acuerdo Schengen como del Convenio relativo al Derecho de Asilo y al Estatuto de los Refugiados del Grupo *ad hoc* Inmigración.

Los tres criterios básicos alrededor de los cuales se desarrolla todo el contenido del Convenio son los siguientes:

1. Es responsable para examinar y tramitar una demanda de asilo el Estado que haya expedido un permiso de estancia o de viaje, que haya hecho posible al demandante entrar en el territorio de la Comunidad.
2. En defecto de tal permiso de estancia o de viaje, es responsable para el examen de la demanda el Estado que ha dejado, voluntaria o involuntariamente, entrar al demandante por las fronteras exteriores a la Comunidad.
3. En defecto de pruebas o de otros elementos objetivos sobre los dos anteriores criterios, es responsable el Estado en el que se haya depositado la demanda de asilo¹⁹.

Como decíamos anteriormente, se ha impuesto en la Comunidad Europea la tesis de los países del Centro y Norte de Europa, para los que es muy importante asegurar que todos aquellos inmigrantes que entran por las fronteras externas de la Comunidad de España, de Italia o de Grecia, no van a plantear problemas de asilo en sus países, haciendo para ello responsabilizarse del examen de la demanda a los que han dejado entrar, voluntaria o involuntariamente, a esa persona en el territorio de la Comunidad.

Este no es el criterio que hubiera favorecido a España y a los países mediterráneos. Tras la aprobación del Convenio, es previsible que, ante la avalancha de demandas de asilo de las que se hará responsable a nuestro país, las autoridades de inmigración y los responsables de decidir sobre temas de asilo van a extremar la rigidez de su política.

De otra parte, es muy dudoso que el contenido del Convenio no vaya frontalmente contra el Convenio de Ginebra de 1951. La filosofía de este Convenio es la libre elección del país de asilo, la obligatoriedad de atender cualquier demanda de asilo que se haga y la responsabilidad de cada Estado firmante.

Como en Schengen, el Convenio firmado el 15 de junio de 1990 prevé un intercambio de informaciones generales y de informaciones individuales entre los Estados miembro. No se sabe qué garantías van a existir para el derecho a la intimidad. Algunos de los Estados que integran la Comunidad Europea, por ejemplo España, ni siquiera tienen una legislación de protección de datos y de la intimidad personal frente a los abusos en el tratamiento informatizado de los mismos.

Hay dos principios básicos en que se ha sustentado el Derecho de Asilo, en su aspecto limitado del Estatuto del Refugiado desde que el Convenio de Ginebra entró en vigor hace cuarenta años. Se trata

²⁰ M. G. Melander, «rapport General», en *Le droit d'Asile*, cit.,

p. 171.

del principio de prohibición del *refoulement*; y del principio de respeto por los Estados del derecho de cualquier otro Estado a otorgar el asilo a quien lo busca.

El Acuerdo Schengen y el Convenio de 1990 ponen muy en duda que tales principios vayan a seguir vigentes en el futuro. Y, muy probablemente, los nuevos mecanismos no van a poder solucionar el problema de fondo.

Como dice Goddwin-Gill, y recuerda Melander, sólo hay tres formas posibles de resolver el problema de los refugiados: el repatriamiento voluntario, el establecimiento en el país de residencia o el reestablecimiento en un país tercero²⁰.

Los problemas del asilo son de tipo estructural, transnacional, y difícilmente pueden ser evitados con fórmulas puramente represivas, que no tratan la cuestión desde la perspectiva de los derechos humanos, sino desde la perspectiva del orden público.

El tratamiento del Derecho de Asilo no sólo debe desprenderse de las preocupaciones obsesivas por el orden público, sino que también es necesario que se le separe de algo a lo que ya va absolutamente unido en la mente de los Gobiernos europeos, que es el problema de la inmigración. Hay una cierta idea fija que piensa que el problema de la inmigración, que obedece a causas muy profundas, no solucionables por una vía meramente jurídica, va a resolverse poniendo obstáculos y dificultando el Derecho de Asilo.

Lo que hay en el fondo de todo es una crisis del modelo que ha regido las demandas de asilo en Europa y que se pensó en su día para un problema localizado en el Continente y para situaciones que siempre se contemplaban como transitorias. De ahí que la regulación del Convenio de Ginebra tenga características muy individuales, difíciles de extender cuando las demandas de asilo se hacen masivas.

Todos estos elementos básicos del sistema de protección jurídico de Ginebra se han venido abajo en los últimos años. Las demandas de asilo no vienen de Europa sino del tercer mundo; esas demandas no son individuales y de «goteo» sino que se presentan en aluvión; y, por último, quizá el dato más importante, éste ya no es un problema transitorio sino que se ha transformado en estructural.

No vendrán las soluciones por la vulneración directa o indirecta de las garantías del Convenio de Ginebra; ni por las prácticas administrativas arbitrarias; ni por Acuerdos «milagrosos» entre Estados. La alternativa de solución real pasa por asumir las nuevas características del Derecho de Asilo en la Europa de casi el siglo XXI y adaptar los instrumentos jurídicos a esa nueva situación, manteniendo y ampliando el nivel de protección.

En última instancia, sólo se trata de mirar al derecho de asilo no como un fastidioso problema, sino como lo que es, un derecho humano fundamental, que debe ser siempre protegido, por encima incluso de las poderosas *razones de Estado*.

Extranjeros en prisión: doble condena

Ignacio SANCHEZ YLLERA

«Nadie es más que nadie»
(Dice Antonio Machado que leyó en el dosel de una vieja casa castellana)

De las muchas críticas que he leído sobre la «ley de extranjería», ninguna de ellas aborda en profundidad los efectos que ésta produce sobre los extranjeros condenados a penas privativas de libertad. Su aplicación práctica convierte en papel mojado, las más de las ocasiones, el enunciado de los artículos 1, 13 y 14 de la Constitución que sitúa la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, y el principio de no discriminación como rector de los derechos y libertades en ella consagrados.

En el penado extranjero confluye un doble prejuicio, el que genera el delito que cometió y aquel otro derivado de su carácter de no nacional, y aunque, como veremos, la legislación penitenciaria no establece distinciones formales entre penados nacionales y extranjeros, la condición de estos últimos es mucho más gravosa que cualquiera otra en el cumplimiento de la pena.

En la actualidad el volumen de penados extranjeros en España es de 4.600, lo que representa un 15,4 por 100 del total de la población reclusa (exclusión hecha de los dependientes de la Generalitat catalana). Tal volumen, y su previsible aumento, dadas las corrientes de emigración existentes hacia Europa, obliga a afrontar con rigor su situación en busca de soluciones que lleven a su integración, en el caso de ser deseada por ellos mismos. Lejos de ello, la actual política oficial en la materia se limita a tratar de reducir la presencia de penados extranjeros a través de la acentuación del mecanismo de expulsión durante la tramitación del proceso, así como tratando de aplicar los convenios sobre traslado de presos a sus lugares de procedencia para cumplir allí la pena impuesta. Frente a la política de integración que desde asociaciones humanitarias y de protección de derechos humanos se preconiza, una cierta xenofobia, si no racismo, parece que se instala en las desarrolladas sociedades europeas de fin de siglo. A tratar de poner de manifiesto esta situación legal y su incidencia individual sobre cada ciudadano extranjero privado de libertad se dirige este apresurado comentario.

I. SITUACIONES GENERALES DE DESIGUALDAD DERIVADAS DE LA PROPIA CONDICION DE EXTRANJERO

A) Derecho de defensa y derecho a la información

No descubro nada nuevo afirmando que el desconocimiento del idioma por parte del extranjero que se ve incurso en un proceso penal constituye una seria disminución de la efectividad de sus garantías procesales, al dificultar la comunicación con su propio letrado, normalmente de oficio, y con el Tribunal o juez que le juzga, sin que la Administración de Justicia haya resuelto en forma alguna la dotación de intérpretes que garanticen dicha comunicación. Pues bien, esa situación se sigue produciendo a lo largo de todo el proceso de ejecución de la pena. En las visitas giradas a los centros penitenciarios he encontrado numerosas quejas de internos extranjeros que no conocen qué Tribunal o Juzgado lleva su causa, desconocen quién sea su letrado, y si es que lo tienen designado, desconocen el curso del proceso y cuándo se celebrará el juicio. Ni tan siquiera se les consulta para decidir si se recurre o no su condena. Ello viene acentuado últimamente por haber sido trasladados internos preventivos a centros penitenciarios fuera del ámbito provincial donde van a ser juzgados —como ocurre con el Centro Penitenciario de Avila donde se hallan muchas mujeres que van a ser enjuiciadas en Madrid— y que no reciben las visitas de sus letrados de oficio debido a la distancia geográfica.

El penado extranjero, de conformidad con el artículo 49 de la Ley General Penitenciaria (LGP) y 133 del Reglamento Penitenciario (RP) tienen derecho a recibir información sobre el régimen del Establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias, y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La ley señala que «a los extranjeros que desconozcan los idiomas españoles, se les pro-

curará traducción o explicación del folleto y hojas indicadas... solicitando la colaboración de los servicios consulares de la nación a que aquellos pertenezcan». Esta obligación, que es primordial para garantizar la efectividad de los derechos de los internos, no se cumple. La ausencia de intérpretes en el seno de la Administración de Justicia y Penitenciaria supone que el penado extranjero se integra a convivir en un centro donde toda la actividad es reglada, sin reconocer sus normas ni los procedimientos para hacer valer sus quejas y recursos, con lo que su participación en los procesos sancionadores disciplinarios, por ejemplo, es ilusoria y carente de contenido.

En este sentido, no cabe ser muy optimista. Conocemos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la efectividad del derecho a expresarse en el propio idioma (SS, TT, CC 82/86; 2/87 y 190/87) y su configuración como derechos de aplicación progresiva, en función de «las posibilidades de la Administración en cada momento». Dicha sorprendente doctrina si bien no es directamente aplicable al caso contemplado, sí puede indicarnos cuál va a ser el grado de exigencia a la Administración en estos casos.

B) Ausencia de documentación necesaria

En numerosas ocasiones el penado extranjero carece de documentación acreditativa de su personalidad. Asimismo en muchos casos la entrada en España se ha hecho de forma ilegal, y además el residente ilegal sabe que la ausencia de documentación es una buena vía para eludir la eventualidad de una expulsión Administrativa al no admitir ningún país destinatario su entrega.

Tal ausencia de documentación conlleva la imposibilidad de regularizar su presencia en nuestro país, y genera la desconfianza en los órganos de la Administración penitenciaria hacia su comportamiento en libertad a los efectos de permisos o beneficios penitenciarios. Me consta que no existe un censo ni relación de extranjeros penados indocumentados. Es necesario, a través de las Comisiones Provinciales de Asistencia Social, que se proceda a regularizar la documentación de los penados extranjeros. De esta forma se pondrá al penado en contacto con sus embajadas y servicios consulares y permitirá hacer efectivo el derecho que los artículos 93 y 102.3 del Reglamento Penitenciario establecen de mantener visitas y comunicaciones con sus agentes consulares, posibilitando además que el penado extranjero acceda a los beneficios de la asistencia social post-penitenciaria, o de aquellos otros que se establezcan en las legislaciones de sus respectivos países.

