

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

L. Ferrajoli, La guerra y el derecho. **R. Grasa**, La guerra del Golfo. **N. García Rivas**, Insumisos en prisión. **E. Rodríguez Achútegui**, Deserción, objeción y estado de necesidad. **M. A. Cobos Gómez de Linares**, El caso de la mujer condenadita. **M. A. García Herrera**, Aborto y objeción de conciencia. **L. Varela Castro**, Proceso penal y publicidad. **A. Jorge Barreiro**, Imputado: garantías, pero menos. **J. Fernández Entralgo**, Las entendederas del ministerio fiscal. **A. Ferrer García**, Internamientos de urgencia. **F. J. de Lucas**, Xenofobia, racismo y unidad europea. **C. Pico Lorenzo**, El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. **F. Guichard**, Huelga de la magistratura en Francia. **P. L. Zanchetta**, Huelga en la justicia italiana. **H. N. J. Vaccari**, La justicia en Argentina en 1991.

En este número: Miguel A. Cobos Gómez de Linares, *profesor titular de Derecho Penal*. Universidad Complutense (Madrid).
Jesús Fernández Entralgo, *magistrado*. Audiencia Provincial de Madrid.
Luigi Ferrajoli, *catedrático de Teoría General y Filosofía del Derecho*, Universidad de Camerino.
Ana Ferrer, *juez de instrucción* (Madrid).
Miguel A. García Herrera, *catedrático de Derecho Constitucional* (Bilbao).
Nicolás García Rivas, *profesor titular de Derecho Penal*. Universidad de Castilla-La Mancha).
Rafael Grasa, *profesor de Relaciones Internacionales*. Universidad Autónoma (Barcelona).
François Guichard, *magistrado y presidente de MEDL* (Estrasburgo).
Alberto Jorge Barreiro, *magistrado*. Audiencia Provincial de Madrid.
Celsa Pico Lorenzo, *magistrada*. Tribunal Superior de Justicia. Barcelona.
Francisco Javier de Lucas, *catedrático de Filosofía del Derecho* (Valencia).
Edmundo Rodríguez Achútegui, *secretario judicial* (Sevilla).
Horacio N. J. Vaccari, *magistrado* (Buenos Aires).
Luciano Varela Castro, *magistrado*. Audiencia Provincial de Pontevedra.
Pier Luigi Zanchetta, *sostituto procuratore della Repubblica* (Torino).

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).

Deposito legal: M. 15.960-1987 Unigraf, S. A. Móstoles (Madrid).

INDICE

| | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| Debate | 3 |
| — <i>La guerra y el derecho</i> , Luigi Ferrajoli. | |
| — <i>La guerra del Golfo, los cambios en el sistema internacional y la aportación militar española</i> , Rafael Grasa. | |
| — <i>Los insumisos en prisión: el máximo rigor penal contra la objeción de conciencia</i> , Nicolás García Rivas. | |
| — <i>Deserción, objeción y estado de necesidad</i> , Edmundo Rodríguez Achútegui. | |
| — <i>El caso de la mujer condenada</i> , Miguel A. Cobos Gómez de Linares. | |
| — <i>Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas</i> . | |
| Estudios | 29 |
| — <i>Aborto y objeción de conciencia</i> , Miguel A. García Herrera. | |
| — <i>Proceso penal y publicidad</i> , Luciano Varela Castro. | |
| Teoría/práctica de la jurisdicción | 45 |
| — <i>Imputado: garantías, pero menos. (La sentencia del Tribunal Constitucional 187/1990, sobre el procedimiento abreviado)</i> , Alberto Jorge Barreiro. | |
| — <i>Las entendederas del ministerio fiscal. (El sospechoso oficio de paseante)</i> , Jesús Fernández Entralgo. | |
| — <i>Internamientos de urgencia</i> , Ana Ferrer García. | |
| Dossier: la infra-condición de extranjero | 67 |
| — <i>Xenofobia, racismo y unidad europea. (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)</i> , F. Javier de Lucas. | |
| — <i>El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos</i> , Celsa Pico Lorenzo. | |
| Internacional | 85 |
| — <i>Juristas en favor de la paz</i> . | |
| — <i>Las tres jornadas de huelga de la magistratura en Francia</i> , François Guichard. | |
| — <i>Huelga en la justicia italiana</i> , Pier Luigi Zanchetta. | |
| — <i>La justicia en Argentina en 1991</i> , Horacio N. J. Vaccari. | |
| — « <i>La independencia judicial en Latinoamérica</i> ». Seminario Internacional en Buenos Aires. | |
| Apuntes | 103 |
| — <i>Prudencia, coordinación, el Pisuerga y Valladolid</i> . | |
| — <i>También presos</i> . | |
| — <i>Presunción de inocencia reforzada (y remunerada)</i> . | |
| — <i>¿Tenencia lícita de armas?</i> | |
| — <i>Tener o no tener... un pincho</i> . | |
| — <i>Otra de presunción de inocencia</i> . | |

DEBATE

La guerra y el derecho

Luigi FERRAJOLI

1. Ahora que la guerra ha terminado, con su trágico balance de muertos, resulta oportuno volver a reflexionar y a discutir, si es posible con serenidad y con respeto para los argumentos de los demás, sobre su legitimidad. La cuestión es de fondo. El sentido del derecho sobre la guerra y la paz que se forme en la conciencia de los hombres y, sobre todo, si la guerra va a resultar en el futuro legitimada como medio de solución de las controversias internacionales, depende efectivamente del modo en que esta guerra sea juzgada y recordada.

Esta guerra supone un cambio de inflexión en la historia de la humanidad. Y cambia radicalmente nuestro horizonte existencial. Lo cambia puesto que la guerra —que había sido removida de nuestro horizonte como un mal absoluto, prohibido como un tabú por los pactos constitucionales e internacionales estipulados después de la segunda guerra mundial— no sólo se ha producido, sino que ha sido legitimada como justa y conforme al derecho por los gobiernos occidentales, por la gran prensa, por voces autorizadas de la cultura. Esta es su terrible novedad. Ha habido otras guerras en estos cuarenta y cinco últimos años. Pero es la primera vez que en torno a la tesis de la legalidad de la guerra —en cuanto «guerra de la ONU» o todavía peor «autorizada por la ONU»— se ha formado, en los países de Occidente, un consenso tan amplio. Es obvio que el hecho de que esta tesis haya circulado a nivel oficial no quiere decir que sea fundada. Pero se corre el riesgo de que sea aceptada y se establezca acríticamente en las conciencias.

En la discusión —debo decir que no edificante— sobre la justificación de la guerra, desarrollada durante las pasadas semanas se ha tratado de manera indiferenciada, confundiéndolas a menudo, dos cuestiones distintas: la de la *legitimidad* o *legalidad*, y la de la *justicia* de esta guerra. Los intervencionistas, o si se prefiere los justificacionistas, entre los cuales se han situado inesperadamente muchos filósofos de la moral y de la política, han preferido argumentar el apoyo a la guerra en el terreno ético-político de la justicia, ignorando el jurídico de la legalidad o incluso confundiendo las dos esferas. Con el resultado de que el tratamiento indistinto de los dos problemas ha tenido el efecto no sólo de confundir los términos de uno u otro, sino, sobre todo,

de acreditar, tras de genéricas disertaciones sobre la justicia de la guerra, la tesis de su legalidad.

Los dos problemas son por el contrario del todo diversos, aunque relacionados entre sí. Diversos, porque tienen que ver con diversos parámetros de valoración. El problema de la *ilegalidad* o de la *no legalidad* de la guerra es una cuestión jurídica que depende de la inexistencia o de la existencia de normas de derecho positivo que la prohiban. El problema de la *justicia* es en cambio una cuestión ético-política independiente de lo que dicen o no dicen las normas jurídicas y hace referencia únicamente a la esfera de la moral y de la política. Una guerra puede ser lícita, porque no prohibida ni por el derecho interno ni por el internacional, y, sin embargo, ser juzgada injusta. Pero puede ser también considerada justa, como en el caso, por ejemplo, de las guerras de liberación o de resistencia, y ser no obstante ilegítima porque contraria al derecho. Los juicios en términos de legalidad, en suma, son juicios de hecho; los juicios en términos de derecho son juicios de valor. Y no son derivables los unos de los otros.

Pero hay un sentido en el que los dos problemas guardan conexión entre sí. He hablado hasta ahora de *guerra no ilegal* o *no ilícita* y no de *guerra legal* o *legítima*, porque «guerra legal» o «legítima» es una contradicción en los términos. Y así llevo al nexo que, en tema de guerra, relaciona legalidad y justicia, derecho y moral. La guerra puede ser justificada con razones extrajurídicas, de tipo económico, político y hasta moral; puede también ser considerada lícita o no ilegal, cuando no existan normas de derecho positivo que la prohiban. Pero no podrá ser nunca calificada de legal, porque la contradicción entre derecho y guerra no lo permite. El derecho es, en efecto, por su naturaleza un instrumento de paz, es decir, una técnica para la solución pacífica de la controversia y para la regulación y la limitación del uso de la fuerza. Se justifica —en la cultura jurídica moderna, a partir de Hobbes— como remedio al *bellum omnium*. La paz es su esencia íntima, y la guerra su negación o, cuando menos, el signo y el efecto de su ausencia en las relaciones entre los hombres y del carácter prejurídico, falto de reglas y salvaje de las mismas.

Ha sido precisamente esta ausencia del derecho

en materia de guerra lo que ha caracterizado las relaciones entre los estados hasta la refundación del derecho internacional que fue la institución de las Naciones Unidas. Existían ciertamente, antes también de la Carta de la ONU, normas de derecho humanitario sobre la guerra: sobre el tratamiento de los prisioneros, contra el bombardeo de las ciudades, etc. Pero no existía la prohibición jurídica de la guerra, y tanto menos organismos internacionales supraestatales investidos del uso de la fuerza armada. El *ius belli* constituía por el contrario un elemento esencial de la soberanía del estado. No era posible por consiguiente hablar de guerras legales o de guerras ilegales. La guerra no era ni legal ni ilegal. Tan sólo era jurídicamente incalificada, y por ello lícita o si se quiere no-ilícita. Las relaciones entre estados, en efecto, carecían de reglas, eran todavía las propias del estado de naturaleza descritas por Hobbes en el *Leviatán*, cuando escribe que quizás «no ha existido nunca una época en la que cada hombre estaba en guerra con otro hombre» pero ciertamente este estado de guerra virtual y permanente ha existido siempre en la comunidad salvaje de los estados, los cuales «se encuentran en la posición de los gladiadores, con las armas apuntando, con sus fuertes, sus guarniciones y sus fusiles en las fronteras: en una posición de guerra». Una comunidad salvaje —repite Locke en el *Segundo Tratado* y Kant en el *Proyecto filosófico para la paz perpetua*— en la que la soberanía es el equivalente de la libertad salvaje del estado de naturaleza.

2. La cuestión de la «guerra justa», inopinada e inoportunamente desempolvada en Italia en estos días, fue por consiguiente durante siglos la única cuestión que tenía algún sentido en materia de valoración de la guerra. Una cuestión, téngase en cuenta —y éste es el punto esencial—, que ha sido siempre planteada y tratada por el pensamiento jurídico y filosófico no tanto (o no solamente) para justificar las guerras justas, como por el contrario para limitar o deslegitimar en el terreno moral o del derecho natural —en ausencia de normas internacionales de derecho positivo que las limitasen o deslegitimase en el plano jurídico— las guerras injustas: es decir, para poner límites y frenos iusnaturalistas, en el plano de la justicia y de la moral, al derecho de guerra jurídicamente absoluto. La idea de la guerra justa —clásicamente enunciada por Santo Tomás que formuló las tres *iusti belli conditiones* (*iusta causa, auctoritas principis, intentio recta*) y retomada después por Alberigo Gentili y Francisco Suárez— fue concebida en suma no para legitimar, sino para frenar el recurso a la guerra en tiempos en los que la guerra era un medio ordinario de solución de las controversias internacionales. Y con ella se conectan las tradicionales justificaciones doctrinales de la guerra: la idea de la guerra como reparación, o bien como sanción.

Pues bien, todas estas justificaciones entraron en crisis en la época contemporánea en el plano de la justicia, antes aun que en el jurídico de la legalidad. Mejor dicho: entraron en crisis en el plano del derecho, con la exclusión de la guerra de la Carta de la ONU, precisamente porque se revelaron inaceptables en todo caso en el de la justicia. Y esto por un hecho muy simple. El fenómeno de la «guerra» con-

temporánea ha cambiado su naturaleza con respecto al de las guerras tradicionales. Ya no tolera como tal las justificaciones del viejo derecho natural, cuyos viejos límites a la guerra han resultado ser del todo inadecuados e insuficientes.

Insisto en este punto. En contra de un lugar común que hemos oído repetir en estos meses, no es verdad que la guerra, en el sentido moderno de aniquilamiento del adversario, haya existido siempre. Al contrario, éste es un fenómeno rigurosamente moderno, incluso contemporáneo, producido con los potentísimos medios destructivos creados por la tecnología militar. Las guerras tradicionales, todavía hasta el siglo pasado, consistían en enfrentamientos circunscritos, de ejércitos de profesionales que se enfrentaban en campo abierto bajo el mando directo de sus reyes y generales. Eran en suma una especie de duelos o torneos en los que la población civil por lo general no participaba. Y por más que pudieran estar animados por una brutal voluntad de aniquilamiento, encontraban —por intensidad y por extensión— los límites objetivos de la naturaleza primitiva de los medios militares. Cosa bien distinta es la guerra contemporánea: no sólo la atómica, sino también la convencional, que se desenvuelve con misiles y bombardeos sobre las ciudades y que ha anulado todos los límites naturales que en el pasado habían circunscrito la lógica de destrucción intrínseca a la guerra.

Si ésta es hoy la guerra, el viejo paradigma de la guerra como sanción o reparación es del todo inutilizable. Antes que nada porque la guerra actual, golpeando inevitablemente también a las poblaciones civiles, es una sanción infligida a los inocentes, en contraste con el elemental principio de la responsabilidad personal y de la exclusión de la responsabilidad por hechos ajenos. En segundo lugar, porque la guerra ha llegado a ser desmesurada e incontrolable, sujeta inevitablemente a *escalation* hasta la destrucción del adversario, y como tal desproporcionada a cualquier violación. No hay duda de que Sadam Hussein cometió con la ocupación de Kuwait un crimen gravísimo. Pero ningún crimen justifica la matanza de decenas de miles de inocentes, cuya única culpa consistía en ser gobernados por un dictador feroz e irresponsable. Y ninguna proporción existe entre la ofensa, desde luego grave, de la ocupación de Kuwait y los terribles bombardeos de Bagdad y Bassora, o peor aún la masacre de decenas de miles de soldados iraquíes en fuga cuando ya el objetivo de la liberación de Kuwait había sido alcanzado. Sin contar con que ha sido sólo por la falta de resistencia por parte de Irak por lo que no se ha recurrido al uso de la bomba atómica, contemplado y perfectamente coherente con la lógica irrefrenable de la guerra.

En suma la guerra entre estados, precisamente por sus intrínsecas características destructivas, no admite hoy justificaciones morales y políticas. Es de por sí un mal absoluto, con respecto al cual todos los viejos *límites iusnaturalistas* de la guerra justa resultan ahora insuficientes, al haber quedado desbordados todos los *límites naturales* a sus capacidades destructivas. Por su carácter, la guerra es regresión al estado salvaje o de naturaleza del *homo homini lupus*. Con la diferencia de que la sociedad salvaje

REPERTORIO CRONOLOGICO DE LEGISLACION

Para ir por delante

La suscripción más completa y con más ventajas del mercado español le ofrece este año, además, importantísimas novedades.

NOVEDADES 1991

GRATIS ESTE AÑO



I. LA ACTUALIDAD JURIDICA TIENE NUESTRO NOMBRE.

Con esta suscripción una REVISTA SEMANAL DE ACTUALIDAD con información sobre la Normativa estatal, autonómica y comunitaria más importante, la Doctrina y un avance práctico de las sentencias y resoluciones de los distintos Tribunales.

II. DEROGACIONES Y MODIFICACIONES.

III. INDICE CRONOLOGICO DE DISPOSICIONES DEROGADAS.

PUNTUALIDAD E INMEDIATEZ.

1 Con absoluta puntualidad, recibirá varios envíos semanales con la información más reciente publicada en el B.O.E., perfectamente analizada, ordenada y referenciada, en pliegos desechables cortados y grapados en formato de Revista y con un SUMARIO en portada, con las disposiciones ordenadas alfabéticamente, destacando en negrita las de rango de ley y con un astensco las modificaciones y derogaciones, además de abundante bibliografía.

FACIL CONSULTA Y COMPLETISIMA INFORMACION.

2 Cada 60 pliegos desechables, el suscriptor recibe esa misma información en volumen perfectamente encuadernado con unos Indices de muy fácil manejo: INDICE CRONOLOGICO, POR DISPOSICIONES, POR MATERIAS Y DE DISPOSICIONES DEROGADAS. El volumen último de la colección del año incluye un Índice General Fin de Tomo.

GRAN CALIDAD DE SUS INDICES MUY PRACTICOS Y DE FACIL MANEJO.

3 El Índice Progresivo de Legislación para la consulta fácil y rápida de cada disposición.

4 Un Índice que refunde en un único volumen los doce Indices mensuales.

SUSCRIBASE A LA MEJOR OFERTA DEL AÑO.
ESCRIBA O LLAMENOS.

ARANZADI
EDITORIAL

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

Servicio de atención al cliente:
Tfnos: (948) 33 12 51 - 33 06 62

Solicito, sin compromiso, más información Ref: 5 R/L
BONO RESPUESTA
Sr
Dirección
Tel
Ciudad
C Postal

de los estados no es una sociedad de lobos naturales, sino una sociedad de *lobos artificiales*, es decir, de aquellos «hombres artificiales», como los llamó Hobbes, que son los estados, creados por los hombres para la tutela de sus derechos y que hoy pueden escapar a su control y revolverse contra sus creadores como máquinas artificiales virtualmente capaces de destruirlos.

3. Así, fue precisamente esta conciencia de la absoluta falta de justificación de la guerra y de su actual potencial destructivo lo que está en el origen tanto de la Carta de la ONU como de la Constitución italiana. La Carta de la ONU ha desterrado la guerra, en su solemne preámbulo y después en su artículo 11, porque la guerra ha llegado a ser inaceptable, y el derecho internacional ha cambiado de naturaleza, porque ha cambiado de naturaleza la guerra. Incorporando como principio fundamental la prohibición de la guerra, la Carta de la ONU, y en lo que nos afecta la Constitución italiana, han transformado la injustificabilidad moral de la guerra —de cualquier guerra— en su ilegalidad o ilicitud. De este modo, la cuestión de la injusticia de la guerra ha sido en gran parte superada por la afirmación de su ilegalidad. Este es, por lo demás, el valor garantista del derecho positivo. Este transforma el principio de la paz en derecho cierto y vigente, anclado en normas positivas y sustraído al carácter de opinables que es propio de los juicios de valor en materia de justicia.

No quiero repetir aquí el elenco de todos los perfiles de ilegalidad de esta guerra. Me limito a recordar que la Carta de la ONU y la Constitución italiana —escritas, no se olvide, en el mismo clima moral y cultural creado por los horrores de la segunda guerra mundial— presentan el mismo esquema normativo. Tienen en común no sólo la interdicción de principio de la guerra «como medio de resolución de las controversias internacionales», sino también la única excepción admitida: la guerra de «defensa», que en rigor no es «guerra», sino legítima defensa frente a la guerra, y que el artículo 51 de la Carta reserva a los estados agredidos «hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz», y el artículo 52 de la Constitución italiana prevé como «deber sagrado e inviolable» en «defensa de la patria». Fuera de la autodefensa, el único ejercicio de la fuerza permitido por la Carta de la ONU es el disciplinado en su capítulo VII y reservado, exclusiva y directamente, al Consejo de Seguridad, en las formas y con los límites establecidos en los artículos 42 y siguientes, cuando «hayan demostrado ser inadecuadas» las demás medidas coercitivas para la tutela de la paz.

Por otra parte, la diferencia entre la «guerra» y el «empleo de la fuerza» regulado en el capítulo VII de la Carta de la ONU —que lo prevé como extrema medida constrictiva, poniéndolo bajo el control del Consejo de Seguridad y bajo la dirección estratégica del Comité de Estado Mayor— no es una diferencia formal que pueda ocultarse con un simple juego de palabras, llamando a la guerra como ha hecho el Gobierno italiano «operación de policía». La diferencia es sustancial. Es la misma diferencia que existe entre pena y venganza, entre el derecho y to-

marse la justicia por su mano: uno es la negación de la otra, y por esa negación se define. La guerra es por su naturaleza un uso de la fuerza desmesurado e incontrolado, dirigido al aniquilamiento del adversario. Una operación de policía se limita por el contrario al uso de la fuerza estrictamente necesario no ya para «vencer», sino únicamente para restablecer la legalidad violada. Una guerra puede plejarse a los fines e intereses particulares de los estados a los que se confía. Una operación de policía no tiene otro fin que el restablecimiento de la paz. La última fase de la guerra —la masacre de decenas de miles de soldados en territorio iraquí, cuando la retirada incondicional de Kuwait había sido plenamente asegurada por Irak— ha hecho caer cualquier velo sobre la diferencia entre ambas cosas.

Naturalmente la guerra puede resultar bastante más eficaz y resolutive que el uso de la fuerza bajo el control de la ONU. Pero en esto radica precisamente la fundamental diferencia entre ambas cosas. El derecho —o sea el embargo metódico y paciente, y después el uso regulado y controlado de la fuerza, con sus formas, sus garantías y sus procedimientos— es por su naturaleza un medio más costoso, más lento y menos eficaz que el uso sin reglas de la fuerza, es decir, que la guerra. Y entre sus costes está siempre el riesgo de cierta ineffectividad. Nadie sostendría que el derecho penal interno sea siempre efectivo. En Italia el estado no consigue imponerse a la mafia. Pero nadie piensa que para derrotar a la mafia sea lícito cualquier medio, incluidos la tortura, los bombardeos de las localidades mafiosas, el fusilamiento de los sospechosos; o que para poner fin al robo de un banco la policía puede intervenir con bombas y carros armados y provocar una matanza. Por eso la ONU, autorizando la guerra, ha traicionado a su razón de ser. La ha traicionado como la traicionaría el estado autorizando la guerra —es decir, el uso de medios sin regla e ilimitados— contra uno de sus ciudadanos. Ya que la guerra —y más aún la guerra destructiva de nuestros días— es regresión al estado salvaje y negación del derecho.

4. Si todo esto es cierto, el futuro de la ONU, es decir, su supervivencia como institución e instrumento de paz, depende hoy de la reflexión crítica que se haga sobre lo que ha sucedido. No sólo y no tanto porque es absurdo pensar que la ONU pueda salir no diremos reforzada, sino al menos indemne, de las ruinas de una guerra consentida por ella misma que dejará sobre el tapete, agravadas dramáticamente, todas las causas remotas que la han provocado. Sino sobre todo porque la ONU no tiene sentido, ni valor y ni siquiera eficacia si en lugar de resolver pacíficamente los conflictos los agudiza hasta la guerra; si se aliena pueblos enteros generando en ellos rabia, odio y frustración; si sanciona la separación entre norte y sur del mundo y entre países de primera y de segunda categoría.

El futuro de la ONU dependerá, por consiguiente, de como sea vivida la «victoria»: si con la convicción de que ha triunfado la legalidad internacional, o si, por el contrario, con la amarga conciencia de que la misma ha sido derrotada. En el primer caso tendremos pocas esperanzas de que el nuevo gobierno mundial sea algo distinto de un gobierno ame-

ricano fundado en la fuerza, en la desigualdad y en el descrédito del derecho. En el segundo caso, si se reconoce el error, cabe que ello sirva como lección y que sea posible, sobre la base de una severa autocrítica, poner en marcha una refundación de la ONU: a través de la supresión de las posiciones de privilegio de las grandes potencias; la instauración de un sistema más justo e igualitario de relaciones entre los estados capaz de pretender una efectiva limitación de su soberanía; la prohibición para todos los países del mundo de producir y tener armas; la institución, en fin, de una jurisdicción internacional para la tutela de los derechos universales de todos los hombres incluso frente a sus gobiernos y del derecho a la autodeterminación de todos los pueblos.

El ministro de Justicia Martelli ha ironizado sobre el *appello* de 800 juristas italianos titulado «Contra la guerra. Las razones del derecho»*. Si tenéis razón, si el derecho más justo de vuestra parte —nos ha dicho—, os desafío a procesar al Gobierno, al Parlamento, al Consejo de Seguridad de la ONU. Hemos de recordar a nuestro ministro lo que constituye un límite intrínseco del derecho: éste se apoya en la fidelidad de los órganos superiores del ordenamiento a sus leyes fundamentales. Y se lo recordamos con las palabras con las que se cerraba la Constitución francesa del año III: «El pueblo francés confía la presente Constitución a la fidelidad del cuerpo legislativo y de sus órganos ejecutivos y a la vigilancia y el coraje de todos los franceses».

Es cierto. Esta fidelidad puede decaer. Gobiernos y mayorías pueden muy bien violar las normas fundamentales. Pueden también conseguir hacer pasar sus propias razones como derecho. Pero esto no significa que sus violaciones sean legítimas. El mun-

do está lleno de ordenamientos dotados de constituciones avanzadísimas y sistemáticamente traicionadas por sus gobiernos. En el ordenamiento internacional, y por lo que nos afecta en nuestro ordenamiento, ha sucedido, con la guerra, algo similar: una violación del principio fundamental de ambos, enmascarado de restauración del derecho.

Hoy todos celebran triunfalmente la victoria, cantando a la paz y a la legalidad restaurada: los más de cien mil muertos son un accidente del camino. Sin embargo, tenemos que decir que se ha tratado de un crimen, y hacer que como tal sea recordado. Para garantizar nuestro futuro. Y para extraer lecciones del pasado. Y si hoy, frente al coro de consensos, resulta difícil ser optimistas, no podemos no serlo a largo plazo, por el valor normativo que, no obstante sus desventuras, debemos seguir reconociendo al derecho. Ciertamente «sorprende», polemizaba hace dos siglos Emanuel Kant contra los estados que continuaban invocando el derecho en favor de sus guerras, «que la palabra *derecho* no haya podido todavía ser expulsada por pedante de la política de guerra y que ningún estado haya osado todavía declararse abiertamente en favor de esta última... Y sin embargo, este homenaje, que al menos de palabra todo estado rinde a la idea del derecho, demuestra que en el hombre se encuentra una disposición moral más fuerte, aunque actualmente dormida, destinada a prevalecer un día sobre el principio del mal que hay en él: de otro modo, en efecto, la palabra *derecho* no vendría nunca a la boca de los estados que quieren agredirse, si no para tomarla a broma».

(Trad. Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

* Se incluye en este mismo número: cfr. «Juntas en favor de la paz. Italia».

La guerra del Golfo, los cambios en el sistema internacional y la aportación militar española

Rafael GRASA

La crisis, guerra y postguerra del Golfo ha devuelto de nuevo al primer plano la conciencia de la complejidad del sistema internacional. De hecho, resulta imposible comprender lo sucedido desde la inicial reacción de sorpresa tras el día 2 de agosto de 1990 la noticia de la invasión de Kuwait por Irak, sin tomar en consideración algunos rasgos de la evolución de las relaciones internacionales en las dos últimas décadas.

Aunque a partir de los años sesenta el sistema establecido tras la segunda guerra mundial se fue alterando profundamente en muchos aspectos, la persistencia de la contestación bipolar alentó cierta percepción estática de la globalidad, relegando temporalmente a un segundo plano la consideración de la importancia futura de los cambios que se estaban produciendo. Al derrumbarse el sistema político de los países de socialismo real y sus mecanismos de economía planificada era objetivamente más fácil percatarse de ellos; sin embargo, la alegría por el fin de la «guerra fría» y la difuminación del enfrentamiento Este-Oeste, la discusión sobre el «dividendo de la paz» que iba a generar el proceso de desarme, el renovado prestigio de las Naciones Unidas y su creciente papel en la solución de crisis regionales (...) centró la atención en el sueño de un mundo con un bajo potencial de conflictos.

CAMBIOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

Veamos, pues, tras despertar de esa ilusión a partir del 2 de agosto de 1990, los principales rasgos de los cambios del sistema internacional.

En primer lugar, en el mundo actual se constata la existencia de una pluralidad de centros y la consiguiente fragmentación de liderazgos (militar, económico, tecnológico...) entre las diversas potencias del mundo desarrollado, paralelo al proceso de mundialización de las relaciones económicas internacionales y a la aparición de nuevas formas de división internacional del trabajo. Ello ha fomentado la competencia entre esas potencias y la regionalización o reparto de las zonas de influencia.

En segundo lugar, puede hablarse de la existencia de un único sistema económico, en el que las al-

tas tasas de crecimiento de los años 1945 a 1970¹ se han reducido prácticamente a la mitad, acentuándose las fracturas del sistema y los cambios en las pautas comerciales. El resultado final ha sido doble: a) un constante efecto centripeto entre las economías industriales: las pautas de consumo, los patrones tecnológicos y los niveles de vida e ingresos globales se han acercado mucho (la diferencia entre los ingresos por habitante no superan la pauta 1 a 3; b) un creciente efecto centrífugo en la relación entre el Norte y el Sur (que convierte la distancia entre ambas zonas en un abismo), así como en las relaciones intra-Sur (la diferencia entre las economías de mayor y menor desarrollo, medida en ingresos por habitante, es 10 veces superior a la que existe entre los países del Norte).

Ello supone, en tercer lugar, que el proteccionismo de los países del Norte, la centralidad del intercambio de manufacturas en el mercado mundial, la menor (aunque importante) dependencia de los países industrializados de las importaciones del petróleo², la expansión de las empresas transnacionales, los nuevos sistemas de comercialización y otros fenómenos han quebrado el vínculo tradicional centro-periferia y han desvinculado en parte el desarrollo del Norte del crecimiento del Sur. Así, la participación de los países del Sur en las exportaciones mundiales no representa más que el 20 por 100 del total, frente al 30 por 100 de los años cuarenta. Ello significa que se ha incrementado la centralidad de los flujos comerciales intra-Norte³. Las inversiones, por su parte, siguen la misma tendencia, incluso más acentuada: el 80 por 100 de las inversiones privadas directas internacionales van de unos a otros países industrializados.

En cuarto lugar, y a modo de resumen, en la medida en que la mayoría de países de África, Asia y América han visto declinar su participación en el comercio y las inversiones internacionales, no puede hablarse, más allá de la metáfora, de un enfrentamiento global del Norte con el Sur. El primero está recorrido por competencia creciente y el segundo por una incesante fragmentación. Añadamos a ello la consideración de un rasgo central de la cambiante interacción de las relaciones Este-Oeste y Norte-Sur: que las causas de la agitación e insurrección del tercer mundo eran en buena medida indepen-

¹ Crecimientos respectivos anuales de la producción y el comercio del 5 por 100 y 8 por 100.

² Significativa en el momento presente, aunque obviamente mucho menor en términos de futuro, de reservas

³ Los flujos comerciales mundiales (en miles de millones de

dólares y con cifras redondeadas) a finales de 1990 se resumen así: a) comercio interno de la Comunidad Europea, 660; b) comercio interno en Norteamérica, 165; c) comercio interno Asia/Pacífico, 300; d) comercio interno resto del mundo, 400.

**LA OBJECION DE CONCIENCIA AL
SERVICIO MILITAR Y LA
PRESTACION SOCIAL
SUSTITUTORIA**

Antonio Millán Garrido

**EL DERECHO A LA TUTELA
JUDICIAL**

Angela Figueruelo Burrieza

**RESERVAS A LA CONVENCION
SOBRE TRATADOS ENTRE ESTADOS**

Cástor Díaz Barrado

**LA MEDIACION MERCANTIL EN EL
ORDENAMIENTO LABORAL**

Tebelia Huertas Bartolomé

**LA APLICACION DEL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS EN ESPAÑA**

Carlos Fernández de Casadevante

**¿QUE LIBERTAD? EN TORNO AL
CONCEPTO DE LIBERTAD EN LA
ACTUAL FILOSOFIA POLITICA
BRITANICA**

Pablo Badillo O'Farrell

LA PREVARICACION JUDICIAL

Mercedes García Arán

**ACUERDOS DE SEDE CON
ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES CELEBRADOS
EN ESPAÑA**

Angel Chueca Sancho

**EL SISTEMA MODERNO DEL
DERECHO PENAL: CUESTIONES
FUNDAMENTALES**

Bernd Schünemann

**PROCESOS PENALES ORDINARIOS
Y ESPECIALES**

M. Gómez del Castillo y J. I. Ugalde

**TEORIA DE LAS CONSECUENCIAS
JURIDICAS DEL DELITO**

Lorenzo Morillas Cueva

JUSTICIA/CONFLICTO

Perfecto Andrés Ibáñez

**LA LEGITIMA DEFENSA DEL
TERRITORIO DEL ESTADO**

Martín Ortega Carcelén

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

tecno

EDITORIAL TECNOS

Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID
Tel 320 01 19

De venta en las principales librerías

Solicite catálogo al aptdo 14632

Rel D de C 28080 MADRID

Comercializa

GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.

Ferrer del Río, 35 Tel (91) 564 30 80 28028 MADRID

dientes de la rivalidad soviético-estadounidense y por ello parcialmente inmunes a las nuevas relaciones Washington-Moscú, postguerra fría. De hecho, ni Asia, ni África, ni América Latina fueron totalmente congeladas en el molde estratégico y político que se aplicó a Europa tras la segunda guerra mundial. No sorprende, pues, que en las últimas décadas hayan proliferado los conflictos entre países del Sur no atribuibles, al menos exclusivamente, a la rivalidad entre la URSS y los EE.UU.