C) Ausencia de enraizamiento en España

Esta situación objetiva derivada de su condición de no nacional provoca el progresivo aislamiento del exterior del recluso internado en Centro Penitenciario. Al mismo tiempo le dificulta la posibilidad de recibir visitas debido a las constantes trabas que se ponen desde las Direcciones de los Centros Peni-

tenciarios a admitir las mismas si no se acredita una relación familiar, de amistad o análoga, lo que en muchas ocasiones es en la práctica imposible de probar.

La inexistencia de programas de apoyo a reclusos extranjeros que les permitan salir con permisos o en régimen abierto, lleva a que sistemáticamente sean denegados éstos bajo la justificación de carecer de vinculación familiar. El penado extranjero carece obviamente, las más de las veces, de vinculación familiar en España, carece de amistades y de medios de vida. Esta situación que es general, dadas las características de los internos que pueblan los Centros Penitenciarios, los cuales en su mayoría proceden de países subdesarrollados, no puede llevar, como está ocurriendo, a que sistemáticamente se les deniegue el acceso a los beneficios penitenciarios, a la progresión en su régimen de cumplimiento de condena, y a extinguir su última fase en libertad condicional. El artículo 9 de nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden que la libertad e igualdad del individuo y el grupo en que se integra sean efectivas.

En este sentido es de interés destacar la importancia y eficaz labor llevada a cabo por asociaciones privadas como ACOPE o ASTI de apoyo a reclusos extranjeros, aceptando su patrocinio y responsabilizándose de dar alojamiento y ayuda económica a los internos que de esta forma disfrutan con garantías de permisos. La experiencia llevada a cabo en Madrid y en el Centro Penitenciario de Avila indica la idoneidad de este trabajo, que debe ser apoyado e impulsado, e indica también la necesidad de que la propia Administración cree la infraestructura necesaria, a través de sus redes de asistencia social, que permita la equiparación del preso extranjero al nacional en este ámbito.

Es asimismo destacable la inexistencia de recursos económicos y de la posibilidad de conseguirlos por parte de los reclusos extranjeros, y cómo esta situación afecta a su condición personal. Sin fuentes de ingresos exterior a través de ayuda familiar o de amigos, e incumplida con generalidad la obligación prevista en el artículo 25 de la Constitución de proporcionar trabajo remunerado a los internos (sobre la cual también conocemos la doctrina del Tribunal Constitucional configurándolo como otro «derecho de aplicación progresiva») éstos se encuentran en ocasiones con que no pueden ni comunicar telefónicamente con sus países de origen.

De esta forma, y aunque estas situaciones pueden parecer muy domésticas y carentes de relevancia a quien no conoce la vida en prisión, ha de ponerse de manifiesto que incapaces de comunicarse y entenderse por el desconocimiento del idioma, desasistidos jurídicamente por la falta de extensión del turno de oficio al ámbito penitenciario, sin documentación suficiente para regularizar su permanencia en España, sin contacto con el exterior por ausencia de grupo familiar, y faltos de recursos económicos con los que subsistir, el panorama que se presenta al penado extranjero es ciertamente difícil, y parece igualmente difícil que en estas condiciones la pena que cumple pueda responder en alguna medida a la finalidad constitucionalmente señalada de promover la reeducación y reinserción del mismo.

II. ANALISIS DE LA LEGISLACION DE EXTRANJERIA Y SU INCIDENCIA SOBRE EL PENADO PRIVADO DE LIBERTAD

En cuatro ocasiones cita la Ley General Penitenciaria y su Reglamento la voz «extranjero». Lo hace para establecer su derecho a mantener comunicaciones y visitas de los agentes diplomáticos de sus países de origen; para establecer la obligación de la Administración Penitenciaria de comunicar el licenciamiento definitivo del interno incurso en un procedimiento de expulsión; para asegurar su derecho a recibir información sobre el régimen del Centro Penitenciario en su propia lengua; y para prever la posibilidad de que la libertad condicional se cumpla, con autorización del Juez de Vigilancia, en el país de residencia del interno.

Se puede decir que formalmente la legislación penitenciaria establece la igualdad de los nacionales y extranjeros en el cumplimiento de la pena, ya que no establece discriminación alguna en perjuicio de éstos. Sin embargo, como luego desarrollaré, no es ésta la práctica diaria de los Centros Penitenciarios, y en ello tiene decisiva influencia la actual legislación sobre extranjeros cuya incidencia en el ámbito penitenciario paso a analizar, adelantando ya que deja muy pocos resquicios para hacer coherente el cumplimiento de la pena con las finalidades constitucionalmente previstas, ya que imposibilita prácticamente la integración del penado extranjero en la sociedad española.

A) La Ley y el Reglamento sobre extranjeros

La Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (en adelante LDDLLEXT) es consecuencia del mandato constitucional fijado en su artículo 13, según el cual «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título, en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Ello obligaba a fijar legalmente estos términos en los cuales se produciría la no discriminación. El análisis que hago se limitará a aquellos aspectos que tienen incidencia y repercusión en el ámbito penitenciario, ya que es importante establecer cuáles son las perspectivas que tiene el penado extranjero de quedarse en España, una vez cumplida la pena, pues ello incidirá decisivamente sobre su tratamiento y la orientación de su régimen de cumplimiento de condena. Su estudio nos llevará a la conclusión de que esta ley es un texto legal de «policía» —en el sentido administrativo del término—, una «ley de extranjería», y no una «ley sobre derechos y libertades de los extranjeros», ya que establece infinidad de causas de expulsión y de prohibiciones de entrada a España derivadas de una desconfianza global hacia el extranjero, y una absoluta desconfianza hacia el extranjero con antecedentes penales, no cumpliendo en absoluto la finalidad pomposamente anunciada en su exposición de motivos en el sentido de que la ley «pretende favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española».

Para quienes trabajamos en el ámbito penitencia-

rio es importante saber cuáles son las perspectivas de un ciudadano extranjero privado de libertad, en qué medida puede permanecer en España como residente, asilado o refugiado, para de esta forma enfocar su actividad en el Centro Penitenciario y su tratamiento hacia su permanencia o abandono del territorio nacional.

A.1. Acceso a España

La primera situación que ha de analizarse es si la estancia del interno es o no legal, para en su caso legalizarla. El acceso a nuestra nación exige cuatro condiciones: que no exista prohibición de entrada; poseer la documentación necesaria; disponer de medios económicos para subsistir, y hacer la entrada por el lugar destinado al efecto. De ellas sólo analizaré la primera.

Encontramos en el artículo 14 b) LDDLLEXT como prohibición de entrada la situación del extranjero que, encontrándose fuera de España, se hallare incurso en los supuestos de los apartados c) o d) del artículo 26) de la ley. Y el artículo 26.1 de la ley, que fija las causas de expulsión, en su apartado d) establece la posibilidad de expulsar al extranjero que «haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales estuvieren cancelados».

De esta forma aparece aquí una prohibición de entrada de todo ciudadano extranjero que haya sido condenado a pena superior al año. Ello va a tener una influencia decisiva, ya que al ser ésta también una causa de expulsión, sitúa en este trance a casi todos los reclusos extranjeros en España, que, al ser excarcelados, son susceptibles de expulsión, y que en caso de haber salido de nuestro país, no pueden regresar al mismo.

A.2. Obtención de permiso de residencia

La permanencia legal y continuada en España de un extranjero se consolida mediante la obtención del permiso de residencia (la cual, en el caso de ser legal y continuada puede dar lugar —a los diez años o menos según los casos— a la obtención de la nacionalidad española). El permiso de residencia es obligatorio para toda permanencia en España superior a seis meses. Es principio básico en el derecho de extranjería que, salvo en las situaciones de asilo y refugio, ningún ciudadano extranjero que no se encuentre en una situación de estancia, transformable en residencia, puede optar por quedarse más de seis meses.

Ya el artículo 22 LDDLLEXT no permite que se documente al ciudadano extranjero indocumentado que no lo pueda ser por otro país si está incurso en alguna de las causas de expulsión del artículo 26. El artículo 16 y siguientes del Reglamento establecen la prohibición de conceder «prórroga de estancia» a aquel extranjero que sea objeto de alguna de las prohibiciones de entrada del artículo 14. El artícu-

lo 20 del Reglamento prevé la extinción de la vigencia de la prórroga de estancia por incurrir el extranjero en alguno de los supuesto de expulsión del artículo 26.

Igualmente, al regular la solicitud y obtención del permiso de residencia —ya sea inicial, ordinaria o especial— se exige aportar certificado de antecedentes penales del país de procedencia y de España. Y el artículo 23 el Reglamento supedita taxativamente la concesión de cualquier permiso de residencia a no estar incurrido en ninguna de las prohibiciones de entrada o en alguna de las causas de expulsión (recordemos que en ambas se incluye la condena anterior por delito castigado con pena superior a un año de privación de libertad).

De esta forma se van cerrando al ciudadano extranjero penado todas las posibilidades de rehacer su vida en España, al impedírsele su permanencia en base a un criterio estrictamente de policía e irrazonado, como es «tener antecedentes penales», y además con una barrera bajísima, como es la pena privativa de libertad superior a un año, la cual abarca prácticamente todos los tipos del Código penal, al ser la «prisión menor» la pena modelo de las infracciones menos graves.

A.3. *El permiso de trabajo*

El penado extranjero que cumple o ha cumplido su pena privativa de libertad tampoco puede ya trabajar legalmente en España porque la «ley de extranjería» en su artículo 15 contempla el permiso de trabajo simultáneamente con el de residencia, previendo que ambos sean de idéntica duración, e incluso que se expidan en un documento unificado, ajustándose su concesión y expedición a un procedimiento único.

Por todo ello el penado extranjero no puede permanecer legalmente en España tras su excarcelación, debido a su condición de ex penado. Su situación es de ilegalidad, se encuentra incurrido en prohibición de entrada y en causa de expulsión, no puede obtener permiso de residencia ni de trabajo. En tales condiciones ¿puede servir el cumplimiento de la pena para reintegrar a este individuo a la sociedad?; ¿cumple la legislación con esa finalidad anunciada de integrar al extranjero en la sociedad?; ¿es razonable que el cumplimiento de la condena y la extinción de su responsabilidad penal no tenga ningún efecto positivo sobre el ciudadano extranjero? Con esta ley el cumplimiento de las penas privativas de libertad del extranjero carece de otro horizonte que no sea la propia pena en sí misma. El extranjero que cumple condena en España acabará siendo expulsado o residiendo ilegalmente, condenado así, de nuevo, a la marginación, que es tanto como decir a la delincuencia.

B) **La ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado**

Por Ley 5/84 de 26 de marzo, y Reglamento de desarrollo de 20 de febrero de 1985, se regula en nuestra legislación la figura del asilo y el refugio, consideradas como dos instituciones distintas.

Basadas en «criterios de hospitalidad, solidaridad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución» —según su exposición de motivos— uno puede esperar de esta ley un trato diferenciado y preferente para la situación de los ciudadanos presos originarios de partes subdesarrollados cuyas convulsiones étnicas, políticas y religiosas han ocasionado graves persecuciones, y por ello un movimiento migratorio hacia Europa.

El derecho de asilo se aplica a personas perseguidas por criterios ideológicos o políticos, derivados de su raza, religión o nacionalidad, y supone el derecho del asilado a no ser extraditado al país que la reclama, y nunca expulsado al país perseguidor. Puede conllevar asistencia social y económica, otorgamiento de autorizaciones temporales de trabajo e incluso la autorización de residencia. El artículo 3.3 de la ley lo extiende a quien, aun no siendo perseguido por criterios ideológicos o políticos, puede merecerlo por razones humanitarias. Es decir, que los motivos de asilo son amplios, y a ellos pueden acogerse los ciudadanos extranjeros que no desean volver a su país por las causas antes indicadas.