O sea, que desde el punto de vista de la intervención y gestión de los actuales y futuros conflictos, a los países del Norte sólo parecen importarles algunas zonas del Sur, en particular aquéllas en que existen recursos escasos de valor estratégico (y en parte las relacionadas con la producción de estupefacientes) y las que deben cumplir el papel de tampones a movimientos migratorios masivos de población humana. Por lo demás, esas zonas sensibles para el Norte en su conjunto están también sujetas a la competencia entre sus diversos componentes, en virtud de sus intereses particulares y del proceso de regionalización del planeta entre los grandes países (o agregaciones de países) industrializados.

La crisis y guerra del Golfo, la reacción internacional, el recurso a la fuerza por parte de los Estados Unidos y algunos de sus aliados (de dentro y fuera de la zona) para restablecer el *statu quo ante*, traen a colación las especificidades de los conflictos en las zonas del Sur tras los cambios del sistema internacional.

LOS CONFLICTOS EN ORIENTE MEDIO

La zona del Próximo Oriente y Oriente Medio, y en concreto la del golfo Pérsico, pese a su gran diversidad, variedad e inestabilidad, responde bien a lo que acabo de apuntar. Desde 1928, las grandes empresas petroleras establecieron que gran parte de la península árabo-pérsica era su coto vedado, con la excepción de Kuwait, habida cuenta de que a la sazón aún no se habían descubierto sus importantes yacimientos petrolíferos. Actualmente, pee a que la OPEP no domina ya el mercado mundial del crudo ni la mayoría de sus miembros son países árabes, la gran importancia de las reservas probadas almacenadas en la zona y su fácil explotación convierten a los países del Golfo en un área claramente sensible en virtud de la petrodependencia de la economía de muchos países del Norte (véase tabla).

Reservas probadas de petróleo por zonas (En miles de millones de barriles)

| | |
|------------------------------|------------|
| Kuwait | 97 |
| Arabia Saudí | 225 |
| Irak | 106 |
| Emiratos Arabes Unidos | 97 |
| Otros países árabes | 95 |
| Países árabes (total) | 600 |
| Africa (resto) | 20 |
| América del Norte | 44 |
| América Latina | 122 |
| Europa y URSS | 78 |

De ahí el interés geopolítico de la zona y el empeño, ya antiguo, en hacerse con bases e infraestructura militar para controlar la zona y posibilitar eventuales intervenciones militares. No obstante, ni ello ni la significación económica bastan para explicar los conflictos en Oriente Medio y la actitud occidental en la región más inestable y estratégicamente preocupante del tercer mundo desde 1946. Dicho de otra manera, el petróleo es una condición necesaria, pero no suficiente de lo acaecido: las razones de los conflictos en zonas del Sur sensibles para el Norte no se agotan, pues, en la dependencia del Norte respecto de ciertos minerales y recursos estratégicos.

Se han de considerar también factores peculiares, como la especial complejidad y virulencia que toman los conflictos étnicos y confesionales en la zona, ligados en algunos casos a cambios demográficos favorables a las comunidades musulmanas (Libano) o al despertar de los shiites (con comunidades importantes en Kuwait, Irak, Bahrein, Libano, Arabia Saudí). O la creciente importancia de los flujos económico-tecnológicos y migratorios interárabes por razones de mercado de trabajo, fenómeno mucho más real y tangible que la retórica sobre el panarabismo: más del 50 por 100 de la población activa de países como Libia, Arabia Saudí, Kuwait, Emiratos Arabes Unidos, Bahrein o Qatar es extranjera, y en gran parte procedente de Egipto, Yemen o el Magreb.

También hay que tomar en consideración los enfrentamientos y conflictos entre los países de la zona, en buena medida derivados del legado colonial y la arbitrariedad del trazado de las fronteras. Así, el detonante confesado de la invasión de Kuwait es una reclamación recurrente de Irak, a propósito —entre otras zonas— de las islas de Warba y Bubián, un enclave estratégico de primera magnitud para un país que sólo tiene un puerto en la zona del Golfo, Umm al Quasr. Irak ha aducido desde la independencia de Kuwait que éstas y otras zonas de Kuwait habrían pertenecido a la antigua «provincia» otomana de Basora: seis días después de proclamarse la independencia de Kuwait (1961), se produjo el primer episodio de una crisis (con intervención de tropas británicas y luego de fuerzas multinacionales árabes), que se reproduciría en 1971, 1976 y en diversos momentos de la guerra irano-iraquí (1980-88). Ni siquiera los términos del alto el fuego definitivo decidido por el Consejo de Seguridad y aceptado por Irak, que suponen la renuncia a cuestiones fronterizas pendientes, garantizan que el tema esté definitivamente zanjado para el futuro.

Por otro lado, en el conflicto del Golfo observamos también la importancia de factores causales relacionados con intereses materiales en disputa entre los propios países del Sur. En el caso de la crisis del Golfo, las estrategias divergentes de Kuwait e Irak en el seno de la OPEP acerca de las cuotas de extracción y el precio del petróleo tras concluir la guerra irano-iraquí, que Kuwait había acompañado con una política general de sobreextracción a espaldas de las cuotas fijadas por la OPEP, y posiblemente por una explotación intensiva y unilateral del yacimiento de Rumalia, situado en una zona fronteriza en litigio (tres cuartas partes del yacimiento se hallan en territorio iraquí).

EL DISEÑO DE UN «NUEVO ORDEN INTERNACIONAL»

Así pues, no era sólo el petróleo (el suministro actual y, sobre todo, las reservas) lo que estaba en juego para la mayoría de potencias que han intervenido en el conflicto. Ello explica en parte una paradoja: que los países occidentales más decididos en el bloqueo a Irak y en la intervención armada (EE.UU., Gran Bretaña, y Francia) hayan sido los menos dependientes en la actualidad del petróleo procedente de la zona. Los Estados Unidos, además de su innegable interés en «proteger» sus (desde el accidente del Exxon Valdez en Alaska importan algo más del 50 por 100 del petróleo que consumen) reservas y por ende la relación con Arabia Saudí, han reaccionado con presteza también por motivos simbólicos y políticos, para mostrar su papel crucial en el diseño de un «nuevo orden internacional», de las reglas de juego para el futuro.

Por un lado, ya desde mediados de los setenta Henry Kissinger (secretario de Estado) y James Schlesinger (secretario de Defensa) habían declarado lo que luego sancionaría la denominada «doctrina Carter»: su intención —y capacidad— de intervenir unilateralmente en el Golfo para prevenir la interrupción de los suministros de petróleo, principio mantenido por las siguientes administraciones; desde la óptica gubernamental, la crisis exigía mostrar la credibilidad de la intención (de la «doctrina») ya en la etapa de postguerra fría, cuando se estaban rediseñando las nuevas reglas de juego y Estados Unidos ya no gozaba —como en los setenta— del liderazgo tecnológico y económico. Por otro, al ser la única superpotencia mundial en sentido político-militar, debían mostrar su decisión de convertirse en gendarme mundial y, a la vez, su capacidad de intervención rápida en un momento en que se cuestionaba su liderazgo en los restantes terrenos. Para Gran Bretaña y Francia podrían encontrarse explicaciones relativamente afines.

Tampoco en el caso de la conducta de los otros dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad los recursos petrolíferos bastan como explicación. La República Popular de China tenía motivos más que sobrados para pasar desapercibida durante la crisis y la guerra: hacer que se olvidara Tiananmen. En el caso de la URSS, Estados Unidos pudo contar con su anuencia, parcial y tácita, no en vano estaba acogotada y replegada en sus problemas internos, pese a sus importantes esfuerzos negociadores poco antes de finalizar el ultimátum del 15 de enero y antes de que se produjera la ofensiva terrestre.

LAS NACIONES UNIDAS

En otro orden de cosas, el conflicto del Golfo y el papel jugado por Naciones Unidas muestra los riesgos de la actual situación desde la perspectiva del mantenimiento de la paz, en particular en la periferia del sistema y las dudas sobre la eficacia de las Naciones Unidas como organización suficientemente autónoma de la voluntad e intereses de algunos

de sus miembros en la postguerra fría. De hecho, el universo de posibilidades para el futuro parece reducirse a dos: o un sistema con un gendarme único que impone (o intenta imponer) su orden (directamente o por interposición) en aquellas zonas que le interesan, o un sistema de auténtica seguridad colectiva.

La primera solución puede suponer abandonar a su merced buena parte de las zonas de escaso interés para el Norte, con un riesgo de baños de sangre y de aumento de la conflictividad intrarregional, además de sentar las bases para la perpetuación o agravamiento del abismo entre el Norte y el Sur. En determinados casos puede comportar auténticos conflictos entre civilizaciones y desestabilizar algunas regiones durante largos períodos. La segunda, la seguridad colectiva, es todavía un ideal, pese a la «santificación» de las Naciones Unidas a que hemos asistido.

Si bien es cierto que su universalidad podría convertir a las Naciones Unidas en la columna vertebral de ese eventual sistema, así como que por fin el Consejo de Seguridad puede acometer las tareas que le adjudica la Carta fundacional al desaparecer el antagonismo crónico entre los dos grandes que ha bloqueado en gran medida su actuación desde principios de los cincuenta, no lo es menos que el mundo es ya muy diferente del de 1945, del contexto en que se diseñaron las Naciones Unidas. Su estructura insuficientemente democrática parece exigir la reforma. Se habla de acabar con el derecho de veto, de introducir sistemas de votación ponderada, de ampliar el número de miembros del Consejo de Seguridad, de tender hacia una Asamblea General de pueblos y no de Estados...

No obstante, cualquier discusión encaminada a su reforma (en particular en temas como reparto de funciones entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, mecanismos de toma de decisiones, modificación de la composición del Consejo...) supone a la vez abrir una dura polémica que, merced a los intereses en discusión, supondrá fracturas en las posiciones de los diversos países del Norte y del Sur, y no sólo entre el «grupo de los 77» y los países desarrollados. Por ejemplo, Italia ya ha reclamado —aunque con cierta timidez— que su participación en el conflicto del Golfo debería valerle un puesto en el Consejo de Seguridad, propuesta que acompañó con una opinión favorable a la sustitución del actual sistema de voto por uno ponderado. De ahí el escepticismo: la reforma parece a la vez impredecible e inviable en los próximos años. Sin embargo, un factor adicional exige que el debate sobre su reforma política pase a primer plano, sustituyendo a la preocupación de los últimos años —anterior a la caída del muro de Berlín— por su reforma económica: el uso abusivo que algunos países han hecho de las Naciones Unidas para justificar su actuación en el conflicto, que puede dañar su credibilidad. Como veremos a continuación, tal cosa no es privativa de los Estados Unidos. En menor medida, y sólo de fronteras hacia dentro, el Gobierno español ha aprovechado también la coartada de las resoluciones del Consejo de Seguridad para justificar su aportación militar.

LA APORTACION MILITAR ESPAÑOLA Y EL MANDATO DE LAS NACIONES UNIDAS

Al finalizar la guerra, el jueves 28 de febrero de 1991, el presidente del Gobierno declaró que «deberíamos estar satisfechos de lo que hemos hecho y de lo que vamos a seguir haciendo (...) España ha estado, quizá por primera vez en la historia contemporánea, donde le correspondía estar, por su historia, su cultura, su geografía y sus responsabilidades». Un análisis más objetivo de la aportación y de la forma en que se ha producido, así como un intento de reconstruir de forma plausible las razones de ella y su relación con las resoluciones de las Naciones Unidas y las obligaciones del convenio bilateral para cuestiones de defensa con los Estados Unidos (1988) arrojan valoraciones diferentes.

No obstante, tanto en las declaraciones del presidente del Gobierno como en las de muchas personas que mostraron su oposición a la guerra se observa una coincidencia. Al decir que «España ha estado quizá por primera vez donde le correspondía estar», Felipe González aceptaba implícitamente la importancia de romper una tradición, iniciada durante el franquismo y continuada durante la transición: el rechazo al uso masivo por parte estadounidense de las bases de utilización conjunta para acciones fuera del área de la Alianza Atlántica, en concreto en Oriente Medio y Próximo Oriente.

¿Por qué se ha autorizado tal uso en 1991 y se negó en 1970, 1973 o incluso en 1986 (ataque norteamericano a Libia)? ¿Por qué se ha permitido la utilización cuantitativamente más importante de las bases desde el inicio de la relación bilateral, el año 1953? ¿Simple subordinación a los intereses estadounidenses, coincidencia objetiva con ellos, ambas cosas?

Antes de buscar alguna explicación plausible, quizá valga la pena concretar antes en qué ha consistido la aportación, cómo se ha justificado en particular la solidez del recurso a las resoluciones de las Naciones Unidas y cómo se ha realizado.

La aportación militar española podría resumirse así:

1. Autorizaciones, caso por caso, a los EE.UU. para usar las bases de Torrejón, Morón y Zaragoza para múltiples operaciones: de apoyo logístico, transporte de tropas y equipo, reavituallamiento y carga de explosivos, uso sanitario, así como para misiones de ataque particularmente la carga y despeje de los bombarderos B-52 desde Morón para efectuar *raids* directos sobre Irak).

Es interesante señalar al respecto que el despliegue norteamericano en el Golfo se inició el 3 de agosto de 1990, y ya desde el principio el Gobierno español autorizó el uso de las bases; es decir, antes que el Consejo de Seguridad emitiera una resolución a favor de un embargo comercial (Res. 661, 6 de agosto de 1990) y, naturalmente, antes de que autorizara el uso de «todos los medios necesarios» para hacer cumplir sus resoluciones (Res. 678, 29 de noviembre).

Posteriormente, el Gobierno autorizó todas y cada una de las misiones que le fueron solicitadas, que llegaron a tener una intensidad altísima: entre agos-

to y diciembre de 1990 el porcentaje de vuelos militares estadounidenses hacia el Golfo que emplearon el territorio y espacio aéreo español osciló entre el 30 y el 70 por 100 del total efectuado.

Por consiguiente, sin el apoyo español el despliegue y las operaciones habrían sido muy difíciles. El territorio español se convirtió en un auténtico portaaeroviones, con una fuerte militarización del territorio, que afectó incluso a servicios civiles, como el tránsito aéreo (en particular en Madrid).

Las fuerzas armadas españolas efectuaron numerosas misiones de apoyo a las estadounidenses, incluyendo el transporte masivo de materiales (centenares de miles de toneladas de bombas) y suministro de combustible. Como se supo después, las autorizaciones para las misiones de los B-52, el símbolo del bombardeo indiscriminado para todos quienes recuerdan la guerra del Vietnam, se pactaron con anterioridad al inicio de las hostilidades contra Irak, llegando a realizarse casi 300 misiones desde España.

2. Participación de buques militares españoles (tres misiones formadas en cada caso por dos corbetas y una fragata) en el bloqueo decidido y organizado por una veintena de países para garantizar el embargo a Irak decidido por las Naciones Unidas, bajo coordinación de la Unión Europea Occidental (según decisión del 20 de agosto).

La decisión se tomó, por tanto, antes de que el Consejo de Seguridad permitiera el uso de la fuerza mínima para hacer cumplir el embargo a los países que practicaban un bloqueo naval (Res. 665, 25 de agosto). A partir de ese momento el bloqueo estaba autorizado, aunque no impuesto, por el Consejo para los países que hubieran desplegado contingentes navales en la región y que cooperasen con el Gobierno de Kuwait.

La frase anterior no pretende ser un tecnicismo jurídico. Nos permite, por el contrario, recordar cinco cosas que el Gobierno ha intentado ocultar al justificar la participación en el bloqueo:

- a) Que no era obligatorio participar en el bloqueo, una acción que siempre implica el uso de la fuerza armada para impedir el ejercicio de la libre navegación de los buques de cualquier pabellón. De ahí que las Naciones Unidas lo hayan considerado en sí mismo un acto de agresión (Res. 3314-XXIX, 14-12-1974, art. 3.c), de no estar autorizado por el Consejo de Seguridad (arts. 39 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas) o de responder al ejercicio de la legítima defensa (art. 51).
- b) Que el uso de la fuerza no fue lícito durante algunos días. Los EE.UU ordenaron el bloqueo naval de los puertos y costas iraquíes el 12 de agosto; Bush autorizó el uso del mínimo de fuerza necesaria para hacerlo cumplir el 16 de agosto, los primeros disparos de advertencia se produjeron el 18 de agosto... siempre antes del 25 de agosto. Además, hasta ese día parece discutible que el bloqueo pudiera justificarse en las resoluciones anteriores.
- c) Que los puntos a) y b) afectan también a España, que anunció su participación el 20 de

agosto, antes de la Resolución 665. Por tanto, pese a la constante insistencia durante el conflicto con que el Gobierno español ha asegurado que su «misión de paz en el Golfo se vinculaba a garantizar la eficacia de las resoluciones del Consejo de Seguridad», lo cierto es que se tomó antes y de común acuerdo con otras instancias.

- d) Que el embargo que se pretendía garantizar mediante el bloqueo excluía explícitamente los suministros y pagos con finalidades estrictamente médicas y humanitarias. La ambigüedad de la resolución respecto del control del bloqueo y sus términos dejaba en manos de la ONU y sus órganos —por omisión— la vigilancia de las sanciones. Por tanto, no parece claro que hubiera base legal para que los EE.UU. impusieran su propio criterio en determinados momentos a propósito de qué constituía o no material sanitario, después de haber detenido de forma coactiva en aguas no norteamericanas buques con pabellón diferente al de los EE.UU. Es sabido que esa política indiscriminada hizo que a finales de diciembre fueran graves los problemas de abastecimiento de los hospitales de Irak.

El Gobierno español aceptó esa interpretación restrictiva de los Estados Unidos, al menos al callar y continuar prestando su apoyo al bloqueo.

- e) Que España no utilizó todas las posibilidades permitidas en la Carta de las Naciones Unidas. Como participante en el bloqueo podía haber tomado la iniciativa para intentar anclarlo en las Naciones Unidas, afanándose por dar poderes de coordinación al Comité de Estado Mayor. Concretamente, podía haber pedido su inclusión en un Comité de representantes de todo los Estados con fuerzas navales desplegadas (el art. 47.2 de la Carta prevé la participación de un miembro de la ONU cuando tal cosa puede repercutir en la buena ejecución de su misión). Al no hacerlo mostraba su apoyo a una coordinación que en la práctica se estaba haciendo fuera de las Naciones Unidas, en el Comité de Planes de Urgencia de la OTAN y la UEO.

3. Compaginación de las misiones de bloqueo de la flotilla desplazada al Golfo, al derivar la crisis en guerra, con misiones de apoyo logístico y de escolta de las fuerzas en combate directo, aduciendo en este caso actuar al amparo de la Resolución 678 de las Naciones Unidas (29 de noviembre).

4. Apoyo logístico y de transporte no sólo a los Estados Unidos, sino a otros países con fuerzas desplegadas (Reino Unido, por ejemplo), oferta de envío de material y efectivos humanos sanitarios (militares) a la zona del conflicto o al país de un aliado (Francia), así como de acogida y asistencia de heridos en hospitales militares españoles.

5. Participación —de acuerdo con la modalidad

española de no incorporación a la estructura militar integrada— en las fuerzas multinacionales de la OTAN encargadas durante la crisis de «controlar el Mediterráneo y velar por la libertad de navegación». Ello supuso, entre otras novedades, el despliegue por primera vez de los aviones F-18 en un aeropuerto civil, Palma de Mallorca⁴.

Por consiguiente, la aportación militar española, pese a su carácter fundamentalmente indirecto, ha sido importante, destacando sobre todo el uso casi indiscriminado de las bases, progresivo e incoherente con ciertas manifestaciones públicas del Gobierno. Recuérdense al respecto que:

- a) Mientras se defendía la participación en el bloqueo según las resoluciones de las Naciones Unidas, se desestimaba la posibilidad de pedir su control mediante el Comité de Estado Mayor y se aceptaba implícitamente el papel destacado de EE.UU., la OTAN y la UEO en esos menesteres.
- b) Mientras se escribía al presidente Bush expresando preocupación por los daños causados por Irak, en particular a su población civil, se permitía a la vez que despegasen de bases españolas aviones B-52 con misiones —nada selectivas, habida cuenta de las características técnicas de los aviones— de bombardeo contra poblaciones en Irak.

LAS RAZONES DE LA APORTACION MILITAR

Ya he aludido a su carácter progresivo e incoherente con algunas manifestaciones públicas, pero podrían añadirse otras características notorias:

- a) La ambigüedad y la deliberada ocultación de información, constantes, junto al secretismo.

En cuanto a la ambigüedad y ocultación de información, recuérdese que se habló genéricamente de apoyo logístico a las acciones de guerra, hasta que el *New York Times* y el *Washington Post* anunciaron que aviones B-52 salían de España para bombardear Irak. En cuanto al secretismo, basta con consultar el Diario de Sesiones del Congreso, donde figuran las repetidas quejas de todos los grupos de la oposición al respecto, incluyendo las favorables a la participación en la guerra.

Resulta interesante recordar, no obstante, que algunos constitucionalistas han vuelto a recordar, aludiendo a la negativa a informar del apoyo logístico o de los acuerdos de coordinación con la OTAN, del abuso —tal vez inconstitucional— que se estaba haciendo de la Ley de Secretos, que no podría aplicarse a parlamentario en ejercicio de su función de control del Ejecutivo.

- b) La mendacidad y voluntad confusionista, o al menos el uso deliberado de medias verdades para eludir responsabilidades ante la opinión pública.

Un caso clarísimo fue la justificación de por qué se concedieron las autorizaciones para el uso de las

⁴ Podría citarse además, la posible consideración de una mayor implicación, que hubiera llegado a contemplar el envío de unidades de élite del Ejército de Tierra a la zona, según revelacio-

nes del diario *El Mundo* de los planes conocidos como «Papá Tango» y «Papá Golfo».

bases. Inicialmente se dijo lo siguiente: «se autorizan en el marco y según lo que establece el convenio bilateral de 1982». Literalmente, la frase es tautológica: el convenio establece (arts. 2, y 12, 26, párrafos 4 y 5) que cualquier uso que vaya más allá del ámbito bilateral o multilateral (OTAN) exige autorización previa, caso por caso, aunque se prevé la posibilidad de establecer acuerdos para uso en tiempo de guerra o crisis, así como procedimientos que aligeren los trámites. Por tanto, estamos donde estábamos: el Gobierno tiene potestad para responder sí o no, en cada caso.

Si la frase, como podría sospecharse, pretendía insinuar que la autorización era inevitable, producto del cumplimiento responsable de obligaciones previamente escritas y ratificadas, se trata de una falacia o del recurso a una intoxicación voluntaria: las autorizaciones se piden en el marco del convenio, pero es el Ejecutivo español quien ha de responder afirmativa o negativamente a las solicitudes. Todo depende de la voluntad política, de las presiones y del margen de autonomía. Nada habría impedido, por ejemplo, decir no en algunos casos para reforzar alguna postura o perfil más específicamente español o comunitario.

Volviendo a la pregunta con que iniciaba este apartado, ¿por qué se ha permitido ahora lo que no se permitió antes?

La indudable gravedad de la acción de Irak, el respeto al derecho de gentes y la importancia —crucial— de no dejar pasar infracciones de principios del derecho internacional tan fundamentales como los de soberanía, no intervención y la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales en contra de la independencia e integridad territoriales de los Estados o con objetivos incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas no parecen, pese a todo, razones suficientes. Indudablemente, esos principios han sido declarados de valor normativo fundamental a título consuetudinario, como recordó precisamente la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986, «Nicaragua contra los Estados Unidos»⁵. No obstante, en muchos otros casos se habían conculcado tales principios y la respuesta había sido diferente; por lo demás, no todos los países que han condenado la grosera y clara violación del derecho internacional a propósito de la invasión y posterior anexión de Kuwait han reaccionado con aportaciones militares globalmente comparables, ni tan siquiera en el caso de pertene-

cer a la OTAN y a la UEO (piénsese en Bélgica, Portugal, Grecia...).

La respuesta ha de buscarse, obviamente en otros sitios, completándola con otras razones. La pertenencia a la OTAN, y en particular la especial forma de definir la aportación militar española a la Alianza Atlántica, parecen razones de mayor fuste. Desde el referéndum de 1986, cada nuevo acuerdo o avance en las negociaciones para definir la aportación militar (fuera de la estructura militar integrada) dejaba problemas irresueltos, concreciones y nuevos acuerdos a concluir posteriormente. Ello era posible, además, por la redundancia que suponía la relación bilateral con los EE.UU.: todo lo que los aliados pudieran desear militarmente de España podían obtenerlo a través de la relación bilateral, lo que todavía se ha reforzado más con el convenio de 1988, que, comparativamente, ha aumentado los vínculos y las referencias del texto de la OTAN.

Dicho de forma rápida, la docilidad y falta de perfil propio, así como las vacilaciones del Gobierno se entienden mejor si se consideran un pago aplazado de las deudas acumuladas con los aliados —particularmente con los EE.UU.—, por la tolerancia tácita de algunos comportamientos de *free-rider*, así como por la restricción del margen de maniobra que supone tener pendientes negociaciones (¡hasta mediados de la década de los noventa!) para definir la aportación militar a la OTAN en un momento en que ésta y el propio sistema internacional pueden cambiar de forma notoria. La debilidad del que se sabe en falso a causa de las deudas contraídas y los compromisos pendientes, los lastres de la política exterior y de seguridad, explican mucho mejor la escasa resistencia a las presiones estadounidenses. Subordinación, en suma, pese a que probablemente existía también una coincidencia objetiva de intereses, aunque no explicitada ante la opinión pública.

Comprender algo mejor las razones, y en particular verlas como uno más de los casos en que se ha forzado la interpretación del papel de las Naciones Unidas de acuerdo con los riesgos anteriormente apuntados, no sirve de consuelo a la tristeza que provoca, al menos en mi caso, como se han desvanecido casi dos siglos de no participación española en guerras con terceros países (excluyendo las de carácter colonial o el episodio de la «División Azul») y como en aras de un supuesto «no aislacionismo» («sacar a España de su aislamiento», según la frase ritual de los últimos meses) se ha echado por la borda un rico patrimonio de no beligerancia.

⁵ Que Estados Unidos no acató.

Los insumisos en prisión: el máximo rigor penal contra la objeción de conciencia

Nicolás GARCIA RIVAS

El pasado 21 de enero esta ciudad (Albacete) vivió un hecho singular: mereció el dudoso honor de ser el primer lugar de nuestro país donde un grupo de objetores de conciencia era sometido a juicio por negarse a cumplir la Prestación Social Sustitutiva. Los seis fueron condenados a dos años, cuatro meses y un día de prisión, es decir, la mínima pena posible, según el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre, pero suficientemente grave como para imposibilitar la aplicación de la remisión condicional y evitar así su ingreso en prisión. A partir de ese momento, en otros lugares (Bilbao, Toledo) se ha vivido una experiencia semejante.

Creo no equivocarme si afirmo que la mayoría de la sociedad contempló con estupor que esas conductas pudieran castigarse con penas tan graves, idea reafirmada ante la negativa de los insumisos a recurrir oportunamente las sentencias, lo que implicaba su inmediato ingreso en prisión, pretendiendo quizá convertirse en una especie de mártires de una injusta legislación, rehenes de la misma con el fin de mantener viva la impresión de que en nuestro país, en 1981, existen presos de conciencia. Se conseguiría así captar la atención de la opinión pública, procurando de este modo presionar al legislador para que derogue de una vez tan injusta ley. Que lo consigan es bastante dudoso, desgraciadamente; que ese método sea el idóneo es más que discutible.

La verdad es que los poderes públicos nunca se han tomado muy en serio el que una persona pueda decidir libremente (en el fuero de su conciencia) si hace o no el servicio militar. El artículo 30.2 de la Constitución, que lo permite, ha sido durante bastantes años un antipático precepto que —en el fondo, según opinión más o menos extendida— obligaba a «dejar salirse con la suya» a un grupo de ciudadanos discrepantes en el fondo con la llamada «ideología militar» según la cual, el servicio armado a la patria representa el más alto honor que en la persona cabe. Una ideología que observaba cómo, contra la «virilidad» del uniforme se alzaba el «inviril» joven con vaqueros y pelo largo. La objeción de conciencia se tendrá que regular —pensaban con seguridad— porque no hay más remedio, pero que quede claro que se trata de una afrenta a la institución militar.

Y así, cuando parecía que la Constitución terminaba de una vez por todas con una secular suplantación del poder civil por el militar, resulta que el legislador democrático termina por asumir —como veremos— esa ideología militar y coloca al objetor en situación de marginalidad en la ley 48/1984 de 26 de diciembre, reguladora del derecho. Las barreras

que el legislador interpone al ejercicio de la objeción van desde el control de los motivos que llevan a la misma (saltándose olímpicamente la expresa prohibición constitucional del artículo 16.2) hasta la opción por una Prestación Social Sustitutiva (a la que no obliga en modo alguno el texto constitucional) que procura colocar al objetor «por la puerta de atrás» dentro de la disciplina militar (a la que se equipara su régimen de cumplimiento) y además por un periodo de tiempo que puede llegar a ser el doble del previsto para el servicio militar (siendo, por otra parte, discrecionalmente fijado por el Gobierno). Pero, por si todo esto fuera poco, se le somete además a un régimen penal más duro que el militar (LO 8/1984 de 26 de diciembre, art. 2). Parece como si todo ello debiera servir como efecto disuasorio y que los indecisos terminen por aceptar ser llamados a filas para evitarse todos los inconvenientes que el declararse objetor comporta.

Las dudas acerca de la constitucionalidad de la regulación no han sido resueltas por más que el Tribunal Constitucional haya optado por la «conservación de la norma» en sus sentencias 160 y 161 de 27 de octubre de 1987. El voto mayoritario no impide que sean precisamente sus ponentes quienes (también por motivos de conciencia) expresen su disconformidad con la tesis de la mayoría. No se trata, pues, de dudas infundadas, sino de la constatación de que quienes trabajaron con mayor ahínco el tema llegaron a la conclusión (sobre todo De la Vega Benayas en la 160/87) de que el legislador «desconfía» de los objetores y les somete a un régimen que, lejos de suponer ejercicio de un derecho fundamental, lo que conlleva es un cercenamiento del mismo.

Mucho más sorprendente es la decisión del tribunal teniendo en cuenta que al referirse a la objeción de conciencia del médico para practicar el aborto legal resulta que el derecho a la objeción de conciencia «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución...» (STC 53/1985 de 11 de abril, F. Jco. 14). Derecho fundamental, pues, para el médico; derecho «constitucional» no fundamental para el objetor. Sin llegar a entenderse —ni fundamentarse cabalmente— muy bien, resulta que existen dos clases de objeciones de conciencia, y puesto que la Constitución no reconoce tal clasificación, el único motivo (que no razón) para distinguirlas es que, según afirma la STC 161/87, la relativa al servicio militar no es un derecho sin más, sino la excepción al cumplimiento

de un deber justificado por los fines propios de las Fuerzas Armadas según el artículo 8 de la Constitución. «En esa tarea de armonización —dice la sentencia— el legislador no podría ciertamente poner condiciones arbitrarias al ejercicio del derecho del objetor porque violaría la interdicción de la arbitrariedad que impone el artículo 9.3 de la Constitución». Estamos, pues, ante un derecho fundamental (resulta inaceptable incluso para los ponentes de ambas sentencias la perifrasis que lleva a negarle este carácter, olvidando totalmente la jurisprudencia constitucional anterior) mediatizado por las funciones que el artículo 8 de la Constitución asigna a la institución militar. Precisamente el precepto en el que se apoyaba la facción más reaccionaria del ejército y de la sociedad para justificar, ya en pleno estado constitucional, la llamada «autonomía militar», parece tener vigor suficiente para que un derecho fundamental quede totalmente desdibujado. Y sin embargo, la letra de la Constitución concede a las Fuerzas Armadas el mismo carácter de institución básica del Estado que a los partidos políticos (art. 6) o a los sindicatos (art. 7), sin que a éstos se les permita, como es lógico, el cercenamiento de derechos fundamentales, sin los cuales el Estado democrático resulta irreconocible.

Así pues, al objetor se le coloca en la tesitura de aceptar sin más una regulación de su derecho fundamental que adolece de inconstitucionalidad manifiesta o de incurrir en una conducta punible si decide incumplir dicha legislación, resultando, además, que el tratamiento penal del objetor insumiso es —también— contrario a los postulados constitucionales. En efecto, lo primero que debe justificar el legislador es la necesidad de acudir al aparato punitivo para sancionar conductas que, en el fondo, representan mero incumplimiento de obligaciones administrativas; porque ¿cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 2 de la LO 8/1984? Parece claro que se intenta «motivar» al objetor para que cumpla una Prestación Social Sustitutoria que en su régimen y duración es claramente inconstitucional. Desde luego, el objetor no incumple el «deber de defender a España» (art. 30.1 CE), porque la PSS ni persigue ni puede alcanzar dicho fin (a menos que se entienda por tal la colaboración con minusválidos en el INSERSO). Y en modo alguno puede justificar el legislador su opción por la sanción penal en la igualdad de tratamiento con el no objetor que incumple su deber de realizar el servicio militar. El prófugo si se halla sometido a la disciplina castrense, mientras que el objetor insumiso no hace otra cosa que ejercer su derecho fundamental incumpliendo los deberes civiles que le asigna la ley.

Pero incluso optando por la sanción penal para el insumiso, la misma no puede nunca ser igual a la del prófugo, por su objetiva menor lesividad. Y si no puede ser igual, menos aún comportar una privación de libertad superior, que es precisamente lo que ocurre en nuestro país. En efecto, mientras la pena mínima del prófugo es de un año de prisión (art. 127

CPM), la del insumiso —según se dijo al comienzo— es de dos años, cuatro meses y un día, penas no sólo cuantitativamente dispares, sino cualitativamente distintas, precisamente por la imposibilidad de aplicar al insumiso la remisión condicional que evitaría su ingreso en prisión (privación efectiva de un derecho fundamental), mientras dicha posibilidad sí cabe para el prófugo. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional suele ampararse en la libre discrecionalidad del legislador para adecuar la medida de pena al delito cometido, sin que en principio pueda exigirse la proporcionalidad entre hecho y sanción. Sin embargo, este es precisamente uno de los efectos directos del principio de culpabilidad al que el tribunal sí concede rango constitucional en numerosas sentencias y, por otra parte, en este caso no se trata de comparar ambos elementos en abstracto, sino de ponderar su proporción teniendo en cuenta que la gravedad de la pena se convierte directamente en lesión del contenido esencial del derecho fundamental a la objeción de conciencia, tal y como afirma De la Vega Benayas en su voto particular a la STC 160/87.