Sin embargo, nuevamente la ley, olvidando sus enunciados solidarios y de tolerancia, fija en su artículo 3.4 causas taxativas en las que no se concederá el asilo, y entre ellas aparece la condena anterior. Dice la ley que «en ningún caso se concederá el asilo a quien con anterioridad a la concesión del mismo hubiera cometido, fuera del país por el que es perseguido..., un delito común grave, entendiéndose por tales los que están sancionados en el Código penal español con pena superior a prisión mayor» (superior a seis años).

De esta forma de nuevo la condición de ex penado acarrea la imposibilidad de acogerse a estas modalidades de permanencia en España. Con un criterio simplista y discriminatorio, en mi opinión infundado, se pretende que ningún extranjero condenado en España pueda permanecer en el territorio una vez extinguida la pena, o al menos en situación de legalidad, porque de hecho permanecen muchos ilegalmente, y ello cualquiera que haya sido su evolución, y cualquiera que sea el pronóstico de vida en libertad que se haga del interno.

Las previsiones de esta legislación van a tener nefastas consecuencias en la práctica penitenciaria, como paso a analizar.

C) **La práctica penitenciaria y la condición de extranjero**

Como ya decía antes, la condición de extranjero no es en nuestra legislación penitenciaria elemento diferencial en el tratamiento de los penados ni en su régimen. Pero es sabido que bajo la cobertura de la equiparación formal que es la igualdad legal o jurídica, se albergan todo tipo de discriminaciones. Estas nacen de la práctica penitenciaria y de la ausencia de medidas que limen el aspecto diferencial que puede presentar el penado extranjero frente al nacional a la hora de decidir sobre el mismo.

C.1. Régimen de visitas

El derecho de recibir visitas y comunicarse con el exterior del Centro Penitenciario, desarrollado en el artículo 89 y siguientes del Reglamento Penitenciario obedece a la finalidad de mantener vivo el contacto con la libertad del interno. En el caso de los extranjeros suelen plantearse muchas quejas de los mismos por la denegación sistemática de autorizaciones para recibir dichas visitas, o mantener dichas comunicaciones. Para un ciudadano extranjero acreditar su vinculación con las personas que le van a visitar es harto difícil, muchos de ellos son detenidos en la propia aduana, o sus amistades se limitan a familiares o amigos de ex reclusos a los que han conocido a través de su estancia en prisión, pero sin que con ellos haya mantenido un continuo contacto en libertad. De esta forma, y para favorecer dichos contactos, es preciso flexibilizar los criterios que se exigen a los presos extranjeros para autorizarlos a comunicarse con generalidad, de otra manera están siendo condenados al aislamiento perpetuo.

De igual forma ha de operarse con las comunicaciones íntimas o vis a vis. Su finalidad y efectos justifican sobradamente la necesidad de su concesión con un mínimo de requisitos de control. No podemos olvidar que, como veremos, los internos extranjeros disfrutan de muchas menos salidas al exterior que los nacionales, y en esa medida debe favorecerse este tipo de contactos con la sociedad en que vivirán en libertad.

C.2. Permisos de salida

La Ley General Penitenciaria y su Reglamento (artículos 47 y 48 y artículos 254 y 255, respectivamente) regulan y establecen la posibilidad de conceder permisos de salida ordinarios (de hasta siete días, y por un total de treinta y seis y cuarenta y ocho días por año, según se encuentre clasificado en segundo o tercer grado), previo informe del equipo técnico, a los internos que reúnan una serie de requisitos, que son: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. Prevé asimismo el precepto que no obstante reunir estos requisitos objetivos, la Junta de Régimen y Administración podrá denegar el permiso ordinario si considera por informaciones o datos fidedignos, o por la concurrencia de circunstancias peculiares en el interno, que es probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad.

El permiso de salida —como ha sido expuesto recientemente— responde a la finalidad esencial de la pena privativa de libertad, es decir: la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la Constitución); y se integran en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Todos los permisos cooperan a la preparación de la vida en libertad del interno, fortalecen los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión con el subsiguiente ale-

jamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad, le proporcionan información sobre el medio social en el que han de integrarse, indican cuál es la evolución del preso. Aunque, en el otro lado de la balanza constituyen obviamente una vía fácil de elusión de la condena, y por ello su concesión no es automática y junto a una serie de requisitos objetivos necesarios y no suficientes ya expuestos han de no concurrir circunstancias que impidan o aconsejen la no concesión del permiso por ser perturbador del tratamiento, o de la conducta del interno o existir indicios de que no se vaya a hacer buen uso del mismo en libertad, ya sea por la larga duración de la condena, por el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, por la falta de apoyo familiar o económico, por la falta de enraizamiento en España —caso frecuente en los reclusos extranjeros— o en definitiva por no existir una expectativa de vida en libertad pronta que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende.

La masificación de los Centros Penitenciarios está llevando en la práctica, y en muchas ocasiones, a la adopción de criterios «standard» para la autorización o denegación de los permisos. Cabe decir —con todas las salvedades que las situaciones individuales generan— que todo interno nacional, con pena inferior a seis años, con arraigo familiar, y buena conducta penitenciaria, está saliendo regularmente con permisos ordinarios. Y ese mismo automatismo —derivado de la falta de estudio individual de los internos y de la ausencia de tratamiento— lleva a denegar una y otra vez los permisos a ciudadanos extranjeros, aunque reúnan los requisitos objetivos antes expuestos, por no ofrecer para las Juntas de Régimen y Administración garantías de hacer buen uso por falta de arraigo familiar.

Frente a esto han de buscarse fórmulas que permitan el disfrute de permisos a penados extranjeros, estableciendo en su caso medidas de control a través de la retirada de la documentación, o a través de las modernas técnicas de localización electrónica, o bien saliendo en grupos los internos con el patrocinio de entidades públicas o privadas de carácter humanitario.

C.3. Progresión de grado, régimen abierto

Desde un principio me ha sorprendido en la práctica de los Centros Penitenciarios la equiparación que se hace entre la concesión del régimen abierto previsto en el artículo 45 de la LGP y la posibilidad de ejercer un trabajo fuera del Centro Penitenciario como requisito para ello. El tercer grado no fue concebido únicamente para que el interno de segundo grado con buena conducta penitenciaria y posibilidad de trabajo salga a ejercerlo. El régimen de semilibertad en que el tercer grado consiste, unido al mayor disfrute de permisos, no puede estar en función exclusiva de las posibilidades laborales del individuo. Si ello fuera así, como en la práctica ocurre muchas veces, los extranjeros nunca podrían obte-

ner régimen abierto. El artículo 43 RP hace referencia a la imposibilidad de tener trabajo como factor a valorar a la hora de conceder tercer grado con régimen distinto al del artículo 45 RP, pero también hace referencia a otros factores, y no puede bascular exclusivamente sobre este concepto, ya que es la propia evolución del interno y la confianza que en él pueda depositarse la que ha de determinar su progresión de grado.

Sin embargo, esa vinculación entre régimen abierto y puesto de trabajo, está imposibilitando al interno extranjero su acceso a este régimen. Como ya expliqué antes, el penado extranjero con pena superior al año de privación de libertad no va a obtener nunca permiso de trabajo porque legalmente le está vedado. Por ello, su condena penal, además de privarle de su libertad, le priva de la posibilidad de volver a trabajar legalmente, y como consecuencia, se le condena a cumplir la pena íntegra en régimen de reclusión cerrada. Frente a este automatismo legal ha de entenderse que el trabajo como parte del tratamiento, durante el cumplimiento en tercer grado y la posterior libertad condicional, obliga a que a estos internos les sean concedidas autorizaciones provisionales de trabajo, ya que en estos momentos se encuentra legalmente en España cumpliendo condena, y no puede obstaculizarse la misma y su normal desarrollo con una aplicación automática y sin perfiles de la legislación administrativa.

Debemos por ello ahondar en otra concepción del régimen abierto y del tercer grado que permita al preso extranjero obtenerlo y cumplir su condena en un régimen distinto, si su evolución así lo exige. Podrá de esta forma salir del Centro Penitenciario a realizar estudios, cursos de formación o cualquier otra actividad útil para su desarrollo como persona libre, así como para trabajar. Quizás el primer paso necesario es la creación de Centros Penitenciarios de tercer grado, hoy inexistentes como tales, de forma que éstos sirvan para cumplir lo previsto en la Ley General penitenciaria, y no dormitorios de penados de régimen abierto en los que únicamente se pasa la noche, tal y como son las secciones de régimen abierto existentes en la mayoría de los Centros.

D. Libertad condicional

La libertad condicional es un beneficio penitenciario que forma parte del sistema progresivo y a través de la misma se pretende que aquel condenado que reúne los requisitos que luego se dirán y que recoge el artículo 98 del Código Penal, y que ha demostrado que no necesita más su permanencia en prisión por haber alcanzado un alto grado de resocialización, cumpla en libertad el último tramo —la última cuarta parte— de su condena. Es por tanto la última fase de la ejecución penal y permite al penado a más de un año de privación de libertad al abandono de la prisión siempre que se encuentre clasificado en tercer grado y merezca dicho beneficio por su intachable conducta (se entiende disciplinaria) y porque ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad. Durante el tramo de tiempo que ésta dure estará el penado bajo la vigilancia y tutela de la correspondiente comisión de Asistencia Social.

Como ya he expuesto, al penado extranjero la LDDLLEXT le impide la obtención de permiso de trabajo si su condena es superior a un año. Sin él se le condena a la marginación y a la ilegalidad, y difícilmente va a ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad. Al penado extranjero no le queda sino marchar a su país de residencia a cumplir la última parte de la condena. Entiendo que siempre que se den los demás requisitos debe hacerse uso de la posibilidad que concede el artículo 63 del Reglamento Penitenciario de autorizar el cumplimiento fuera de nuestro país. Aquí las CAS tienen un importante papel asignando los recursos necesarios para satisfacer el billete de regreso a sus países de estos ciudadanos, como prestación social mínima que ha de hacerse a quien la legislación nacional no permite valerse por sí mismo mediante el desarrollo de una actividad laboral legal. No deja de ser contradictorio que al penado extranjero no se le conceda libertad condicional por no ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, y al licenciarse se le deje en libertad sabiendo que no va a poder trabajar, ni tan siquiera residir, legalmente en España.

Es imperiosa y urgente la reforma de la ley de extranjería en estos extremos comentados, para que el cumplimiento de la pena privativa de libertad cumpla las finalidades constitucionalmente previstas y no se convierta para el extranjero en una doble condena, privativa de libertad, y privativa también de beneficios penitenciarios.

INTERNACIONAL

La evolución del sistema de las garantías en la reciente legislación penal italiana para menores

Patrizia PATRIZI

El tema de las garantías en el sistema penal para menores lleva inevitablemente a otra temática relacionada con la percepción del menor por parte de los adultos.

Interrogarse sobre las garantías con que contar en el actual sistema jurídico y judicial, el menor entre los 14 y los 18 años, como estadio evolutivo interesante por la legislación penal, equivale a preguntarse también a qué imagen de menor se refiere el sistema de la justicia, como subsistema del mundo adulto con específicas funciones.