Por todo ello: ausencia de bien jurídico constitucionalmente reconocido y afectación del principio constitucional de culpabilidad, lesionando un derecho fundamental, la regulación penal del incumplimiento de la Prestación Social Sustitutoria es también inconstitucional.

Dicho esto, merece ser analizada ahora la postura de los insumisos condenados y de sus defensas legales, ya que a mi juicio su ingreso en prisión sólo se explica por un malentendido coraje que se confunde con la desobediencia civil propia de un Estado democrático. En efecto, como afirma Estévez Araujo¹: «Quien practica la desobediencia civil sabe que corre el riesgo de ser castigado por ello. Sin embargo, ser castigado no es el objetivo primordial que persigue. La desobediencia civil no pretende tanto centrar la atención sobre el hecho de la represión como sobre las razones de la desobediencia. En este caso denunciar una regulación de la objeción de conciencia que tiende en rigor a limitar injustificadamente ese derecho. Sin embargo, contra actuaciones injustas de los poderes públicos (en este caso el Parlamento), la desobediencia civil en un Estado democrático no puede articularse del mismo modo que en el Estado autoritario. Pues así como éste carece de vías jurídicas para la depuración de disposiciones contrarias a la dignidad de la persona (que es la afectada cuando se limita injustificadamente un derecho fundamental), el Estado democrático sí cuenta con tales vías. Por ello, autores como Dreier, afirman que allí donde se reconocen derechos fundamentales de la persona, la desobediencia civil contra el derecho injusto «se presenta como lucha por el derecho con los medios procesales y en las formas procesales del derecho, como problema de la justificación, sobre la base de los derechos fundamentales de desobediencia en el conflicto jurídico judicial»².

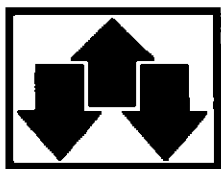
¹ Estévez Araujo, «La estrategia de la desobediencia civil» en *En pie de Paz*, número 10, 1988, pag. 18. De él es también la opinión de cómo se gana el respeto el desobediente, en «El problema de la justificación de la desobediencia civil» en *Mientras*

Tanto, número 19, 1984, págs 45-60, en especial, págs 58-60
² Dreier, «Derecho y moral» en Garzon Valdes (Compilador) *Derecho y Filosofía*, Barcelona, 1985, pag 98

Trasladando esta doctrina al caso de los insumisos juzgados y condenados en nuestro país, considero incorrecta su postura de aceptar sin más la pena impuesta, sin recurrir siquiera en casación invocando los problemas de constitucionalidad que presenta la normativa vigente sobre objeción y, en el orden penal, la eximente de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, requisito «sine qua non» para recurrir posteriormente en amparo contra la sentencia condenatoria. Por el contrario, al menos en alguno de los casos juzgados en Albacete, la defensa se contentó con solicitar la aplicación de circunstancias eximentes tan extrañas a los hechos como la legítima defensa o el cumplimiento del deber, absolutamente inidóneas ambas para amparar la actuación del insumiso. Incluso el juez, «motu proprio», se ha detenido a analizar si sería aplicable la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, adoptando finalmente una postura contraria, «pues no se

contemplan motivos de conciencia como causas de exclusión o exención de la prestación social sustitutoria», lo que no satisface en absoluto, porque el problema —tal y como he intentado exponer— consiste en que el ejercicio «legítimo» del derecho fundamental no soporta una regulación como la actual.

En realidad, existen motivos más que sobrados para obligar al Tribunal Constitucional a pronunciarse de nuevo sobre la regulación de la objeción de conciencia en nuestro país y ése es precisamente —en mi opinión— el camino «jurídico» que debieran recorrer los insumisos, más útil y seguramente tan digno de respeto o más que su postura testimonial de aceptar la prisión convirtiéndose en objetos de una justa reivindicación. Ellos pueden poner de manifiesto que existe verdaderamente una fractura entre la voluntad institucional y la voluntad de la mayoría, siendo su castigo totalmente inmerecido. De lo que se trata, en definitiva, es de lograr que la ley cambie utilizando todos los mecanismos para ello.



COLEX

Constitución y Leyes

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

DICTAMENES JURIDICOS DERECHO CIVIL Y PENAL I

Adaptados a las oposiciones de ingreso en las carreras judicial y fiscal

Se trata de una obra que pretende culminar el proyecto editorial de ofrecer una importante ayuda a quienes aspiran pertenecer a ambos cuerpos de la Administración de Justicia

La publicación a partir de las exigencias de los respectivos programas, consta de dos bloques. El primero recoge treinta dictámenes sobre cuestiones jurídicas de naturaleza civil y penal, y su estructura interna se enuncia con la sistemática de "Hechos", "Consulta", "Dictamen" y "Conclusiones".

La segunda parte desarrolla treinta supuestos cateccionados con omisión de solución, a fin de que el opositor realice sus propios razonamientos y obtenga la respuesta que estime más adecuada

Finalmente se incorporan varios modelos de escritos de calificación y acusación propios de las conclusiones provisionales de acusación y defensa

M^o Dolores Márquez de Prado y Noriega
Fiscal de la Audiencia Nacional

Fco. Javier Gómez de Liaño y Botella
Magistrado de la Audiencia Nacional

416 PAGS. - P.V.P. 3.500 PTS. (IVA incluido)

LA NULIDAD DE ACTUACIONES EN LA L.O.P.J.

La obra es un estudio sistemático y pormenorizado de los principales problemas que presenta la nueva regulación de las nulidades procesales, contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El autor desde una perspectiva constitucional hace un minucioso análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional que han tenido relación con la nulidad en el ámbito procesal.

José María Martín de la Leona
Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma

336 PAGS. - P.V.P. 3.100 PTS. (IVA incluido)

BIBLIOTECA JURIDICA DE BOLSILLO

La Editorial Colex, S.A. presenta una nueva línea en la publicación y difusión de temas jurídicos a través de textos manejables de gran utilidad para todos los estudiosos del derecho, teniendo la oportunidad de lograr una cómoda biblioteca con temas concretos, puntuales y de actualidad en los que el estudio doctrinal irá acompañado de las pertinentes y últimas resoluciones judiciales

El trabajo será realizado por un equipo de juristas bajo la dirección de D. José Augusto de Vega Ruiz (Magistrado de la Sala de la Penal del Tribunal Supremo) y con la supervisión final de D. Mariano Gámez de Liaño Cabañada (Presidente del Consejo de Autores de la Editorial)

Los títulos serán variados, numerados correlativamente, y de publicación mensual, con una encuademación que será de distinto color según la materia tratada

La novedad editorial se inaugura con la obra que seguidamente anunciamos

EL DELITO ECOLOGICO

De manera sencilla se estudia toda la problemática ecológica desde el punto de vista de la legislación española, americana y europea

A partir del Código Penal, junto con las numerosas disposiciones que conforman el ámbito del delito, se exponen los antecedentes efectivos y un largo etc. de uno de los delitos de mayor expectación. Con el fin de remarcar el carácter práctico que se persigue, se incluyen en adecuado análisis, distintas resoluciones judiciales y, especialmente, la pronunciada recientemente por la Sala II del Tribunal Supremo, seguramente la primera y la única que el Alto Tribunal llegue a dictar

José Augusto de Vega Ruiz
Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

116 PAGS. - P.V.P. 1.200 PTS. (IVA incluido)

Deserción, objeción y estado de necesidad

Edmundo RODRIGUEZ ACHUTEGUI

El conflicto del Golfo y la posibilidad de que España participe en la guerra reaviva la polémica acerca de la objeción de conciencia y nos evidencia sus carencias. La reacción de algunos jóvenes que prestaban el servicio militar, a la vista de la eventualidad de participar directamente en el conflicto armado, ha sido la de optar pura y simplemente por la deserción.

El deber militar viene previsto en la Constitución: el artículo 30 proclama que «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España» y «la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria».

El desarrollo de este artículo ha provocado cierta polémica acerca de la objeción, centrada en su discutida naturaleza y rango de derecho fundamental. Al respecto las posturas son conocidas y simplemente las reseñaré. Frente a la tesis de quien sostiene que la objeción, bien directamente, bien como instrumento de la libertad de conciencia, es derecho fundamental, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 160/97, de 27 de octubre («BOE» de 12 de noviembre), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes 48/84 de Objeción de Conciencia y orgánica 8/84 sobre su régimen penal, ha interpretado que la objeción es «un derecho constitucional reconocido por la norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (li-

bertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental»¹. El propio Tribunal Constitucional en el F.J. II de la sentencia n.º 161/1987, de 27 de octubre («BOE» de 12 de noviembre), viene a limitar aún más su interpretación y declara que «el derecho a la objeción de conciencia está configurado por el constituyente como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, pues supone una excepción al cumplimiento de un deber general (el de prestar el servicio militar obligatorio)».

La tesis del Tribunal Constitucional es sumamente restrictiva e ignora los argumentos más reiterados acerca de la naturaleza de la objeción de conciencia. Siguiendo una interpretación puramente literal, desconoce la consideración de derecho esencial que la atribuyen diversos organismos internacionales². Resulta curioso, además, que una simple «causa de exención» esté elevada por la propia Constitución al mismo rango que los derechos fundamentales en el más esencial de sus aspectos, el de su garantía, puesto que es susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La polémica tiene gran importancia puesto que el respeto al contenido esencial, que es propio de los derechos fundamentales, se ve restringido al negarle tal rango, de modo que se recorta su extensión y se impide la objeción sobrevenida³.

A esa restricción de la objeción sobrevenida, inadmisibles si se hubiera considerado derecho fundamental, hemos de unir la asimilación que sanciona el Código Penal Militar (CPM) cuando su artículo 8

¹ Fundamento Jurídico III. El recurso de inconstitucionalidad fue presentado por el Defensor del Pueblo, que sostuvo su naturaleza de derecho fundamental. Garrido Falla y otros, en *Comentarios a la Constitución* 2.ª edic. ampliada, Civitas, Madrid, 1985, pág. 621, afirman, «la objeción de conciencia es un derecho condicionado y sometido a garantía de veracidad y no alternativo ni equiparable al servicio militar». Alfonso de Alfonso, en «El Tribunal Constitucional y la Objeción de Conciencia», *Revista de Cataluña* n.º 1, 1983, págs. 209-215, sostiene que es un derecho «complementario» de otro, la libertad religiosa e ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución. Ramón Soriano, en *Las Libertades Públicas* (Tecnos, Madrid, 1990, pág. 50), apunta que «la objeción de conciencia es una forma de la libertad ideológica que entraña la excepción de la eficacia de ciertas normas jurídicas por imperativo de la conciencia individual», criticando la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En cambio G. Peces-Barba concluye que «no estamos ante un derecho fundamental con características de objetiva estabilidad y permanencia, sino ante un derecho dependiente de una obligación, y como excepción a la misma» («Desobediencia Civil y Objeción de Conciencia», *Anuario de Derechos Humanos* n.º 5, 1988-89, pág. 174).

² La XVII sesión, reunión 22, de 25 de enero de 1967 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa adoptó la resolución 337/67 donde se proclama «las personas obligadas al servicio militar, que por motivos de conciencia, por razón de una convicción

profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza, rehusen realizar el servicio armado, deben tener un derecho personal a ser dispensados de tal servicio». El 7 de enero de 1983 el Parlamento Europeo, con la resolución Macchiocchi se pronunció afirmando «la protección de la libertad de conciencia implica el derecho a negarse a realizar el servicio militar armado y a separarse de tal servicio por motivos de conciencia». En parecido sentido la recomendación R.87 (8) el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 9 de abril de 1987. Asimismo, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 5 de marzo de 1987. Sobre la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos y derecho comparado existe un metódico resumen en «Ordenamiento Jurídico de la Objeción de Conciencia», edit. Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

³ Luis Prieto Sanchis, en «La Objeción de Conciencia como desobediencia al Derecho» (*Sistema* 59, 1984, pág. 59), mantiene que se está limitando sin ninguna justificación la libertad religiosa y de conciencia de quien realiza el servicio militar, incrementando más, si cabe, las restricciones de derechos de quienes lo realizan». En cambio, G. Peces-Barba considera que la objeción sobrevenida «tiene difícil justificación racional» («Desobediencia Civil. . op. cit. pág. 173) El Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 161/1987, de 27 de octubre, establece que esa restricción es «razonable y proporcionada» (F.J. V), al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que le planteó la Audiencia Nacional.

«entiende» que son militares los que «con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresan como voluntarios en el servicio militar», tras el número 1.º, que considera militares los «profesionales, sean o no de carrera». De esta forma equipara a la condición de militar la de los jóvenes que se encuentran realizando el servicio militar obligatorio. Tal equiparación se encuentra en franca contradicción con la realidad social y con el sentido común, ya que el «profesional» y el «voluntario» no pueden tener una calidad similar a la de quien obligatoriamente, por la propia naturaleza del sistema de conscripción, adquiere durante un periodo cada vez más limitado una consideración asimilable a la de los militares. Que pueda haber una asimilación excepcional no debería traer, a efectos punitivos, una equiparación semejante entre los obligados a prestar el servicio militar y quienes lo realizan voluntariamente o tienen en lo militar su profesión.

El CPM establece el delito de abandono de destino o residencia (art. 119) para los mandos y oficiales de los ejércitos, mientras el artículo 120 tipifica la desertión para «el militar no comprendido en el artículo anterior, que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia, o no se presentare...». Con estas previsiones se cierra, en lo referido a los llamados objetores sobrevenidos, la restrictiva regulación de nuestro ordenamiento jurídico.

E impedir el ejercicio de la objeción precisamente durante el servicio militar activo resulta especialmente grave, porque es durante el mismo, ante la evidencia de la realidad, cuando pueden surgir con más probabilidad los motivos de conciencia que la sostienen. Cuando las dudas iniciales, apartadas muchas veces por presiones sociales y familiares, se han transformado en certeza, no queda en nuestro ordenamiento actual más alternativa que continuar o desertar. Y esa alternativa que en tiempos de paz puede decantarse por aceptar el mal menor, seguir realizando por un periodo más o menos breve el servicio militar, en tiempos de guerra lleva a un conflicto de conciencia tan grave que puede conducir a preferir, pese a todo, las consecuencias de la desertión.

La situación actual no es irremediable, ya que la Constitución, no obstante la restrictiva interpretación actual del Tribunal Constitucional, no dibuja un modelo cerrado, sino que establece unos mínimos que facilitan un amplio abanico para que el legislador pueda optar por un modelo de seguridad menos represor. Debería admitirse que en la Constitución:

1.º La objeción de conciencia es causa de exención del servicio militar obligatorio, sin distinguir cuándo deba ejercitarse ese derecho, ni restringirlo a un momento anterior a su prestación activa. Es posible, por lo tanto, que el legislador estatuya un sistema menos restrictivo, dado que las «debidas garantías» no exigen en ningún caso la represión de la objeción sobrevenida.

2.º Las obligaciones militares que la Constitución

española impone a todos los ciudadanos no se reducen al servicio militar obligatorio. Esta es una de las alternativas que tiene el legislador, pero no la única, de modo que la misma Constitución admite «otras que la ley fije» (art. 30.3).

Por si fuera poco, en la situación actual no se distinguen los móviles de los desertores, de modo que la sanción se aplica tanto a quien actúa impulsado por motivos de conciencia como a quien lo hace por móviles espurios. En el caso de los objetores, el conflicto de conciencia conduce también a un conflicto jurídico de consecuencias gravísimas.

Los aspectos más interesantes de este último son la pugna entre el derecho, la libertad de conciencia y el deber de defender a España, que participa de la naturaleza de derecho. Y el objetor sobrevenido, a diferencia de los insumisos, no niega el cumplimiento de este último, sino la imposición de que aquél tenga que manifestarse a través del servicio militar obligatorio⁴. En su caso, motivos de conciencia le impiden empuñar las armas o, en situaciones como las que hoy lo determinan, colaborar con una guerra de justificación cuestionable. Motivos que no le impide ni defender a España ni cumplir sus deberes constitucionales de otro modo distinto. Precisamente por eso se prevé la Prestación Social Sustitutoria, que, sin embargo, en la actualidad, se niega a quien ya ha sido llamado a filas.

Que las leyes restrinjan un derecho no impide que la conciencia siga impartiendo sus dictados. Y al objetor se le plantea un conflicto que le conduce a una situación de auténtica necesidad. Así entra en juego el instituto del estado de necesidad, que podría aplicarse a la situación que nos ocupa.