La imagen del menor, expresada hoy en el nuevo proceso, presenta contenidos y contornos bastante diferenciados respecto a la representación a la que probablemente se refirió el legislador del Código Rocco 1930 y de la Ley para Menores de 1934.

Indudablemente estas diferencias están en relación con las diversas orientaciones del clima cultural y científico, productor tanto de las representaciones individuales y colectivas del sentido común como de las formulaciones institucionales y legislativas.

Por otra parte tanto el sentido común como los sujetos institucionales actúan entre sí, a través de mecanismos retroactivos y de feedback, orientando los climas culturales y los saberes científicos. Si esto es verdad, sería necesario en ese caso preguntarse, incluso, qué nuevas perspectivas teóricas y de intervención podrá orientar el perfil de menor trazado por el actual proceso.

En este asunto, el aspecto garantístico puede representar el elemento centralizador de nuevas modalidades de acercamiento al menor y de intervención sobre sus desviaciones.

Recuperando el sentido de las preguntas iniciales:

— ¿A qué menor hace referencia el sistema penal?

— ¿Cuáles son las garantías del menor como sujeto jurídico?

Tal vez es oportuno echar una ojeada al reciente pasado para intentar trazar un recorrido en la evolución, tanto de la imagen del menor como de sus garantías.

El Tribunal de Menores nace en 1934 con la intención de garantizar al menor un juez y una justicia

especializados, capaces de responder a las exigencias de la edad evolutiva, respetando la certeza del derecho.

El Código Penal, cuatro años antes, había establecido los límites de la imputabilidad:

— no imputabilidad por debajo de los catorce años;

— plena imputabilidad por encima de los dieciocho;

— imputabilidad «condicionada» a la verificación de la capacidad de entender y de querer entre los catorce y los dieciocho años.

La imputabilidad del menor de dieciocho años se ha revelado muy pronto una cuestión capital dentro del debate jurídico, psicológico-jurídico, criminológico.

Como aspecto central de la relación menor-justicia, el concepto de capacidad de entender y de querer vuelve paradójicos los contenidos, queriendo conciliar el respeto a las garantías formales y el recurso a la discrecionalidad de orden cognoscitivo-diagnóstico.

Y es así que, de todas partes, el sector científico ha lanzado críticas a la traducción de la capacidad de entender y de querer como madurez evolutiva y a la soterrada hipótesis de una posible correlación entre inmadurez y el cometer delitos.

No me detengo en tales aspectos, pero considero útil, para llevar a cabo esta ponencia, poner de manifiesto algunas consecuencias de la política judicial que han caracterizado fuertemente el «encuentro» del menor con el sistema penal.

La exigencia de evitar al adolescente la experiencia de la detención ha determinado, a menudo, en los jueces —aunque con diferencias evidentes entre los diferentes Tribunales de Menores— el recurso a sentencias absolutivas por incapacidad de entender y de querer, con inevitables repercusiones en la vida de los menores «expulsados» del circuito penal al ser considerados incapaces de responder de sus propias acciones.

Análogas consideraciones han producido, en una parte del sector técnico-psicológico, diagnosis de inmadurez evolutiva, valorando automáticas correlaciones entre carencias en el desarrollo fisisiqui-

co, afectivo, relacional y comportamiento desviado.

Las denuncias de falta de valor científico promovidas por las más recientes contribuciones constructivistas e interaccionista-sistémica al concepto de inmadurez como un equivalente psicológico de la capacidad de entender y querer, han orientado de manera cada vez más consistente el debate teórico hacia la elaboración de nuevas y más complejas categorías de conocimiento-intervención sobre la desviación de menores.

Se ha ido así orientando de manera diferente también la concepción de la responsabilidad penal, ya no entendida como posesión de requisitos, ontológicamente definidos, en ausencia de los cuales el sujeto no puede ser llamado a responder de su propia acción, sino como función de la relación sujeto-acción-contexto normativo, de todas maneras activa incluso en individuos que, por nivel de «madurez» conseguido, no pueden responder adecuadamente por la acción cometida. El problema, por lo tanto, no es el de eximir al menor de responder de la propia acción, sino el de predisponer respuestas en forma de solicitudes adecuadas a la edad, que favorezcan el proceso de socialización hacia la responsabilidad. Es en este cuadro conceptual de crítica a un sistema de justicia que se ha revelado incapaz de garantizar las propias promesas garantizadoras en el que nace el nuevo proceso penal de menores.

Sentando la base, como confín y límite, del carácter no sustancial, sino puramente de procedimiento de la nueva legislación, es posible de cualquier modo individualizar los aspectos innovadores, tanto en relación a la imagen del menor que la atraviesa como respeto a los ámbitos de relación menor-justicia que ésta intenta delinear.

El debate en torno a la nueva normativa, que ha entrado en vigor desde hace poco menos de un mes, está todavía caliente y es demasiado cauto como para que se puedan asumir posiciones definidas. Pese a todo, es indudable que el «perfil de menor» trazado por la nueva ley se distancia de las viejas concepciones caracterizadas por un psicologismo o, en el mejor de los casos, por un psico-sociologismo de cariz paternalista.

La justicia hoy parece mirar al menor como a un sujeto capaz de confrontarse con el sistema normativo y de asumir la responsabilidad, incluso penal, de sus propias acciones.

«De objeto de protección y tutela, el menor va siendo considerado cada vez más como titular de derechos subjetivos perfectos.» (Relación al texto definitivo, p. 1.)

La menor edad no puede y no debe ser motivo de «menor» derecho, sino criterio según el cual organizar los procedimientos teniendo en cuenta las características específicas ligadas a la condición evolutiva. Así el artículo 1, definiendo como principio general de la nueva normativa que ésta sea aplicada «de manera adecuada a la personalidad y a las exigencias educativas del menor» (párrafo 1), subraya el derecho que éste tiene, como protagonista que es de la propia vicisitud judicial, de conocer y comprender «el significado de las actividades procesuales que se desarrollan en su presencia, además del contenido y las razones incluso ético-sociales de las decisiones» (párrafo 2).

A un procedimiento caracterizado por modalidades verticales y unidireccionales de comunicación, donde el juez informa al muchacho de las decisiones tomadas, recurriendo en todo caso a recomendaciones paternalistas, se sustituye hoy un proceso que ve al menor como parte activa de la interacción, capaz de ilustrar las propias exigencias (puede, por ejemplo, indicar a las personas que considera más idóneas para asegurarle la asistencia afectiva y psicológica a lo largo del proceso, véase art. 12), además de comprender y confrontarse con las propuestas judiciales, incluso en ausencia de medidas coercitivas. La vieja y mecanicista dicotomía, capacidad de entender y de querer → imputabilidad/incapacidad de entender y de querer → no imputabilidad, va siendo articulada de manera más compleja a través de nuevas fórmulas que permiten una valoración no sólo «retrospectiva» de condiciones activas en el momento de los hechos, sino dinámica, evolutiva de los recursos del muchacho y del proceso a través del cual éste entiende e interpreta las consecuencias de la falta.

Así, las averiguaciones sobre la personalidad del menor ya no son contenidas dentro de un ámbito diagnóstico de condiciones previas, sino orientadas también al análisis de las potencialidades a las que el chico puede recurrir para responder de la acción cometida y para afrontar el iter judicial (véase art. 9).

Es en este marco en el que parecen perfilarse nuevos ámbitos de garantías para el menor que «entra» en el sistema judicial.

Un primer ámbito, que de alguna manera organiza y define el mismo sentido de la innovación, está representado por una suerte de «autorreglamentación», a través de la cual el nuevo proceso tiende a adecuarse —no en la sustancia, sino en la praxis— a lo específico de los casos con el doble objetivo de:

- contener la intervención de la justicia dentro de ámbitos que no perjudiquen la personalidad del menor y no interfieran negativamente en su recorrido evolutivo;
- reactivar las instancias de lo social, allí donde la ligereza de la falta y los recursos (personales, familiares, sociales, ambientales) del menor permitan una rápida salida del circuito judicial.

El respeto por la personalidad del menor y la exigencia de no interrumpir los procesos educativos en acto representan el *leitmotiv* del texto legislativo, en cuanto criterios —junto al de la gravedad del delito— de definición de las intervenciones sea en la fase precedente al juicio sea a lo largo del mismo.

Desde este punto de vista, el recurso a hipótesis basadas en la detención es transformado por el nuevo código cada vez más en algo residual y periférico, a través de la previsión de vías judiciales alternativas que consientan no obstante incluso en la percepción del menor, una neta distinción entre medidas cautelares procesuales, intervenciones de *pro-bation* y respuestas sancionatorias.

- Prescripciones (art. 20); Permanencia en casa (art. 21); Instalación en comunidad (art. 22) como alternativas a la custodia cautelar (art. 23) y a las medidas de seguridad de la libertad vigilada (la primera y la segunda) «para delitos para los que la ley establece la pena

de reclusión no inferior a un máximo de cinco años» y del reformatorio judicial (la tercera) «para delitos para los que la ley establece la pena de reclusión no inferior a un máximo de doce años».

- Sentencia de no lugar a proceder (art. 27) «si resulta la ligereza del hecho y la ocasionalidad del comportamiento» y «cuando el curso ulterior del proceso perjudica las exigencias educativas del menor».
- Suspensión del proceso y puesta a prueba (art.28) cuando el juez «considera que hay que valorar la personalidad del menor según el éxito de la prueba», con declaración de liquidación del delito (art.29) en caso de resultado positivo.
- Semidetención o libertad vigilada (art. 30) como sanciones sustitutivas a penas de detención no superiores a dos años.

En cualquier caso se garantiza la exigencia primaria del muchacho de mantener los contactos con los propios sistemas de pertenencia, activando estos últimos y los servicios territoriales, como sujetos idóneos para estimular y seguir el proceso de responsabilización del menor, que no termina con el momento penal.

La tendencia a despenalizar, claramente expresada por la nueva normativa, no se configura, sin embargo, como mecanismo de delegación, pues se refuerza la figura central del juez en todas las fases del proceso.

Es este último, de hecho, quien «organiza» los conocimientos especialísticos y las intervenciones técnicas, definiendo así un marco de garantía dentro del cual «modelar» el proceso sobre cada caso específico.

El espíritu de las garantías, por otra parte, atraviesa toda la normativa, expresándose y volviéndose sustancial sobre todo en la dimensión evolutiva con la que estructura y organiza la relación menor-justicia.

El hincapié hecho sobre las potencialidades del menor no sólo orienta las indagaciones sobre su capacidad de «estar en juicio» y la previsión de medidas penales más adecuadas, sino que representa, de algún modo, el criterio que media entre garantías formales y garantías de orden científico.

Por ejemplo, en la fase que precede al juicio, el paso a una medida cautelar más restrictiva (de las prescripciones a la permanencia en casa y de ésta a la instalación en comunidad) puede ser dispuesta por el juez, en caso de «repetidas y graves» violaciones de las prescripciones impuestas y de las obligaciones que derivan de la medida. Pero el «paso» no se configura en términos prescriptivos, siendo remitido a la valoración del juez, sobre la base también de las indicaciones ofrecidas por los operadores del área técnico-especialista. Esto definirá un ámbito de discrecionalidad judicial que tiende a garantizar al menor en su proceso de crecimiento, dentro del cual la transgresión puede ser también individualizada como elemento de desarrollo y experimentación de nuevas posibilidades relacionales.

La institución que más adecuadamente verifica la voluntad de una diferente y progresiva valoración de

la capacidad del menor de quererse enfrentar con las consecuencias de la propia acción midiéndose con las decisiones judiciales, está representada por la posibilidad de suspender el proceso para valorar la personalidad del menor después del éxito de un periodo de prueba (art. 28).

La dimensión de crecimiento y de responsabilización del chico también es tenida en cuenta por el contenido mismo del artículo que prevé la posibilidad para el juez de impartir prescripciones en forma de «propuestas consecuenciales» al delito, es decir, capaces de favorecer en el muchacho una reapropiación incluso en términos de significado social y penal, de la acción cometida. En particular pueden ser impartidas prescripciones relacionadas con la reparación de las consecuencias del delito y con la conciliación con la víctima.

El período de prueba, por lo tanto, no se configura para el muchacho como «vacaciones», sino como oferta de una vía judicial alternativa donde poder desempeñar un papel de protagonista en la asunción de compromisos específicos y en la definición de la propia relación con la justicia.

La finalidad responsabilizante del período de prueba prevé que sobre la base de sus desarrollos, puedan ser aportadas modificaciones o abreviaciones del proyecto inicial, «o bien, en caso de repetidas y graves transgresiones, la revocación de la disposición de suspensión» (art. 27, párrafo 3 de las Normas de actuación).

Los elementos de conocimiento de la personalidad del menor pueden así ser asumidos sobre la marcha por los operadores que llevan el caso, privilegiando los aspectos de crecimiento y de expresión de los recursos personales, familiares y ambientales.

Respeto a las garantías formales y tutela de las exigencias individuales de crecimiento y de desarrollo son la característica, así pues, del nuevo proceso para menores que, en esta fase está afrontando la difícil tarea de una adecuada traducción en términos operativos.

No siempre o no todavía, las estructuras territoriales y el mismo aparato de la justicia aparecen, de hecho, «equipados» para contener el riesgo de una reducción/simplificación de los elementos innovadores propuestos por la ley. La creación de nuevas estructuras, la reorganización de las que ya existen, la formación de los operadores son hoy en día las grandes temáticas que alimentan el debate y centran la atención de las personas interesadas.

La preocupación sobresaliente es que la interacción entre las dificultades de orden organizativo-estructural y una eventual concurrencia de carencias en los recursos personales, familiares y socio-ambientales del menor pueda amenazar la disposición garantística de la normativa, empobreciendo el sentido mismo de la innovación. En otros términos, sobre todo en esta fase de reorganización, el acopio de recursos inciertos o carentes, en el menor o en sus sistemas de pertenencia, podría orientar la discrecionalidad en el sentido de medidas más restrictivas, a fin de facilitar el acceso y la intervención de los servicios. En el caso de que tal hipótesis tuviese que concretarse en la praxis judicial, el sentido mis-

mo de la normativa se vería empobrecido, debilitándose el criterio de que el momento penal no se configure como obstáculo para los procesos educativos en curso.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (1985), Atti del Seminario di Studi sul tema: «Capacità di intendere e di volere e responsabilità del minore: profili giuridici e psicologici», en *Esperienze di giustizia minorile*, nn. 1/2/3.
- AA.VV. (1989), *Nel Segno del Minore*, Atti del Seminario dell'ISISC, Noto, 1989.
- Bandini, T., Gatti, U. (1987), «La minore età», en Gulotta G. (a cura di), op. cit.
- Baratta, A. (a cura di), (1985), «Il diritto penale minimo», *Dei delitti e delle pene* — número monográfico n. 3/85.
- Battistacci, G. (1989), «Il nuovo processo penale a carico di imputati minorenni», en AA.VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Ceam Padova.
- Cuomo, M.P., La Greca, G., Viggiani, L. (a cura di) (1982), *Giudici, psicologi e delinquenza minorile*, Giuffrè, Milano.
- De Cataldo Neuburger, L. (a cura di) (1987), *La psicologia per un nuovo processo penale*, Cedam, Padova.
- De Leo, G. (1989), «Categorie psico-sociali e interazioni operative nel nuovo processo penale minorile», en Palomba, F., *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Gulotta, G. (a cura di) (1987), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Giuffrè, Milano.
- Harrè, R. (1982), «Ethogenic methods: an empirical psychology of action», en *Social Psychology*, G. M. Breakwell, H. Foot, R. Gilmour (eds), MacMillan, London.
- La Greca, G. (1988), «Il processo penale minorile», in *Documenti di Giustizia*, 1988.
- Palomba, F., (1988), «Considerazioni sul nuovo processo penale minorile», in *Documenti di Giustizia*, 1988.
- Patrizi, P., «Una lettura in chiave psicologica del nuovo Codice di Procedura Penale Minorile, articolo in corso di pubblicazione» en Cuomo M.P., La Greca G., Viggiani L., *Giudici, psicologi, delinquenza minorile*, Giuffrè, Milano, nuova ed.
- Ponti, G. L. (a cura di) (1985), *Giovani, responsabilità e giustizia*, Giuffrè, Milano.
- Roi, G., Scaparro, F. (1981), «Immaturità e responsabilità», en *Esperienze di rieducazione*, N. 2/3.
- Palomba, F. (1989), *Il sistema del nuovo Processo Penale Minorile*, Giuffrè, Milano.
- D.P.R. 22 settembre, 1988, n. 448 *Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni - Relazione al Progetto e al Testo definitivo.*

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

NOVEDADES

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

DISTRIBUIDO POR:
S. A. Distribuciones Editoriales

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

ÍTACA

Poder judicial en el Perú: crisis y alternativas

Instituto Justicia y Cambio*

Situación actual del Poder Judicial

Existe consenso ciudadano respecto al funcionamiento del Poder Judicial. El grueso de la opinión pública considera que la administración de justicia es ineficaz, peligrosamente lenta y con un importante componente de corrupción en todos sus estratos y jerarquías. El Estado, en este importante aspecto como en la administración de justicia, tampoco se encuentra a la altura de las circunstancias presentes; signado por una crisis generalizada de todo nuestro sistema y una violencia claramente extendida, y que no es sólo la propiciada por Sendero Luminoso, el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru o los grupos Paramilitares, sino manifestada también a través de la violencia institucional que incide fundamentalmente sobre las clases menos favorecidas, carentes de cualquier posibilidad de acceso al Poder en general y a la administración de justicia en particular.

El reto de la justicia pronta y cumplida está cada vez más lejos de lograrse. De esta situación los jueces somos los principales responsables y con nosotros la sociedad en su conjunto y dentro de ella el Poder Político en todas sus secuencias, los abogados y la propia ciudadanía.

La administración de justicia es todo un sistema integral y articulado en que sus componentes no se explican en sí mismos, ni el desarrollo de su actividad depende sólo del propio esfuerzo, sino en función e integrados a los demás.

No obstante lo expuesto, creemos que es posible cambiar tal estado de cosas y previo diagnóstico real, articular en su conjunto alternativas de corto, mediano y largo plazo que puedan revertir esta tendencia, rápida y trágicamente descendente. El presente trabajo es muy breve y preliminar; sólo busca brindar un aporte a esa tarea común de mejorar el servicio de justicia.

Consideramos en primer término que la primera condición para iniciar un cambio en el aparato del Poder Judicial y del Ministerio Público estriba en convencernos que la administración de justicia es un

valor sustancial en un estado de Derecho; que la actuación objetiva e imparcial es garantía del funcionamiento adecuado de una democracia; que es imprescindible una fuerte y sostenida apuesta presupuestal para potenciar sus órganos. Que lo que se haga por el Poder Judicial y el Ministerio Público debe considerarse una inversión y que todas las acciones que se efectúen deben tender al fortalecimiento del aparato judicial, a mejorar su personal, capacitarlo, efectivizando la política de moralización, siempre respetando su autonomía e independencia. El Norte de estas acciones debe estar concentrado en la Constitución y los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura aprobados unánimemente por la Asamblea General de Naciones Unidas (A/Res./40/32.29; nov. 1985).

El diagnóstico de la situación del Poder Judicial lo hemos dividido en tres partes. La primera se refiere a la propia ineficacia del sistema; la segunda se relaciona con el fenómeno de la corrupción; la tercera se circunscribe al proceso de elaboración de la legislación.

I. INEFICACIA DEL SISTEMA

La conclusión es que el sistema judicial al que también están integrados además del Ministerio Público, el Ministerio de Justicia a través del Instituto Nacional Penitenciario, el Instituto de Medicina Legal y el Ministerio del Interior por medio de la Policía Técnica, General y de Seguridad; y, por último, los propios abogados, es ineficaz. No funciona en la medida de lo deseado y socialmente necesario; el producto de la actividad judicial: la sentencia, llega tarde, no necesariamente es acertada y en muchos casos no puede efectuarse con la prontitud que el caso exige o lo que es más grave aún no se ejecuta.

Sin dejar de reconocer que la justicia se desarrolla en un contexto específico, que debe tenerse en cuenta, creemos que la ineficacia del sistema se sustenta en lo siguiente:

* En Mayo de 1989, con el objeto de consolidar el servicio de la Administración de Justicia en nuestro país, un grupo de Magistrados constituyó una Asociación Civil de Derecho Privado bajo la denominación de "Justicia y Cambio".

Esta institución considera entre sus fines más importantes el de promover la investigación científica de los fenómenos jurídicos y políticos proponiendo soluciones adecuadas a nuestra realidad, priorizando el respeto a los Derechos Humanos como me-

dio para el cambio y el logro de una sociedad más justa y más humana. Destaca también el establecimiento de políticas judiciales basadas en la independencia de la Administración de Justicia, la búsqueda de la integración de la sociedad y la cooperación con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales en la realización de actividades que vayan de acuerdo con los objetivos perseguidos por la Asociación.

1.1. Acceso de los jueces al sistema

El sistema de nombramientos judiciales está deteriorado y el consenso general, incluso el de quienes tienen a su cargo efectuar el nombramiento, es que los jueces que ingresan a la magistratura o son promovidos a jerarquías superiores, carecen de la preparación técnica suficiente. Luis Pásara en su libro «Jueces, justicia y poder en el Perú» (pág. 206) sostiene con extremada dureza: «El juez peruano es hoy un hombre de origen social bajo, que espera mejorar a través de la carrera judicial, con una formación profesional endeble que no será robustecida en el ejercicio mismo de la función debido a las estrecheces que asedian el Poder Judicial», concepto al que podemos agregar, que carece de conciencia respecto de su propia identidad, de que somos en nosotros mismos un poder, el de administrar justicia, que por cierto no es poca cosa. A todo esto contribuye la excesiva politización del proceso de nombramientos, el sistema de ternas y el proceso de calificación y escogencia que se realiza en los Consejos de la magistratura, además de la actitud marcadamente intervencionista del poder y la clase política, factores que conducen a incrementar la dependencia del juez, condicionan su pusilanimidad frente al poderoso y sin asegurar por cierto la elección del más capaz.