El estado de necesidad, como conflicto de intereses o de bienes jurídicos, se presenta cuando se exige el sacrificio de uno, o el incumplimiento de un deber, para salvaguardar otro de mayor o igual valor. Cuando ese conflicto se resuelve causando un mal menor para evitar otro mayor (estado de necesidad objetivo), nuestro ordenamiento jurídico considera que concurre una causa de justificación. El CPM se remite en su artículo 21 a las causas eximentes de la responsabilidad criminal del Código común, de manera que la aplicación del número 7.º del artículo 8.º del Código Penal podría determinar —de apreciarse el conflicto— la exclusión de la antijuridicidad por no ser reprochable la conducta típica. Incluso si los bienes en conflicto son iguales (estado de necesidad subjetivo), al sujeto no le es exigible una conducta distinta que la de sacrificar el bien o interés ajeno para salvaguardar el propio. No exigibilidad de la conducta que determina que, aunque en estos casos no se excluye la antijuridicidad, si pueda disminuirse el grado de culpabilidad, de modo que opere como circunstancia modificativa de la responsabilidad, atenuando el rigor de la pena. Incluso considerando que falta el requisito de no tener el necesario obligación de sacrificarse por su oficio o cargo, podría aplicarse la atenuante 1.ª del artículo 9.º,

⁴ La insumisión al servicio militar o a la prestación social sustitutoria es un claro caso de desobediencia civil, ya que pretende demostrar la injusticia de una ley provocando su aplicación. El insumiso niega todo deber de prestación al Estado, y persigue pa-

tentizar lo que considera una injusticia a través de la aceptación de la sanción, utilizando con fines de publicidad el proceso y la pena como un llamado a la opinión pública, lo que le conduce a renunciar a su defensa, no utilizar los recursos, etc.

como eximente incompleta, ya que también el artículo 22 del CPM se remite al común a estos efectos.

La situación de quienes ahora han desertado es asimilable a alguno de estos estados de necesidad, objetivo o subjetivo. Ante la imposibilidad de conseguir el reconocimiento de su condición de objetor de conciencia, impracticable durante el servicio militar activo, el mozo en quien surgen motivos de conciencia que le conducen a la objeción se ve compelido a continuar el servicio militar o desertar, incurriendo en responsabilidad penal. En este conflicto de deberes, entre el que impone la propia conciencia, y el de cumplir el servicio militar, ¿qué ha de prevalecer? Parece justificada la conducta del objetor que pretende conducirse conforme a sus íntimas convicciones, sin negar en caso alguno la defensa de España o el cumplimiento de una prestación alternativa. Sólo cuestiona, con tal convencimiento que está dispuesto a asumir una grave pena, una forma deter-

minada de cumplir ese deber: el servicio en armas, en particular ante la pasada guerra.

El reconocimiento de la objeción sobrevenida, que a la larga será inevitable, bien por la aceptación del Tribunal Constitucional de que la libertad de conciencia la exige, bien por la demanda social de supresión del servicio militar obligatorio, que trasladará la discutida institución a otras esferas, y, por otro lado, la no asimilación a efectos punitivos de los jóvenes en el servicio militar a la de los auténticos militares de carrera, evitarían estos problemas que ahora se suscitan. Mientras tanto, el estado de necesidad al que la restrictiva regulación jurídica actual condujo a los jóvenes que fueron al Golfo, «justifica» —penalmente— la desertión, excluyendo, la responsabilidad penal, puesto que es opinión de muchos que los convencimientos de conciencia son más importantes que la concreta contribución bélica que un muchacho de apenas veinte años pueda aportar en la batalla.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

NOVEDADES

- **LA POLITICA.** Juan Althusius (Althusius).
- **FALACIAS POLITICAS.** Jeremy Bentham.
- **ESCRITOS Y DISCURSOS DE LA REVOLUCION.** E. Sieyès.
- **DOS INTERPRETACIONES DE LA REVOLUCION FRANCESA.** Senac de Meilhan y A. Barnave.
- **EL VOTO PARTICULAR.** Francisco J. Ezquiaga Ganuzas.
- **EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Manuel J. Terol Becerra.
- **EL MERCADO DE LAS IDEAS.** Pablo Salvador Corderch y otros.
- **EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCES.** Javier Pardo Falcón.
- **ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elías Díaz.
- **LA EFICACIA DEL DERECHO.** Pablo Eugenio Navarro.
- **OBEDIENCIA AL DERECHO Y OBJECION DE CONCIENCIA.** Marina Gascón Abellán
- **JURISDICCION Y NORMAS.** Juan Ruiz Manero
- **EL ABORTO: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.** Alfonso Ruiz Miguel
- **CONSTITUCION ESPAÑOLA 1978-1988** (3 volúmenes).
- **LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX VISTA POR SUS CONTEMPORANEOS** (2 tomos). Gonzalo Menéndez Pidal.

DISTRIBUIDO POR:
S. A. Distribuciones Editoriales

ÍTACA

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

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

El caso de la mujer condenadita

Miguel A. COBOS GOMEZ DE LINARES

De manera parecida a la conocida farsa de «El caso de la mujer asesinadita», la sentencia del TS sobre el «caso Lola Flores» cierra un proceso —que desde hacía mucho había condenado a través de la prensa a la acusada— con un veredicto de «condenada». En efecto, unos sutiles mimbres jurídicos han urdido un producto final que viene a ser como la última pasada por sevillanas en un baile de interpretaciones y cálculos aritméticos. Todo empezó con la modificación de los preceptos del Código Penal dedicados al delito fiscal antes, a los delitos contra la Hacienda Pública, después. Continuó con la absolución moralmente más condenatoria que se pueda imaginar por la Audiencia. Hizo un quiebro más la sentencia del TC 45/89 con la declaración de inconstitucionalidad de la discriminación que implica la declaración de la renta más gravosa para unidades familiares que para quienes declaran por separado siendo fácticamente una «unidad familiar» (?). Finalmente, se planta todo este proceso con una sentencia que «condena pero...» a la acusada. La sensación final es de cierta perplejidad.

En efecto, al final, únicamente queda claro lo demagógico de la tipificación de los delitos contra la Hacienda Pública. Las primeras críticas en este sentido provenían del hecho de que se podía prever a la hora de intentar aplicarlos la automática alegación de error o ignorancia sobre la obligación de declarar, de pagar *tanto*, de que determinada actividad fuera hecho imponible, etc. A la vista de que mayoritariamente la doctrina se apuntó a la consideración de estos errores como errores de tipo o si no lo eran, tratarlos como si lo fueran, se preveía —como se dijo— la escasa utilidad de los mismos, entendiendo por ésta la efectividad de la amenaza penal por la importancia que para el funcionamiento de un Estado social tiene su capacidad económica. Hete aquí que, a pesar de alegarse ya en la Audiencia en este mismo caso la ignorancia de la acusada acerca de diversos extremos, se rechaza esta tesis, y cuando todo estaba listo para condenar, resulta que ante la imposibilidad de determinar la cuota a ingresar en el Tesoro, no cabe la condena. Entre tanto, el T.C.

declara nulas las normas tributarias discriminatorias, si bien reconoce que el hecho de su expulsión del ordenamiento no restablece el orden legal, pues se produce un indudable vacío de regulación. Por su parte, el TS acepta las tesis del recurso del ministerio fiscal y condena, y el voto particular comparte la tesis de la sentencia casada en parte y condena por aceptar las tesis del recurso de la Abogacía del Estado.

El TS declara en esta ocasión que no sólo puede cometerse por acción el delito referido, sino también por omisión, si bien a nadie se escapa —no se escapó en el voto particular— que existe —como en casi todo, hoy por hoy— otra corriente jurisprudencial en sentido opuesto. Declara asimismo que no existe problema real a la hora de cuantificar el monto de lo defraudado, pues si bien no se puede determinar de manera exacta, sí puede afirmarse que excede del límite establecido para que intervenga el Derecho Penal. Por su parte, el voto particular vuelve a la carga con el problema de la cuantificación de lo defraudado, habida cuenta del vacío que produjo la nulidad decretada por el TC de preceptos de carácter tributario que sin embargo integrarían o afectarían al tipo penal en cuanto que afectan a su *determinación*.

Con resultados tan dispares, que se neutralizan unos a otros, sólo cabe resaltar la presencia eminente de una ausencia ostensible, la del legislador. En efecto, tres instancias —en sentido sociológico— de decisión han dado lugar a tal grado de confusión que traen a la memoria que en contra de los gustos políticos y filosóficos de buena parte de los diseñadores de la Constitución de 1978, ni estamos en un Estado de corte anglosajón en los que prima el decisionismo y la judicialidad, ni el TC puede suplantarse al Parlamento. Es la «ausencia» de éste cuando creó y modificó la legislación penal en materia fiscal con la defectuosa técnica legislativa de los tipos en blanco cuando no de la deslegalización encubierta, y cuando no legisló tras la anulación de algunos preceptos de carácter tributario, en esa ausencia la que ahora resulta tan ostentosa ¿o más bien *ostentórea*?

Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas*

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEGISLACION ADMINISTRATIVA

Fundamentación

La reciente promulgación de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento («BOE» de 22 de diciembre) ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo propio de los medicamentos, en especial por tres razones:

- a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley, como se deduce explícitamente de los artículos 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y, lo que es más importante, conceptualmente del artículo 8.1, entre otros preceptos.
- b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos.
- c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos (art. 41), lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

Todo ello permite hacer una propuesta de reforma de la legislación administrativa bastante simple, que prácticamente queda agotada en sus rasgos esenciales con 20 modificaciones textuales en una norma que posee 119 artículos, siete disposiciones adicionales y siete transitorias, todos ellos bastante prolijos.

Todas las modificaciones propuestas a la ley se explican en función de nueve ideas:

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas (modificaciones 1, 7, 11, 13, 15 y 20).

2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapéutica o análogas, a la extraterapéutica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley (modificaciones 3, 4, 5).
3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse (modificación 6).
4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación sin receta, distinguiendo entre el *cannabis* y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótropos (modificaciones 2, 8, 12 y 16).
5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos (modificación 9).
6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos (modificaciones 10 y 19).
7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general (modificaciones 14 y 18).
8. Establecimiento de un sistema de precios moderadamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas (modificaciones 17 y 18).
9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo (modificación 8).

Por otra parte se estima conveniente promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas y el de estupefacientes y psicótropos por lo que se refiere al consumo. La equiparación se extiende, en un primer momento, a la dispensación del *cannabis* para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados.

Todo ello se acompaña de la eliminación del ré-

* Elaborado por los redactores y posteriormente adheridos al Manifiesto por una nueva política sobre la droga aprobado en Málaga el 2 de diciembre de 1989, de acuerdo con el compromiso

allí establecido, y siguiendo las pautas marcadas en el citado Manifiesto y en la reunión de trabajo mantenida en Barcelona el 12 de mayo de 1990.

gimen específico actualmente vigente para estupefacientes y psicótopos

TEXTO

1. Derogación del actual régimen específico para estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido, entre otras disposiciones de menor entidad, en la Ley 17/67 de 8 de abril para estupefacientes, y RD 2829/1977 de 6 de octubre y OM de 14 de enero de 1981 para las sustancias psicotrópicas.
2. Aplicación a los estupefacientes y psicótopos del régimen general establecido para los medicamentos legalmente reconocidos en la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, y en la legislación anterior no derogada por ésta.
3. Adición, supresión o reforma de determinados preceptos de la ley acabada de aludir en los siguientes términos:
 - 1) El artículo 1.1 *in fine* queda redactado como sigue: «... así como la ordenación de su uso racional. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado».
 - 2) El artículo 3.5 se iniciará del modo siguiente: «La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá, a salvo de lo previsto en el artículo 42.1 párrafo segundo de esta ley: ...».
 - 3) Se añade un nuevo artículo 8 bis en los siguientes términos: «Artículo 8 bis. Equiparación.—En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental».
 - 4) Redacción del último inciso de las páginas 1 y 2 del artículo 12, sobre garantías de seguridad, o toxicidad y tolerancia, del modo siguiente: «... que permitan garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estarán en relación, en su caso, con la duración prevista del tratamiento», y «en condiciones normales de uso y en función, en su caso, de la duración del tratamiento», respectivamente.
 - 5) Redacción de la última parte del artículo 19.4 del modo siguiente: «... con el fin de promover su más correcto uso y, en su caso, la observación del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación».
 - 6) Redacción del artículo 26 apartado *i)* del modo siguiente: «*i)* Cuando por cualquier otra causa suponga un riesgo inaceptable

para la salud o seguridad de las personas o animales».

- 7) El artículo 31.2 queda redactado así: «El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá requisitos especiales para la prescripción y dispensación de los medicamentos que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares».
- 8) Se añade un artículo 31.4 bis en los siguientes términos: «En todo caso, los medicamentos estupefacientes o psicótopos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida. Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación».
- 9) Se añade al artículo 31.5 un nuevo apartado en los términos siguientes: «*g)* No se trate de medicamentos estupefacientes o psicótopos. Las unidades de venta al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o psicótopo».
- 10) Se añade al artículo 32 un segundo párrafo en los siguientes términos: «Asimismo la información personal obtenida al amparo del artículo 31.4 bis será confidencial, pudiendo el Ministerio de Sanidad y Consumo recabar tales datos exclusivamente con fines estadísticos».
- 11) Supresión de la Sección tercera del capítulo cuarto (art. 41), en cuanto califica a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como «medicamentos especiales», y los sujeta a una legislación especial.
- 12) Al artículo 42.1 se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos: «No obstante, la planta de *cannabis* y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida».
- 13) El artículo 80.e) queda suprimido.

- 14) Se añade un apartado 5 bis al artículo 84 en los siguientes términos: «Se prestará especial atención al desarrollo de actuaciones y programas específicos referidos a los medicamentos estupefacientes y psicótrpos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico».
- 15) El artículo 91.2.b) queda redactado *in fine* del modo siguiente: «... y velar por el cumplimiento de la legislación sobre cualquier medicamento que requiera un control especial».
- 16) Se añade un último inciso al artículo 93.2 en los siguientes términos: «de la Ley general de Sanidad, a salvo de lo expresado en el segundo párrafo del artículo 42.1 de esta ley».
- 17) El inicio del último inciso del artículo 94.2 queda redactado del modo siguiente: «Se considerarán, en todo caso, excluidos por este concepto los medicamentos estupefacientes o psicótrpos en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico a salvo lo expresado en el artículo 31.4 bis pág. 2, los productos de utilización cosmética...».
- 18) Se añade al artículo 100.3 un segundo párrafo en los términos siguientes: «En los medicamentos estupefacientes y psicótrpos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50 por 100, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabituación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas».
- 19) Al artículo 108.2.b).18º se le añade un último inciso en los siguientes terminos: «... de las recetas y órdenes médicas, o de los usuarios en los casos así establecios».
- 20) Se suprime la Disposición adicional Primera 1. en su apartado a).
4. El régimen de dispensación de *cannabis* y sus derivados aludido en el artículo reformado 42.1, párrafo segundo de la Ley 25/1990, así como el de consumo de todo tipo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con finalidad extraterapéutica se establecerá de modo análogo al actualmente vigente para el tabaco y/o alcohol.

Se tenderá a equiparar progresivamente al régimen propio de estas últimas sustancias todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico del *cannabis* y sus derivados.

PROPUESTA DE REFORMA DEL CODIGO PENAL

Artículo 344

Queda redactado como sigue:

«El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quintuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 pesetas.

El que, sin realizar las conductas anteriores, ejecute cualesquiera actos de promoción del consumo de tales productos o sustancias con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 200.000 a 500.000 pesetas.

Sin perjuicio en su caso de lo previsto en los artículos 8 y 9 de este Código, el que realizare cualesquiera de las actividades descritas en los párrafos anterior con la finalidad exclusiva o primordial de subvenir a las necesidades derivadas de su drogodependencia, será castigado con la pena de arresto mayor».

Fundamentación

Este precepto constituye, junto con el próximo, el núcleo de la propuesta, y supone acomodar el injusto penal a un sistema de legalización controlada como el expuesto en las páginas anteriores.

En su conjunto supone otorgar un trato más duro a las infracciones de tal sistema cuando se trate de medicamentos estupefacientes y psicótrpos que del resto de medicamentos. Aunque la propuesta podría entrar en vigor sin modificarse los artículos actualmente vigentes referentes a estos últimos, sería de desear que al menos los artículos 343, 343 bis y 344 ter también se adaptaran a la reciente Ley del Medicamento.

El objeto material se limita a las drogas denominadas duras, aceptando la división que viene haciendo la jurisprudencia. Se elimina la referencia a «drogas tóxicas» por innecesaria. Se relativiza la referencia a la nocividad de estas sustancias.

Las conductas típicas abarcadas en el primer párrafo son exclusivamente las de tráfico. Se ha eliminado, por considerarse innecesaria, la referencia a comportamientos de cultivo, elaboración o posesión: Todos ellos, en la medida en que estén integrados en las diferentes fases de la actividad mercantil, resultan incluidos en el concepto de tráfico.

La referencia a la autorización y a las formalidades legales es expresión directa de la aceptación del sistema de legalización controlada. La restricción a infracciones graves, así como la no alusión a la in-

fracción de formalidades reglamentarias, responde al principio de intervención mínima.

Se rebaja la pena de prisión en consonancia con el nuevo carácter de estos delitos.

La referencia al quíntuplo, así como al límite mínimo en la pena de multa, resulta coherente con el proceder sancionador administrativo de la ley 25/90. La referencia a las ganancias se hace compatible con el principio de seguridad jurídica y proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el actual 344 bis d).

El segundo párrafo atiende a supuestos de donación, invitación al consumo..., siempre con fines mercantiles, y en el caso de que no resulten incluidos en el párrafo anterior.

El tercer párrafo se hace eco de las demandas de la doctrina sobre un trato privilegiado al que trafica con fines de asegurarse su autoconsumo. Se elude además la imposición del arresto sustitutorio al no preverse pena de multa.

Artículo 344 bis a)

Queda redactado como sigue:

«Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de dieciocho años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de éstos».

Fundamentación

Atiende al segundo núcleo de las conductas a considerar. Se parte de una situación de posible concurso de delitos con el precepto anterior.

Se opta por una mayoría de edad elevada (la civil y no la penal). En los casos de disminuidos se exige un abuso efectivo.

Se renuncia a la pena de multa dada la posibilidad de aplicar, si concurren sus elementos, el tipo anterior donde ya se prevé, además de no exigirse en este tipo una finalidad mercantil que pudiera reforzar tal opción.

Artículo 344 bis b)

Queda redactado como sigue:

«Se impondrá en su grado máximo la pena de cualquiera de los delitos anteriores o, en su caso, la de aquel más gravemente penado:

1. Si el culpable pertenece a una organización, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad exclusiva o parcial la realización de cualesquiera de las actividades delictivas expresadas en los preceptos anteriores.

2. Si se omiten o alteran las exigencias prescritas reglamentariamente de composición, calidad o información de los citados productos o sustancias, o se realizan cualesquiera otras conductas de las descritas en los artículos anteriores con conocimiento de las citadas omisiones o alteraciones, incrementándose el posible daño a la salud de los consumidores.

La concurrencia de ambas circunstancias de agravación, o el desempeño de funciones de responsabilidad al menos de nivel intermedio dentro de una organización de las aludidas en el número 1 de este artículo, determinará la imposición de la pena superior en grado.

En relación con cualquiera de las conductas incluidas en los tres artículos anteriores la autoridad judicial podrá decretar además, en su caso, alguna de las medidas siguientes:

- a) Disolución de la organización y/o clausura definitiva del establecimiento, instalación o servicio empleado para la comisión del delito.
- b) Suspensión de las actividades de la organización y/o clausura del establecimiento, instalación o servicio por tiempo de seis meses a cinco años.

Fundamentación

Dada la posible relación concursal entre el 344 y el 344 bis a) se quiere limitar la agravación a sólo uno de ellos si se dan ambos.

La agravación primera reproduce el actual 344 bis a) 6.º con algunas mejoras técnicas. La consideración de las conductas de las organizaciones de narcotraficantes como criminalidad a tratar inespecíficamente entre los delitos socioeconómicos no debe impedir introducir una agravación aquí, dada la mayor facilidad de ejecución que implica.

La segunda agravante se basa en el actual 344 bis a) 5.º pero, creemos, considerablemente mejorado: Se habla de «omitir o alterar», a semejanza del 346, eludiendo las confusas, incompletas e incongruentes expresiones de «adulterar, manipular y mezclar»; se alude no sólo a «composición» y «calidad», sino también a defectos de «información», todo ello en relación a las exigencias del sistema de legalización controlada; para evitar problemas de imputación subjetiva de responsabilidad se alude, por un lado, a los que omiten o alteran, y por otro, a los que utilizan tales productos o sustancias conociendo tal omisión o alteración. Se mantiene la exigencia de creación de un peligro mayor para la salud, en el sentido de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño.

Se admite una agravación de segundo grado aunque con considerables exigencias. En ella se abstrae más que en la actualidad, y se matiza, la referencia a las personas responsables de las organizaciones.

Se amplía la posibilidad de imponer medidas de seguridad, en coherencia con la legislación administrativa y con la nueva naturaleza de estos delitos.

Se eliminan las restantes agravaciones actualmente vigentes.

Artículos 344 bis c) a 344 bis f)

Quedan derogados.

Fundamentación

En coherencia con todo lo anterior.

Artículo 48

Se intercala inmediatamente antes del primer punto y seguido:

«así como de las ganancias con ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Todos ellos serán decomisados...».

Se inicia el segundo párrafo así:

«Cuando los referidos efectos, instrumentos o ganancias no sean...».

Fundamentación

Se aspira simultáneamente a eliminar el régimen excepcional del artículo 344 bis e), con sus considerables defectos atentatorios a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, y a mejorar la regulación genérica del comiso por la vía de integrar la aportación positiva del 344 bis e) relativa a la inclusión de las ganancias, en el artículo 48.

Artículo 546 bis f)

Queda redactado como sigue:

«El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis c) de este Código se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.

Se impondrá la pena en su grado máximo a los habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspon-

diente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo».

Fundamentación

Se establece alguna mejora técnica como la eliminación de los superfluos términos de «recibiére, adquiriere o de cualquier otro modo».

Se pretende asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, tanto introduciendo el tercer párrafo con validez para los dos párrafos anteriores, como rebajando la pena de multa del tipo básico y la entidad del aumento de la pena en el tipo agravado.

Lo anterior permite igualmente eludir las incongruencias de pena que se producen actualmente entre el 546 bis f) y los artículos 344 y siguientes. Ello no obstante restan algunos problemas menores de adecuación con las penas del delito genérico de receptación, solubles únicamente a través de una reforma global del capítulo VII del título XIII del Código.

En coherencia con lo propuesto respecto a los artículos 344 y siguientes se elimina la remisión al artículo 344 bis e).

Artículo 93 bis

Se le da una nueva redacción en los siguientes términos:

«Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

- 1.º Que el condenado hubiera delinquirido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación.
- 2.º Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación.
- 3.º Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso».

Fundamentación

Se equipara, a los efectos de la concesión del beneficio, la dependencia alcohólica a la de estupefacientes y psicótrpos, lo que parece lógico dada la acientífica división entre drogas legales e ilegales. Además, se extiende a otros casos en los que, sin existir una situación de drogodependencia, la activi-

dad delictiva se produce en condiciones vitales de similar entidad.

Se amplía la posibilidad de aplicar la remisión condicional a condenas de hasta cinco años.

Se elimina la actual exclusión de los reincidentes, que constituyen actualmente el porcentaje más alto de los drogodependientes ingresados en prisión, configurándose así este instituto jurídico como una verdadera alternativa a la privación de libertad.

El mantenimiento del beneficio se condiciona a los requisitos generales propios de la institución.

Artículo 33

Se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

«Cuando la prisión preventiva se haya sustituido por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación que conlleve internamiento, el tiempo de duración de éste también se abonará para el cumplimiento de la pena finalmente impuesta».

El actual párrafo segundo se convierte en el párrafo tercero.

Fundamentación

Se atiende a una insistente demanda de doctrina y jurisprudencia.

El abono del período de internamiento para deshabitación como tiempo de cumplimiento de la pena es coherente con lo establecido en el actual artículo 9.1, cuando el internamiento se impone como medida en la sentencia que aprecia una eximente incompleta. Se dejan fuera de abono los casos de tratamiento ambulatorio por entender que no conlleva privación de libertad, siendo una medida más similar a la establecida por el artículo 530 de la LECrim. para la libertad provisional al imponer la comparencia periódica en el Juzgado, que no conlleva abono alguno posterior.

Artículo 8.1

Se añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

«Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir».

Los párrafos segundo y tercero pasan a ser los párrafos tercero y cuarto.

Fundamentación

Recoge la más reciente doctrina jurisprudencial.

Aun cuando se aplique muy rara vez como eximente completa, sirve de fundamento a los supuestos más frecuentes de eximente incompleta.

PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 505

Se añade un párrafo tercero en los siguientes términos:

«También podrá acordar la sustitución de la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, cuando se trate de delitos motivados por la dependencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

Los actuales párrafos tercero y cuarto pasan a ser los párrafos cuarto y quinto.

Fundamentación

Razones sistemáticas obligan a extender la modificación realizada en el artículo 33 del Código penal a la LECrim., por ser el texto en el que se regula la adopción de medidas cautelares durante el proceso, ubicando la nueva norma procesal inmediatamente después de la que faculta al juez para acordar la prisión atenuada por razón de enfermedad.

OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA

1. Denuncia de la Convención única de estupefacientes de 1961, del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como de sus modificaciones y restantes acuerdos internacionales ratificados por España, en lo que sea preciso para llevar a cabo los cambios de legislación interna aquí propuestos.
2. Derogación del artículo 1.3.1.º de la LO 7/82, de 13 de julio, de Contrabando.

Fundamentación

En coherencia con todo lo recogido en el conjunto de la alternativa propuesta.

No se propone la derogación de los artículos pertinentes de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, por estimar que la citada ley debe ser derogada en su totalidad, lo que puede decirse que ya ha sucedido en la práctica dada su frecuente inaplicación por jueces y tribunales.

Sevilla, 9 de febrero de 1991

ESTUDIOS

Aborto y objeción de conciencia

Miguel Angel GARCIA HERRERA

I

El substrato ideológico y valorativo de nuestra Constitución proporciona un fundamento inequívoco para el desarrollo del individuo en libertad. La declaración constitucional de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico, y la dicción literal del artículo 10.1 que proclama a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamento del orden político y de la paz social, inscriben a nuestro Código Político en una nítida inspiración personalista que reclama un desarrollo e interpretación orientados a la máxima potenciación de la libertad individual.

La utilización de este criterio en nuestro tema encuentra una inmediata aplicación. Parece de rigor admitir y defender la tesis de la máxima expansión de la esfera de libertad, en cuanto presupuesto indispensable de desarrollo individual. En este sentido, recuperando los términos de nuestra cuestión, resulta lógico admitir la necesidad de que la objeción de conciencia encuentre las condiciones necesarias para su ejercicio.

No es discutible que la objeción de conciencia goza en la actualidad de una gran vitalidad. Circunscrita en épocas pasadas a ciertas materias con las que ha estado ligada históricamente, en la actualidad se esgrime como defensa y reacción del individuo frente a normas jurídicas en múltiples campos. Así, una somera revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se permite verificar la existencia de múltiples pronunciamientos de la Corte norteamericana sobre supuestos de objeción de conciencia referidos no sólo a los clásicos temas de exención del servicio militar, sino también a otras cuestiones como violencia y ejercicio de la abogacía, creencia en Dios y acceso a cargo público, objeción de conciencia contra la realización de determinadas actividades laborales, contra la escolarización obligatoria de los hijos, contra el pago de las tasas de la seguridad social, etc. Y más recientemente se plantea asimismo la objeción de conciencia en materia fiscal en relación con ciertos gastos del Estado en armamento bélico. En suma, la obje-

ción de conciencia se expande de forma paulatina al compás de la intensificación de la complejidad social y de la interiorización de la tolerancia como pauta de conducta.

Pero la expansión de la objeción de conciencia no puede realizarse desconectada del entramado en el que se asienta, ni resulta admisible su conformación como realidad absoluta. La necesaria compatibilidad con otras exigencias y expectativas de orden político, social y personal obligan a modular su ejercicio y a impedir que una concepción ilimitada arrase los fundamentos de la convivencia y dañe otros derechos y libertades. El obligado pronunciamiento en favor de la objeción de conciencia no debe desconocer la existencia de la misma complejidad que actualmente alienta su desarrollo. Ni cabe excluir apriorísticamente que el ejercicio de la objeción de conciencia puede ser realizado de acuerdo con ópticas singulares que primen, de forma egoísta y atomizada, posiciones interesadas que desconocen otros intereses en juego. Es, pues, un esfuerzo de convivencia de derechos el que hay que poner en práctica, para encontrar el término equilibrado que permita la convivencia de expectativas.

La búsqueda del punto de compatibilidad exige el análisis de los factores que concurren a perfilar la especificidad de la objeción de conciencia en la práctica del aborto en el contexto en el que nos desenvolvemos. El problema ya no consiste en el ser o no ser del aborto sino en el cómo. Hace unos años la práctica de la interrupción de la gestación se configuraba como la cuestión central y suscitaba nuevas cuestiones que hasta entonces habían permanecido ocultas en el curso de un debate que giraba en torno a profundos argumentos científicos, morales, teológicos, etc. Pero concluida esta fase de definición, la materialización del esquema diseñado exige la colaboración de colectivos externos. Y aquí, en un terreno de micropolítica aparece con toda crudeza la conciliación entre la objeción de conciencia y la práctica del aborto, la intersección entre el fuero interno del médico y el derecho de la gestante, un punto de compatibilidad que corresponde precisar al Estado para asegurar la realización de las expectativas contrapuestas.

Planteados los vectores de la cuestión, la resultante sólo se alcanzará cuando se disponga de un

criterio valorativo que permita definir racionalmente las esferas y los límites tolerables de cada derecho.

En esta reflexión, parece oportuno conocer el criterio de nuestro Tribunal Constitucional sobre el conflicto de intereses.

Como no podía ser de otra forma, la sentencia 53/1985, de 11 de abril, de la Corte española aprovechó parte de los argumentos expuestos hace más de una década por sus homónimas europeas y afrontó con una cierta exhaustividad las cuestiones que se debatieron en la década de los años setenta: la titularidad de derechos del embrión, la obligación del Estado de tutelar al feto, el conflicto entre la personalidad de la madre y los derechos del concebido, las exigencias para la práctica del aborto, etc., temas todos ellos que reciben un tratamiento ecléctico, adoptando criterios de una u otra sentencia.

Como es sabido, el punto de arranque consiste en un doble reconocimiento crucial de la importancia del derecho a la vida del artículo 15 y de la dignidad de la persona, un punto de partida que será fundamental para establecer el equilibrio entre los derechos en conflicto:

«Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes». (F.J.3.º).

Desde esta premisa, el Tribunal Constitucional enuncia la obligación positiva de velar por la efectividad de los valores y derechos, lo que le permite defender que el nasciturus encarna un valor fundamental que es un bien jurídico constitucionalmente protegido.

La aceptación del carácter de bien jurídico constitucionalmente protegido de la vida del embrión proporciona la respuesta parcial al problema suscitado. A continuación es necesario confrontarlo con la otra perspectiva en juego. La inevitable preparación viene dada por la relativización de la protección, pues puede y debe quedar sometida a limitaciones. La entrada en escena de la madre impone las correcciones pertinentes. Su irrupción viene fundamentada en el reconocimiento de la dignidad de la persona sancionada en el artículo 10 y concretada en los artículos 15, 16 y 18 CE:

«Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados

derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución.» (F.J. 8.º).

Resulta innecesario a los efectos de esta exposición reproducir las discrepancias en contra de esta sentencia, que alcanzaron en el seno del propio Tribunal una intensidad inusual. Seis magistrados censuraron la excesiva carga ideológica de la sentencia y, sobre todo, el desbordamiento de los límites funcionales de la Corte al contener el Fundamento Jurídico 12 una serie de indicaciones que vulneraban la autonomía del poder legislativo y transformaban al Tribunal en «tercera Cámara». Incluso el magistrado Rubio Llorente reprochó a la sentencia su incoherencia, pues, a sus proclamaciones retóricas, «ignora absolutamente los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad que la Constitución consagra y de los cuales sí son titulares las mujeres embarazadas, cuya dignidad, tantas veces citadas y aun definida en la sentencia, al parecer ha de seguir siendo protegida por el tradicional procedimiento de considerar delictivo todo aborto, sean cuales fueren sus circunstancias...».

La doctrina tampoco ahorró críticas al pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Así, se reprochó a la sentencia la carga ideológica de los primeros fundamentos jurídicos, la existencia de ideas subyacentes implícitas en el razonamiento, la falta de conflicto entre los derechos de la madre, la consideración como bien jurídico constitucional y el nasciturus, la ampliación de los valores constitucionales recogidos en el artículo 1.1 CE, la falta de desarrollo de los derechos de la mujer embarazada, la ausencia de fundamento constitucional del fallo emitido, etc.

En esta línea crítica tiene especial interés la denuncia sobre los riesgos de una utilización desmedida de los valores, que conduciría a la conformación de la Constitución por los jueces, de acuerdo con su particular axiología. El reconocimiento de la eficacia directa del valor, de su carácter inmediatamente normativo y no meramente interpretativo, hasta el punto de fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos de una ley, comporta una concepción deformada del papel del Tribunal Constitucional no sólo porque, en este caso, el valor utilizado no está positivizado ni reconocido por la Constitución, sino, sobre todo, porque constituye una suplantación del poder legislativo al que corresponde traducir el valor en norma.

II

Establecido el marco jurídico de debate, debemos proceder al análisis del ejercicio de la objeción de conciencia en la práctica del aborto.

La objeción de conciencia al servicio militar es caracterizada como exención de un deber constitucional contemplado en la Carta Magna. En este supuesto nos encontramos ante una relación directa entre poder-individuo cuyas consecuencias se agotan en el interior de este circuito. El resultado del reconocimiento o no de la objeción de conciencia se

circunscribe a la prestación de un deber o a la declaración de la exención, sin que se requiriera la presencia de elementos externos para el cumplimiento de la decisión que concluía el procedimiento.

No cabe duda que la objeción de conciencia en materia de aborto incorpora unos niveles de complejidad superiores que se traducen, entre otras cosas, en la densidad subjetiva que acompaña a la suspensión del estado de gravidez. Ya no estamos ante un criterio bilateral, pues la realización del supuesto normativo precisa del protagonismo de realización precisa del protagonismo de terceros que desempeñan un papel crucial. Si antes nos encontrábamos ante un deber constitucional, ahora estamos, cuando se produce la relación con la Sanidad pública, ante el derecho a una prestación que precisa un escenario técnico y la intervención del especialista y de su entorno auxiliar.