1.2. Desorganización institucional

El diseño y el funcionamiento actual del Poder Judicial no responde a las necesidades nacionales de administración de justicia. El conjunto de normas internas que deben regular el desempeño administrativo del Poder Judicial no funciona y, consecuentemente, no cubre de manera alguna el conjunto de áreas que debiera. Existen problemas de organización administrativa interna y de sustanciación de expedientes judiciales cuyas sentencias pueden llegar a ser de conocimiento de las partes mucho tiempo después de producidas. Problemas de organización en los órganos de gobierno, de disciplina laboral, así como de apoyo; de tal suerte que no pueden desarrollarse estrategias de planificación y de acción para superar la inmensidad de problemas que genera un poder del Estado cada vez, necesariamente, más complejo que no puede ser encarado con autoridades como el presidente de la Corte Suprema o de las respectivas Cortes Superiores de toda la República, quienes, con una inadecuada formación administrativa y carentes de efectivo apoyo, se ven limitados a ser administradores de una crisis cada vez mayor.

Existe también un problema legislativo: leyes no adecuadas a la realidad cambiante, además de equivocadas, producidas sin la debida reflexión y análisis.

Igualmente confrontamos un problema organizativo o de gestión: no se ha terminado de entender que el órgano judicial es también un órgano administrativo que requiere de una gestión especializada. Que no basta dictar buenas resoluciones y sentencias, sino que es importante también que sean oportunamente

conocidas y cumplidas. Se desconoce también técnicas de planificación, de elaboración presupuestaria, de simplificación administrativa y de archivo. Todo ello ha generado una justicia mal distribuida, no tecnificada, deshumanizada, no integrada y sin posibilidad de superarse por la secular falta de atención de las autoridades gubernamentales.

1.3. Infraestructura insuficiente

La inatención presupuestaria del Poder Ejecutivo y Legislativo, así como la incompetencia técnica y política de los propios jueces para la formulación de su presupuesto, y exigir el cumplimiento del mandato constitucional que asegura a este Poder del Estado no menos del 2 por 100 del Presupuesto de gastos corrientes para el gobierno Central y para proponer leyes especiales que incrementen sus recursos, han traído como consecuencia que la justicia no pueda desarrollarse de acuerdo con las necesidades del servicio que la colectividad reclama. Existen notables diferencias en cuanto a la calidad, cantidad de empleados, secretarios y jueces. Se carece también de locales adecuados, útiles de oficina, equipos de escritorio, ordenadores, etc. De modo que el servicio que se presta, por su precariedad, dista mucho del que la ciudadanía requiere. Nos encontramos tremendamente atrasados en lo que a tecnología de servicio se refiere y los pocos esfuerzos que en ese aspecto se realizan suficientes y aislados.

Nos enfrentamos también a una deficiente organización de personal; asistimos por último a una ausencia de planes de desarrollo que trasunta —sin duda alguna— el estado de postración en que nos encontramos.

1.4. Sistema laboral caótico

Un problema central que atraviesa toda la administración pública y específicamente la administración de justicia es la definición del marco laboral de sus servidores. Las huelgas que periódicamente confrontamos perjudican fundamentalmente a los ciudadanos más angustiados y de menores recursos, y terminan por jaquear todo el sistema judicial perjudicando más aún, si es posible, la imagen de la justicia en la población.

El año pasado, tan angustiante y periódico problema llegó a su punto más álgido al paralizar la administración de justicia para el menos favorecido por más de siete meses.

No se ha definido el derecho de huelga compatibilizándolo con lo que representa la realización de un servicio público esencial. No se ha establecido un mecanismo que posibilite la rápida solución de los reclamos laborales ni existe un Estatuto claro del trabajador judicial, su marco disciplinario, régimen de ascensos, concursos, etc.; y, por último, sus organizaciones asumen con ligereza actitudes extremas de reclamo, que perjudican como se ha dicho, no al Estado Central contra quien se dirige, sino a las clases sociales menos favorecidas.

Consecuentemente, el resultado tiene que ser de

grave desorganización en el servicio de administración de justicia, lo que por lo demás incentiva la corrupción, la indisciplina, falta de autoridad y el desprestigio institucional.

1.5. Falta de confianza ciudadana

Todo lo dicho permite concluir en que la falta de confianza de la ciudadanía en el Poder Judicial es una lógica consecuencia que hace necesario elaborar acciones decididas en el llamado campo de los *mass-media* como expondremos más adelante.

Es conocida la influencia de los medios de comunicación social sobre la ciudadanía. El Poder Judicial, por las deficiencias ya expuestas muchas veces, y por clara intención política otras, es objeto de un tratamiento periodístico muy variado; generalmente de crítica ante la ineficacia del servicio que prestamos, agravado todo ello por la falta de respuesta del Poder Judicial para explicar a la ciudadanía, directamente interesada en la optimización del servicio, las razones propias y extrañas que impiden realizarlo.

De esta manera, nos encontramos ante un organismo judicial ineficiente e ineficaz, criticado desde todos los sectores ciudadanos y sin que, por otro lado, las críticas formuladas se encuentren acompañadas por lo general de alternativas o propuestas de modificación estructural en el sistema. Todos los sectores son conscientes en sostener que existen males estructurales que corregir en el sistema, pero sensiblemente, pocas son las propuestas y planes a corto, mediano o largo plazo específicamente planteados, para corregir tan graves deficiencias.

Cabe señalar también que las críticas al sistema de administración de justicia inciden con frecuencia en resoluciones judiciales dictadas, pero las mismas se formulan sin el adecuado análisis de los expedientes judiciales en que fueron dictadas, defecto que alcanza a los propios Colegios Profesionales y Universidades con infracción de lo previsto en el artículo 233, inciso 17, de la Constitución política que nos rige.

Todo ello contribuye, pues, a incrementar la desconfianza de la ciudadanía en el organismo administrador de justicia, además como se ha dicho de que el Poder Judicial en general y los jueces en particular carecen de los mecanismos para vincularse con la comunidad, y lo que es más grave aún, se pretende, bajo una mala entendida jerarquización de la administración de justicia, limitar el derecho constitucional del juez a la defensa del honor y la buena reputación, consagrada para todo ciudadano en el inciso 5 del artículo 2 de nuestra Ley fundamental, obligándolo a recabar previamente autorización a la Sala Plena de la Suprema Corte, que no siempre concede y en los casos que se hace, resulta extemporánea.

1.6. Sistemas populares que administran justicia

El Perú es un país pluricultural, lo que origina que existan al lado del sistema oficial de administración de justicia otros mecanismos naturales de regularización social, con características propias, que cuentan con lugares naturales de solución de conflictos. Así, por ejemplo, en las comunidades campesinas de la Amazona, en pueblos jóvenes en zonas urbanas, etc.

a) En el caso de las *comunidades campesinas* que suman aproximadamente cuatro mil, ocupan el 15 por 100 del territorio nacional concentrado en la Sierra, con una población que alcanza el 32 por 100 del total nacional, se ubican también situaciones de conflictos cuya regulación se encuentra en el derecho consuetudinario, en la costumbre.

A pesar de la denuncia de excesos en la llamada *autojusticia comunal*, éstos no son generalizados y la aplicación de criterios consuetudinarios es menos riguroso. No existen estadísticas sobre las características de los conflictos y sólo investigaciones particulares han detectado una mayoría de conflictos sobre tenencia de tierras, peleas, borracheras, lesiones, asesinatos, robo de ganado, violaciones, estafas, etc. (Justicia Fuera del Aparato Formal. Desco, pág. 175).

Los comuneros adoptan diversos mecanismos de regulación social: arreglos y conciliaciones, la no solución (remisión del caso a la instancia familiar, social), una decisión y la aplicación de una sanción, v. gr., económica, privación de libertad, pena de honra (amonestación pública, destitución del cargo comunal, exposición de escarnio público), castigos corporales, expulsión de la comunidad (Brand: Justicia Popular 1986, págs. 135-144).

Antes de la promulgación de la Constitución Política, en la época de los gobiernos militares, el Estado peruano reconoció a través del Estatuto especial de comunidades campesinas (D.S. 37-70-A) dictado para reforzar el autogobierno comunal la posibilidad que el reglamento interno precise «los tipos de números de faltas y el procedimiento a seguirse en cada caso» (art. 30). En relación a la disposición constitucional de prohibición de justicia paralela (art. 233, inc. 1) y al principio de legalidad, una norma de esa naturaleza aparece inconstitucional. Sin embargo, en la realidad, diversos Consejos de Administración o acuerdos de Asamblea han venido adoptando decisiones.

b) *Rondas campesinas*. Ubicables en ciertas zonas del país, especialmente en Cajamarca y Piura, tienen un origen diverso (aumento del abigeato, anarquía de los habitantes, etc. En Cajamarca están organizados en turnos con la participación obligatoria de los varones armados con hachas, machetes, huaracas, cuchillos y su función es proteger al ganado, y bienes de la comunidad, y el control del orden interno. En este departamento probablemente existen más de 400 grupos patrullando la su región.

Las rondas están organizadas en sus bases comunales y se proyectan a Federaciones departamentales incluyendo niveles intermedios distritales.

Ante esta realidad de una zona del país, el Esta-

do peruano, a través de la Ley 24571 (7 de noviembre de 1986), ha reconocido a las rondas campesinas pacíficas, democráticas y autónomas cuyos integrantes estén debidamente acreditados ante la autoridad política, sin embargo, el reglamento de esta Ley no ha completado las expectativas y, por el contrario, ha originado cierta confusión.

c) *Las comunidades de la Amazonia* peruana también cuentan con mecanismos de regulación social. El Estado peruano, a través de la ley sobre comunidades nativas y promoción agropecuaria de la región de la Selva y Ceja de Selva (Ley 20653 de 1974) derogado luego por el D. Ley 22175 de 1978, denominada Ley de Comunidades nativas y de Desarrollo Agrario de las regiones de Selva y Ceja de Selva en su artículo 19, faculta a las comunidades a resolver controversias de naturaleza civil en mínima cuantía entre sus miembros además de competencia para resolver faltas. Esta norma también es extraña al sistema jurídico nacional que no admite el paralelismo entre los sistemas formales y los controles naturales de las comunidades nativas (*justicia única* art. 232 Const., *Exclusividad de la función jurisdiccional*, art. 233 inc. 1).

Los diversos criterios para resolver esta problemática se orientan a considerar: vigente el artículo 19 del dispositivo legal citado en base al artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 del Convenio 107 de la OIT (Ballón Aguirre: en Brandt: Prefacio, p. 19), otros proponen se reconozca el derecho consuetudinario como derecho vigente, siendo para ello necesario que se modifique el artículo 232 de la Constitución y se agregue la facultad de las comunidades nativas para administrar justicia (Figallo: Población indígena y derechos humanos, en Boletín de la CAJ n.º 8, 1985, 43) y los que consideran que este derecho consuetudinario contiene elementos anacrónicos y violatorios de los derechos humanos por lo que recomienan limitar su vigencia a la no violación de estos derechos fundamentales siempre que se trate de faltas o de violaciones de normas internas o tipificadas en el Código Penal o, que las comunidades elijan a un juez de paz para la administración de justicia modificándose la Ley Orgánica del Poder Judicial (Brandt: ob. cit., pág. 33).

d) *Mecanismos naturales de control en pueblos jóvenes*. En el ámbito urbano, particularmente en los llamados «pueblos jóvenes», las tareas de control asumidas por las «asambleas de manzana» que desarrollan soluciones de diversas clases de conflictos (v. gr. valorización de lotes, conflictos de linderos, difamaciones, problemas conyugales. Vid. amplia información en Iturregui-Price: La Administración de Justicia en Villa El Salvador, PUC 1982, págs. 164-181).

e) Si bien la Constitución de 1979 prevé esta realidad de pautas culturales diferentes entre los peruanos y ordena proteger y respetar las tradiciones de las comunidades campesinas nativas propiciando su superación y desarrollo integral (art. 161-162) hasta el momento, el estudio de los aspectos relativos a la administración de justicia desde perspectivas antropológica, sociológica o jurídica ha sido limitada.

El proceso de regionalización iniciado a partir del artículo 259 Const. y la Ley 24650 no debe olvidar

que es también parte de la problemática de la administración de justicia oficial y los mecanismos naturales de regulación social, de acuerdo a las peculiaridades de cada región del país.

En definitiva, el grupo de estudio considera que debe estudiarse la posibilidad de reconocer el nombramiento de jueces en relación al respecto de las tradiciones de comunidades campesinas nativas. La comunidad propondría las ternas y será necesario se amplíe la competencia de estos magistrados. Sin embargo, se tiene la conciencia que es un problema complejo y, en otros casos, (v. gr. rondas campesinas) será necesario otro tipo de propuestas.

1.7. Corrupción

La corrupción, muy acendrada en todo el sistema institucional peruano, tiene una cuota de importancia en la administración de justicia, comprendiendo no sólo a jueces, sino también al personal administrativo como al propio gremio de abogados.

La corrupción puede ser de dos clases: la económica (fundamentalmente delincuencia) y la política (presión e influencias políticas). Ante la producción de estos fenómenos, debemos admitir la precariedad de los mecanismos probatorios y de persecución, toda vez que contamos con una oficina de Control Interno burocratizada, de deficiente estructura, provocando consecuentemente el cuestionamiento de la actividad disciplinaria del Poder Judicial.

Cabe señalar en este punto que la corrupción no es en nuestro concepto una causa en sí misma, sino por el contrario una consecuencia de las deficiencias precedentemente anotadas.

El deficiente procedimiento y la intromisión política en la carrera judicial los hará propensos de someterse a la corrupción política.

Igual consecuencia se produce al mantener la dependencia económica del órgano administrador de justicia con infracción de expresas normas constitucionales.

De la misma manera que el agua estancada se malogra, la lentitud en el manejo administrativo de los expedientes judiciales favorece la corrupción en los diversos niveles administrativos del Poder Judicial; lo que debe evitarse con adecuadas medidas a corto, mediano y largo plazo.

La concepción tiene componentes históricos, institucionales y ético-individuales. Un sistema procesal escrito, no concentrado y que permite la intermediación de excesivas personas en su mecanismo, provoca la demora y posibilita la corrupción (un sistema judicial administrativo con graves deficiencias condiciona la corrupción); un sistema de nombramientos y de promociones fuertemente condicionado por el factor político y clientelístico marca una indebida línea de sumisión. Por último, un mecanismo disciplinario no integrado y sin mayor apoyo logístico y tecnológico impide corregir y prevenir deficiencias de jueces y servidores judiciales. Si a esto añadimos el relajamiento de la moral en nuestro país, la precariedad del sistema educativo, la impunidad generalizada y la carencia de medios efectivos de control de los Colegios de Abogados respec-

to de sus propios miembros, la lógica consecuencia será el cuadro que apreciamos en la administración de justicia, respecto del cual siempre será alternativa recurrir a la vía delincencial para el logro de metas económicas o de subsistencia.

1.8. Elaboración legislativa

Ciertamente que las leyes tienen que ver con la administración de justicia; y las dictadas en los últimos años, relacionadas a este quehacer no han enfrentado con coherencia, además de no haber sido consultados o elaboradas, han agravado nuestros problemas.

Se han dictado normas cuyo marco teórico pudiendo ser concreto no ha tenido eficaz aplicación a la realidad concreta. Se ha actuado, seguramente de buena fe pero con precipitación, obedeciendo principalmente a razones de coyuntura política con evidente sacrificio del servicio de administración de justicia y fundamentalmente del usuario del mismo.

Claro ejemplo de nuestra afirmación podemos encontrar en la Ley de Incorporación de secretarios del Juzgado y Personal de Secretarías al presupuesto del Poder Judicial; la Ley de rectificación de secretarios judiciales; la Ley de derogación de suplencias de abogados en ejercicio, de despenalización; responsabilidad judicial, control interno y en especial la caótica e inorgánica producida en relación con el juzgamiento de causas sobre terrorismo.

El Ministerio de Justicia, las Comisiones de las Cámaras Legislativas y la propia Corte Suprema no se han interaccionado para dictar leyes consensuales que alivien los viejos males de la justicia.

En este punto cabe hacer referencia a la facultad de propuesta legislativa con que cuenta la Corte Suprema de Justicia y las Cortes Superiores por mandato del artículo 115, inciso 5, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha sido ejercitado por este Poder del Estado. Lógica consecuencia si se tiene en consideración el desorden administrativo jurisdiccional y la dificultad fáctica de reunirse en Sesión de Sala Plena para asuntos ordinarios; con mayor razón para estudiar, elaborar y proponer iniciativas legislativas.

II. PROPUESTAS

Frente al desolador panorama planteado resulta urgentemente necesario plantear un conjunto de propuestas de corto, mediano y largo plazo. A continuación y preliminarmente nos permitimos alcanzar los siguientes:

II. (a). En orden al juez, eje central de la administración de justicia, deberá:

a) Modificarse el sistema de nombramientos; previendo para las entrevistas ante los Consejos Nacional y Distrital de la Magistratura, en su caso, un sistema de oposición objetivo y público, mediante el empleo de balotas previamente conocidas, inspirado en el procedimiento hispano y en el que se sigue en nuestro medio para la elección de notarios.

Creemos que la propuesta del Consejo debe re-

caer en una sola persona. El ganador del concurso, para su nombramiento por el presidente de la República.

Esta propuesta, desarrollada por el doctor Gonzalo Ortiz de Zevallos, resulta atendible toda vez que no existe objeción constitucional para ello, pues el acuerdo de formación de ternas, seguido en la actualidad se sigue de conformidad con la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura.

b) Incentivar el acceso de un mayor número de abogados en la carrera judicial mediante la creación de mecanismos compensatorios a las exiguas remuneraciones percibidas.

Proponemos la creación de un amplio sistema de compensaciones sociales como liberación impositiva, beneficios sociales, facilidad en la obtención de préstamos para vivienda, gratuidad en la educación escolar y universitaria de los hijos, créditos educativos, año sabático, etc., de manera que cubran aspectos que no puede alcanzar el salario mensual por las limitaciones presupuestales existentes, incentivando el interés de un mayor número de abogados para ingresar a la carrera y permitiendo por lo demás al juzgador asumir sin angustias la labor jurisdiccional para la que fue nombrado.

II. (b). Para superar la desorganización institucional proponemos potenciar el aparato judicial, dando paso a la planificación de las actividades administrativas y de justicia.

Deben fortalecerse e incrementar los convenios internacionales vigentes (AID) ampliándose a otras instituciones de ayuda (ILANUD, ONU, Cooperación Europea y Japonesa), desarrollando por lo demás líneas de cooperación con el INAP y de Administración Pública para mejorar las capacidades de nuestro personal administrativo.

Es imprescindible también en el campo de la gestión y del servicio judicial uniformar y mecanizar el manejo administrativo de expedientes judiciales, en Salas, Tribunales y Juzgados, con miras al desarrollo de la Informática judicial; debe destacarse en este aspecto el trabajo que viene realizando la Corte Superior de Lima en el marco del Convenio con AID y cuya culminación debe asegurarse económicamente.

Debe reorganizarse la distribución del personal y del servicio del Poder Judicial, de manera que pueda cubrir con eficiencia las necesidades que presenta.

Por último, será de suma importancia hacer operativos los órganos de gobierno del Poder Judicial, dotando al presidente de la Corte Suprema de las Cortes Superiores del apoyo necesario para el desarrollo de su función mediante la creación de Salas de Gobierno a dedicación exclusiva que reemplacen a las ineficientes Salas Plenas, cuya función debe limitarse a lo expresamente señalado en la Constitución.

En el campo laboral será necesario fijar un marco claramente especificado sobre el derecho de huelga del personal subalterno judicial, así como la responsabilidad del Estado en la rápida solución de conflictos judiciales. Reconociendo el derecho de huelga de los trabajadores, debe tenerse en cuenta además el oportuno cumplimiento de las garantías

de la administración de justicia en beneficio de la ciudadanía.

Por último, en el plano disciplinario deben ejecutarse fundamentalmente acciones preventivas y de seguimiento del trabajo de los jueces, funcionarios administrativos y trabajadores en general, propiciando mayor producción y calidad de los fallos judiciales. Esto implica reordenar el sistema legislativo sobre la materia y optimizar la Oficina de Control Interno del Poder Judicial.

Consideramos que para iniciar la reorganización del Poder Judicial en estos términos, conviene la dación de una ley de urgencia de la administración de justicia que enmiende la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente y plantee definiciones en los siguientes puntos:

- a) Salas Especializadas: mecanismos de implementación judiciales (segunda y última instancia).

Salas de Gobierno: superándose las ineficientes.

- b) Salas Plenas, de suerte que se formen grupos compactos de magistrados a dedicación exclusiva en labores de gobierno y de control administrativo.

- c) Salas transitorias para resolver casos de acumulación de causas o de otra índole. El modelo ya está consagrado en el Código de Procedimientos Penales.

- d) Reordenamiento de los Juzgados de Paz y de Primera Instancia. Competencia a las Salas de Gobierno para redimensionar el mapa de localización y competencia territorial, así como material de los Juzgados.

- e) Organizar un sistema eficiente de control disciplinario y de visitas inspectivas; buscando la descentralización (Juzgados de Paz y de Primera Instancia) y la sanción oportuna. Crear órganos distritales de Control Interno; reconocer facultad de sanción al OCIJ diseñando mecanismos de impugnación muy claros, a la par que legislar sobre procedimientos y métodos de control.

- f) Instaurar la figura del «desacato disciplinario», con la finalidad de dar fuerza a las decisiones judiciales, el juez debe estar facultado para detener o multar a quien se niegue a cumplir un mandato judicial hasta su debido cumplimiento.

Debe recordarse que el incumplimiento de la decisión judicial es fuerte desprestigio institucional.

- g) Fijar un marco claro sobre el derecho de huelga del personal subalterno judicial introduciendo mecanismos de rápida solución a los reclamos laborales. Evitando de ese modo largas huelgas que perjudican a los usuarios y paralizan el aparato judicial.

RATIFICACIONES JUDICIALES

El artículo 242 de la Constitución política del Estado garantiza a los magistrados su inamovilidad en el cargo hasta los setenta años de edad y la 13ª disposición transitoria fijó por una sola vez un procedimiento de ratificación de magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores. Dicho procedimiento

que en esencia era un proceso disciplinario con formulación de cargos, descargos y sentencia se llevó adelante con las objeciones y resultados que son de todos conocidos.

En la actualidad, encontrándose próximas las elecciones generales vienen sosteniéndose en algunos medios la necesidad de reorganizar el Poder Judicial mediante la ratificación de magistrados por una sola oportunidad.

En primer término cabe señalar que esta conducta del Poder Político frente al Judicial no es original, se ha manifestado cada vez que se ha producido un cambio de gobierno.

Se produjo también en 1980 de conformidad con el mandato constitucional ya mencionado y se intentó con vehemencia en 1985, produciéndose incluso la renuncia del entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La ratificación de magistrados, propuestas habitualmente dentro del marco de moralización del Poder Judicial, no es otra cosa que una manifestación más del Poder Político por controlar al órgano administrador de justicia; objetivo que se pretende conseguir mediante la sustitución de magistrados por otros, cuyos nombramientos dependerán en definitiva del Poder Político.

No resulta admisible la teoría de moralización, habida cuenta de que en ese caso bastaría la realización del correspondiente proceso disciplinario. Es verdad que resulta de difícil probanza la inconducta funcional de los jueces, pero también lo es que la ratificación de magistrados no está permitida por la Constitución Política que nos rige.

Empero y más allá de la fundamentación legal que pudiera esgrimirse, creemos que las medidas de ratificación masiva de jueces resulta una decisión efectista, equivocada y autoritaria.

Nada puede asegurar que la sustitución de personas habra de mejorar el servicio institucional menos aún si se mantienen los defectos estructurales anotados.

La posibilidad de una periódica ratificación a la que recurrirían todos los gobiernos en razón del antecedente creado, incrementará el factor de dependencia y de corrupción política mencionado en líneas arriba respecto de jueces temerosos de ser separados en el ejercicio del cargo al inicio de cada nuevo gobierno.

En nuestra opinión las medidas a tomar descansan en potenciar con imaginación el sistema de control interno, mejorar sus procedimientos aligerados y buscar que la comunidad y el foro colaboren real y efectivamente con esta campaña nacional de moralización.

Por último, debemos destacar que la falta de confianza ciudadana es una consecuencia de todos los males de la administración de justicia. Como acciones efectivas deben implementarse medidas que busquen vincular al juez con la sociedad (campañas periodísticas y charlas en centros educativos, eclesiásticos, organismos no gubernamentales, parroquias, etc.).

El Poder Judicial debe realizar campañas a través de todos los medios posibles para mejorar su imagen y propender una visión adecuada de la Magistratura, estas campañas deben extenderse a enfoques disciplinarios y de exigencia del cumplimiento de los derechos ciudadanos.

APUNTES*

● Incomprendido ministro

El ministro Múgica fue no hace mucho blanco de las iras del movimiento feminista a raíz de un comentario sobre la existencia o no de cocinas en el nuevo edificio del Consejo General del Poder Judicial. Todo por la ya conocida proclividad de ciertos sectores de opinión a coger las cosas por donde queman. Y claro, tratándose de cocinas...

Lo más sorprendente es que el mosqueo partiera de personas a cuya condición femenina se unía la de juristas; y además en algunos casos próximas al partido del gobierno. Personas con buenos motivos para saber que el ministro no tiene demasiado claro eso de las funciones del Consejo y que además ha demostrado una particular preocupación y un interés especial por los aspectos culinarios de lo institucional. A tal extremo que quizás la verdadera *reforma Múgica* es la que con toda probabilidad le hará pasar, no a la historia de la justicia, sino a la *Guía Michelin*, como saben muy bien los comensales del Palacio de Parcent.

● Prisión provisional, ¿para qué?

La prisión provisional, como es bien sabido, se lleva bastante mal con el principio de presunción de inocencia. Podría decirse incluso que el uso de la primera en un sistema procesal penal supuestamente regido por el segundo tiene todos los visos de ser una contradicción insuperable.

Como también se sabe, el más socorrido recurso para tratar de vivir en paz con la contradicción está en el argumento de que la terrible medida cautelar responde sólo a necesidades *procesales*. Se orienta básicamente a colocar al reo en una situación de *disponible* respecto del juez instructor, primero, y después del tribunal.

Pues bien, la forma tan singular como la administración penitenciaria española administra la prisión preventiva puede dejar definitivamente sin argumentos a los partidarios del instituto.

Ello se debe a que, como le constará a cualquier persona familiarizada con el tema, es ya un lugar co-

mún entre los profesionales de la justicia que no hay imputado que resulte más difícil ver sentado en el banquillo que aquel que se encuentra bajo la custodia de Instituciones Penitenciarias. De lo que deriva una interminable *cadena* de suspensiones, nuevos señalamientos, retrasos en los juicios...

A tal punto es así, que Txiki Benegas, haciendo gala de una exquisita sensibilidad crítica y ante la gravedad de la situación, se ha visto dolorosamente obligado a denunciar desde la tribuna del Club Siglo XXI que «la justicia es lenta e incoherente...»

● De misa y olla

«Como representante del Poder Judicial en las provincias de Sevilla, Córdoba, Cádiz y Huelva, me es muy grato convocarle a la misa del Espíritu Santo y a la comida que con motivo de la apertura del año judicial, celebraremos con la presencia de los Excelentísimos Señores Presidentes y Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en esta capital, el próximo viernes día 28, a las 14,30 horas, en el Restaurante Juliá de la avenida de la Palmera. Quien lo desee puede venir acompañado de su cónyuge y el precio del cubierto será de 3.700 pesetas.

Esperamos contar con tu presencia en este acto que nos permite reanudar una larga tradición y nos brinda la oportunidad excepcional de tener un siempre beneficioso contacto entre todos.

Las invitaciones podrán retirarse en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Sevilla y en el propio restaurante. Antonio Muñoz Quiroga.

La misa tendrá lugar a las 13,30 horas en la capilla de la Hermandad de los Estudiantes (Universidad).»

La verdad es que, puesta a restaurar, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla tiene todavía mucho camino por delante: no hace tanto tiempo que sus componentes *procedían* cada mañana al rezo del ángelus.

* Sección a cargo de la redacción.

• ¡Qué cruz!

Ilustrísimo señor canciller secretario de la Cancillería de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Acaba de llegar a mi poder su atento oficio de fecha 22 del pasado mes de diciembre, comunicándome la concesión de la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort.

Agradeciéndole la noticia debo manifestarle que sintiéndolo mucho no me es posible aceptar tal distinción, lo que me permito poner en su conocimiento a los oportunos efectos.

Las consideraciones que me han conducido a tal renuncia son fundamentalmente las que me permito pasar a exponerle:

a) *Razones de modestia personal*, ya que no me considero merecedor de tan alta recompensa, puesto que habiendo accedido al Tribunal Supremo en el mes de abril de 1977 para ocupar el cargo que en aquella época se denominaba Abogado Fiscal de dicho Alto Tribunal y actualmente Fiscal del T.S., y desde el 31 de marzo de 1982 Magistrado de la Sala 1.ª del mismo Alto Tribunal por el turno cuarto, es obvio que el hecho de haber llegado mi jubilación después de doce años en referido Tribunal sin que tal distinción me hubiera sido otorgada, pone de relieve cómo mi dedicación y funcionamiento durante ese dilatado período de tiempo no fue lo debidamente técnico ni experto, razón por la cual estimo que su actual concesión no es en realidad otra cosa que un encomiable acto de liberalidad misericordiosa de la Orden de San Raimundo de Peñafort para confortar en la medida de lo posible a quien no es merecedor de tan alta condecoración.

b) *Razones de personal inmodestia*, propias de un ser humano. Si reiterando en parte lo antes indicado, mi acceso a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo como Magistrado de la misma se operó por el turno de juristas de reconocido prestigio; si, además, he sido profesor titular, por oposición, como consta en

mi currículum, de Derecho Procesal en situación de excedencia voluntaria desde mi nombramiento como Magistrado de dicha Sala; si también he sido —véase mi currículum— profesor encargado de Cátedra de Filosofía del Derecho y Derecho Natural durante doce o trece años en la Facultad de Derecho de Valladolid; si igualmente he desempeñado durante seis o siete años en referida Facultad el cargo de profesor ayudante de clases prácticas; si mis publicaciones, entre libros en el verdadero sentido de esta palabra y artículos en revistas superan los cuarenta; si a mayor abundamiento, las conferencias por mí pronunciadas en diversos lugares jurídicos no son ya de detallar numéricamente; con perdón de la Orden de la que V.I. es canciller-secretario, considero con gran inmodestia que no puedo aceptar que se me otorgue a título póstumo, a manera de *limosna jubilatoria, caridad o misericordia*, dicha Orden en la categoría de Cruz de Honor, por estimar inmodestamente que me correspondería la Gran Cruz; y todo ello, sin olvidar tampoco, que si esta honorable y honrosa Orden fue principalmente constituida para distinguir a los Juristas en general y a los miembros de la Administración de Justicia —hoy Poder Judicial— en particular, es lo cierto que en los últimos quince años se viene concediendo referida Gran Cruz a personalidades por completo ajenas al Derecho y no siempre de tan reconocido mérito como la citada condecoración exige.

Por otra parte, siento poner en su conocimiento que no soy Ilmo. como se hace constar en su oficio, sino Excmo., lo que induce a pensar si acaso dicha degradación en el tratamiento pudiera ser motivadora de la para mi injustificada depreciación de la mencionada recompensa.

Y concluyo lamentando una vez más no poder aceptar la, en mi opinión, inmerecida por defecto Cruz de Honor, dados los, en mi opinión, muchos merecimientos jurídicamente hablando que ostento y me harían merecedor de la Gran Cruz.

De V. I. se despide afectuosamente.

Mariano Fernández Martín-Granizo

**LA OBJECION DE CONCIENCIA AL
SERVICIO MILITAR Y LA
PRESTACION SOCIAL
SUSTITUTORIA**

Antonio Millán Garrido

**EL DERECHO A LA TUTELA
JUDICIAL**

Angela Figueruelo Burrieza

**PASADO Y PRESENTE DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

Oestreich, G., Sommermann, Karl-Peter

TERRORISMO Y DERECHO

Juan Terradillos Basoco

**LA APLICACION DEL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS EN ESPAÑA**

Carlos Fernández de Casadevante

**LOS DELITOS RELATIVOS A
DROGAS TOXICAS,
ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS
PSICOTROPICAS**

José Luis Díez Ripollés

LA PREVARICACION JUDICIAL

Mercedes García Arán

**LA IMPRUDENCIA PUNIBLE EN LA
ACTIVIDAD MEDICO-QUIRURGICA**

Agustín Jorge Barreiro

**EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS
INFORMADORES**

Alfonso Fernández-Miranda
Campoamor

**EL TRABAJO DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

Margarita Ramos Quintana

CONSTITUCION Y DEMOCRACIA

Manuel Aragón Reyes

JUSTICIA/CONFLICTO

Perfecto Andrés Ibáñez

**LA ORDENACION
CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA**

Roberto Blanco Valdés

EL PACTO DE RETROVENTA

Enrique Rubio Torrano

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN MATERIA
FINANCIERA Y TRIBUTARIA**

Javier Lasarte y otros

**LAS TRANSFORMACIONES DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

Ignacio Ara Pinilla

**EL NUEVO PROCEDIMIENTO
LABORAL**

Alfredo Montoya y otros

**LAS DIMENSIONES
INTERNACIONALES DEL DERECHO
HUMANITARIO**

Unesco

**LA PARTICIPACION EN EL DELITO
Y EL PRINCIPIO DE
ACCESORIEDAD**

Enrique Peñaranda Ramos

**EL DERECHO A LA
AUTODETERMINACION
INFORMATIVA. LA PROTECCION
DE LOS DATOS PERSONALES
FRENTE AL USO DE LA
INFORMATICA**

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

TECNOS
NAYA



EDITORIAL TECNOS
Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID
Tel. 320 01 19

De venta en las principales librerías. Solicite catálogo al
apdo. 14632 Ref. D de C. 28080 MADRID
Comercializa
GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.
Ferrer del Río, 35. Tel (91) 564 34 12
28028 MADRID