En relación con el médico cabe referirse a dos aspectos diferentes: a) la relevancia de la función del médico; b) el componente cultural del colectivo médico.

Cuando nos referimos a la relevancia de la intervención del médico, no estamos atendiendo exclusivamente al hecho de que la realización de un aborto en condiciones sanitarias adecuadas exige, de una u otra forma, el diagnóstico y la intervención del especialista. Este protagonismo significativo adquiere, además, nuevos matices cuando se analiza la legislación abortista en numerosos países. En muchas ocasiones, el planteamiento restrictivo de las causas justificativas del aborto otorga un papel primordial al médico, que comprueba cómo la legislación incrementa su responsabilidad en la toma de decisiones referidas a la práctica del aborto. La eliminación de causas de orden económico y social significa la inserción del aborto en el ámbito sanitario y la progresiva consideración de la interrupción de la gravidez como acto médico.

Como se ha dicho acertadamente, las espaldas de los médicos tienen que soportar una triple responsabilidad: consejero espiritual, intérprete de la ley, y agente de la aplicación de la norma. En relación con la primera posibilidad, el cuerpo facultativo mantiene contactos y reuniones con la afectada encaminados a proporcionar una información y a suscitar una reflexión en la interesada sobre la gravedad y trascendencia de sus propósitos. Aunque no se pretende sustituir la decisión final de la mujer, es evidente que nos encontramos ante líneas divisorias difusas que conllevan cierta implicación del personal facultativo en la decisión final.

En segundo lugar está la función del médico como intérprete de la ley. Al doctor le corresponde insertar el supuesto de hecho en la previsión normativa, comprobar la adecuación entre el hecho y el precepto, la correspondencia entre ser y deber ser. La consideración del aborto como acto médico implica que la correcta realización de éste significa la plena satisfacción de las exigencias de la letra de la ley.

En tercer lugar, el médico es el agente indispensable para la realización del aborto. El momento valorativo tiene su continuación en la materialización de la decisión, en la conclusión del proceso, cuya práctica garantizada precisa del concurso del técnico y del especialista que evite las lacras tan frecuen-

tes en los abortos llevados a cabo fuera de los circuitos hospitalarios.

Aunque los colectivos o categorías profesionales en una sociedad democrática están traspasados por múltiples diferencias ideológicas que reflejan un innegable pluralismo, no son desdeñables las manifestaciones, más aún si exhiben una cierta continuidad, de los portavoces de los órganos corporativos o las declaraciones de reuniones y conferencias que agrupan a sectores significativos. La virtualidad de tales pronunciamientos sirve para pulsar el sentir mayoritario y conocer, al menos parcialmente, algunos contenidos del acervo cultural del correspondiente colectivo.

Son múltiples los testimonios y documentos oficiales de la profesión médica que permiten verificar una posición continuada en relación con este tema. Los criterios de la regulación abortista suelen referirse a ellos con frecuencia para demostrar la vaciedad de los argumentos contrarios, a los que se oponen el criterio de autoridad que emana de los textos aprobados por colectivos formados por individuos que trabajan con el método científico. El Congreso Médico de Oslo de 1970 proclamó el derecho de los médicos a negarse a aconsejar o ejecutar un aborto si su conciencia se lo prohíbe. Asimismo, una resolución de la AMA (American Medical Association) de 25 de junio de 1970, citada en la sentencia *Roe v. Wae* (VI, n.6), defendía que «a ningún hospital, médico o personal sanitario se le puede obligar a realizar actos contrarios a sus principios morales».

En nuestro país también se han elaborado textos de estas características. Así, por ejemplo, se recuerda la declaración del Consejo de Colegios Oficiales de España, realizada durante el debate sobre la ley despenalizadora del aborto, que sostiene la existencia de la vida desde el momento de la concepción. Por su parte, para la Real Academia de Medicina, «la vida humana da comienzo en el momento mismo de la fecundación y, por tanto, la interrupción de la misma, en cualquier momento que se realice, conlleva la supresión de una vida y constituye formalmente un homicidio».

En el fondo, no significa sino reiterar la vigencia del secular juramento de Hipócrates, como quintaesencia de una moral médica que ha perdurado a través de los siglos. En síntesis, el médico se compromete a no dar, si se solicitan, drogas mortales ni consejos con tal fin. Asimismo, el médico tampoco dará medicinas abortivas a las mujeres. Sin embargo, como recuerda el juez Balckmun, esta promesa fue ampliamente desatendida en su tiempo y no consiguió frenar la práctica abortiva en la antigüedad. Puesto que se basa en el reconocimiento del embrión como soporte de vida desde su concepción, esta tesis no era compartida por filósofos importantes que negaban tal identificación. Sólo los pitagóricos defendían tal criterio. Y esta base pitagórica es la que explica su apoyo minoritario y la indiferencia con la que era contemplada por los médicos de la antigüedad. Sólo con el transcurso del tiempo y la hegemonía de determinadas concepciones de la vida y concepción, el juramento hipocrático consiguió imponerse y funcionar como paradigma, núcleo de toda ética médica y personificación de la verdad, en palabras del magistrado citado. Pero, citando a

Edelstein, la sentencia *Roe v. Wade* recuerda que el mencionado juramento es «a Pythagorean manifesto and not the expression of an absolute standard of medical conduct». (VI, n.2).

No ha sido ajeno a este sentir el apoyo doctrinal externo que ha recibido el colectivo médico por parte de las confesiones religiosas. Por citar un ejemplo, Paul Ladrière resume la polémica entre la Iglesia católica y de los defensores del aborto que se conduce básicamente a la determinación del origen de la vida. Así se comprueba la oscilación argumental del razonamiento eclesiástico que tan pronto rechaza las tesis de Monod y Jacob acerca de la relación entre vida y formación del sistema nervioso central, por considerar que no corresponde a las ciencias biológicas aportar un juicio decisivo sobre las cuestiones filosóficas y morales, como pretende defender sus principios morales con el refuerzo de argumentos científicos que confirman sus conclusiones acerca del origen de la vida. Como dice Ladrière, existe una frecuente confusión entre la pretensión de la jerarquía de dirigirse a los ciudadanos para defender sus principios morales, y el recurso a su posición de autoridad para solicitar la imposición generalizada de sus tesis. En cualquier caso, es evidente que la irrupción de la argumentación religiosa en el debate contribuye a fortalecer ese elemento cultural al que hemos hecho referencia.

En el fondo, estamos ante una polarización entre la función proclamada del médico y la práctica del aborto. Si se acepta la tesis del origen de la vida en el momento de la concepción, en base a consideraciones científicas, religiosas o morales, resulta fácil contraponer la misión del médico orientada a la salvaguarda y mejora de la vida y la práctica del aborto, identificada con la eliminación de la vida. Se acepte o no esta contraposición, es innegable que opera en la realidad y que todo tratamiento de la objeción de conciencia en materia de aborto deberá tener presente este componente cultural que comporta una valoración profesional.

III

Conocer el estado de la cuestión de la objeción de conciencia exige seguir los desarrollos del Tribunal Constitucional.

Hay que recordar nuevamente en la STC 15/1982, de 23 de abril, se contenía un posicionamiento firme y contundente en favor de la objeción de conciencia.

«Tanto la doctrina como el derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional».

Esta defensa radical de la objeción de conciencia, amparada por la libertad ideológica del artículo 16,

sufrió importantes matizaciones en la STC 160/1987, de 27 de octubre.

«Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental. A ello obsta la consideración de que su núcleo o contenido esencial —aquí su finalidad concreta— consiste en constituir un derecho a ser declarado exento del deber general de prestar el servicio militar (no simplemente a no prestarlo), sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria. Constituyen en ese sentido una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el artículo 30.2 en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 CE) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos »

El Tribunal Constitucional afirma la insuficiencia jurídica del artículo 16 para fundamentar el ejercicio de la objeción de conciencia. Es preciso un reconocimiento expreso del artículo 30.2, pues la mera referencia al artículo 16 no basta para liberar de los deberes constitucionales «con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos».

A primera vista, parecen claras las repercusiones que se pueden extraer para nuestro tema. Si la objeción de conciencia precisa un reconocimiento expreso, y no basta la referencia genérica a la libertad ideológica, tronco incuestionable en esta materia, queda eliminado el espacio para aquellas objeciones de conciencia que no están contempladas en la norma. No cabe, por tanto, ampliar el significado literal del derecho para evitar el peligro de la contestación al ordenamiento jurídico que significaría el recurso desordenado a la conciencia para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones jurídicas. Si no hay reconocimiento constitucional, ni regulación legislativa, la conclusión evidente debería ser la negación de toda pretensión de ejercicio de un derecho de objeción de conciencia que no haya sido incorporada en el alvéolo del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial ha dejado subsistir la STC 53/1985, de 11 de abril, que, aunque coherente con la sentencia de 1982, no lo es tanto con el fallo de 1987:

«No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.»

No hay que insistir en la distancia que media en-

tre las dos sentencias. Mientras que la STC 53/1985 enlaza sin dificultad con la 15/1982, la 160/1987 asume una tesis restrictiva. La afirmación de que el derecho de objeción de conciencia «existe y puede ser ejercido con independencia de que haya dictado o no tal regulación» contradice la tesis que reclama una expresa previsión jurídica. En cualquier caso, las oscilaciones del Tribunal Constitucional deben interpretarse en la forma más favorable para la vigencia de los derechos fundamentales. El soporte proporcionado por el Tribunal Constitucional debe ser apurado en favor de la vigencia y ejercicio del derecho, a pesar del contraste de otras manifestaciones.

La objeción de conciencia en el aborto no ha sido todavía regulada por el Parlamento. Para su definición jurídica tan sólo se dispone de la jurisprudencia constitucional y de la exigua normativa de carácter reglamentario (básicamente la orden de 31 de julio de 1985 y el RD 2409/1986, de 21 de noviembre). De este conjunto podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) La objeción de conciencia en materia de aborto es reconocida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985. A pesar de que la falta de regulación de otras hipótesis de objeción de conciencia sería inviable por falta de regulación legal, la Alta Corte ha admitido la existencia del derecho en base a la libertad ideológica y de conciencia reconocida en el artículo 16 de la Constitución.
- b) El derecho a la objeción de conciencia requiere un procedimiento establecido por el legislador para la plena vigencia y eficacia del derecho. La ausencia de esta regulación no impide la plena efectividad de los derechos fundamentales y el reconocimiento del derecho del objetor. Pero, la dilación del legislador provoca la vigencia exclusiva del contenido mínimo que se traduce en el respeto y tutela de los dictados de la conciencia del personal sanitario y en la imposibilidad de ser obligado a actuar en contra de los criterios fundados en su fuero interno. La aplicación analógica de la sentencia 15/1982 permite justificar la tesis de la negativa para el ejercicio, con las debidas garantías, del derecho.
- c) En la actualidad, el personal facultativo dispone de dos posibilidades para la no realización del aborto. Por una parte, el recurso a la tesis del Tribunal Constitucional, que avala la objeción por motivos religiosos, éticos, ideológicos, etc. Por otra parte, la utilización de los que se ha dado en llamar la «objeción legal» consistente en la exigencia rigurosa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 417 bis del Código Penal y en el Real Decreto 2409/1986, exigencias referidas tanto a la existencia de los medios técnicos mínimos, como a la verificación de los su-

puestos de hecho contemplados en la norma y a la realización de las fases procedimentales previstas.

- d) Sin detenernos por ahora en el rango formal de la disposición, el Real Decreto 2409/1986 no arbitra un procedimiento de ejercicio del derecho y adolece de los defectos que antes hemos comentado. Obviamente, las deficiencias de bulto del Real Decreto se subsanan con la apelación a la sentencia del Tribunal Constitucional que, por su concisión, ampara el ejercicio del derecho. El contenido mínimo del derecho satisface las exigencias abstencionistas de los objetores, por lo que éstos se encuentran perfectamente tutelados en sus requerimientos.
- e) Estamos, pues, en una situación anómala. El legislador no ha cumplido el mandato constitucional (art. 53.1 CE) y consiente un posible ejercicio desordenado del derecho, sin instrumentos de control que filtren la alegación sincera o oportunista de la objeción de conciencia. El enunciado de principio del Tribunal Constitucional, válido y perfectamente justificable en una sociedad democrática y pluralista, sensible a los valores y dignidad de la persona, no ha recibido el tratamiento adecuado por el legislador. La inactividad produce la consolidación de un reconocimiento abstracto que desconoce el entorno social en el que tiene que actuarse.
- f) El balance final se traduce en una situación de claro desequilibrio. Mientras que el personal sanitario es protegido jurídicamente, no se tutela en la misma medida la pretensión jurídica de la gestante. Las situaciones límites antes apuntadas muestran fehacientemente la imprescindible y necesaria integración del ejercicio de los derechos del objetor dentro de las necesidades de la vida social. El Tribunal Constitucional proclamó el deber del Estado de garantizar la salvaguardia del derecho a la vida y a la salud de la madre. La objeción de conciencia debe situarse en dicho contexto y ser atemperada a las exigencias que derivan del reconocimiento que hoy existe en esta materia entre los derechos del personal sanitario y los derechos de la gestante.

IV

De acuerdo con el hilo argumental desarrollado, el fin primordial consiste en la tutela de la dignidad de la mujer gestante, lo cual requiere un ejercicio ponderado de la objeción de conciencia, derecho que, a su vez, y por razones obvias, también debe ser protegido. Con este objetivo vamos a esbozar un cuadro sumario que contengan una serie de propuestas coherentes con tal finalidad:

- a) En primer lugar, hay que precisar la titularidad subjetiva de la objeción de conciencia. Son varias las cuestiones que se plantean en torno al alcance de dos sujetos legitimados para objetar. Básicamente hay dos posiciones: una amplia, que prácticamente abarca a todo el entorno hospitalario, y otra restrictiva, que intenta ceñirse a las actividades médicas y sanitarias relacionadas directamente con el proceso e intervención abortiva. Parece más razonable defender esta segunda posición que se sustenta en el derecho del ciudadano a la salud (art. 43 CE y 1 de la Ley 14/1986) y a la interrupción del embarazo (en los términos del art. 417 bis CP).

En coherencia con esta tesis hay que excluir la posibilidad de que el personal sanitario no implicado pueda objetar. Aunque es admitido por los antiabortistas, parece inapropiado admitir la objeción de conciencia de los sujetos que no tiene ninguna participación en la práctica del embarazo. En caso contrario habría que admitir, por ejemplo, que la recepcionista, telefonista o los camilleros alegaron sus reservas de conciencia, hipótesis a todas luces desproporcionada para su función en la división del trabajo hospitalario.

Asimismo habría que hacer dos precisiones. La objeción de conciencia es manifestación personal de un fuero interno. La posición relevante del objetor en el cuadro médico no es causa suficiente para que su particular concepción del mundo irradie sobre el personal dependiente en la profesión médica y asistencia sanitaria.

Por otra parte, tampoco es procedente admitir las objeciones de conciencia institucionales de los centros privados. En primer lugar, porque entran en contradicción con el carácter individual que reconocemos a las reservas de conciencia. En segundo lugar, porque, de acuerdo con la normativa vigente, basta con no solicitar la autorización administrativa para mantenerse fuera de la red de centros abortistas. El reconocimiento de la objeción institucional serviría más como instrumento de propaganda antiabortista, que como tutela del derecho del objetor.

- b) La STC 160/1987 ha admitido la constitucionalidad del procedimiento establecido para el ejercicio de la objeción de conciencia en el servicio militar. El derecho está reconocido por la Constitución pero para su declaración requiere una fase de racionalización que concilie los intereses en juego.

Con este fin, el objetor solicita y motiva la petición que presenta ante una Comisión que puede pedir una ampliación de la información. Y este procedimiento se ha considerado respetuoso no sólo con el artículo 16, sino tam-

bién con la intimidad (art. 18.1) y la no obligación de declarar acerca de las propias ideas (art. 16.2).

En principio, no hay ninguna razón que impida aplicar estas conclusiones a la modalidad objetora en materia de aborto. El punto de partida sigue siendo la creación constitucional del derecho y su posterior declaración. Pero se requiere proceder a la articulación de la compatibilidad de intereses. Un tratamiento riguroso de esta cuestión hace aconsejable exigir el planteamiento previo de la objeción sobrevenida, la aparición en cualquier momento de los escrúpulos morales o religiosos, lo lógico es suponer una sólida formación ética o religiosa en el personal sanitario, de forma que tienen un apriori consolidado en coherencia con sus creencias. El respeto absoluto a su ideario y a las legítimas pretensiones de la gestante reclaman una explicitación previa de las reservas del objetor, para así clarificar radicalmente su toma de posición y permitir la organización sanitaria adecuada.

- c) La coherencia y el rigor exigidos tienen un complemento natural en la justificación de la declaración preventiva. La concepción de la objeción como exención de un deber requiere la existencia de razones que expliquen las causas de la inhibición del personal sanitario, que acrediten los motivos que inducen a desentenderse de la satisfacción de un bien constitucional y un derecho. La no declaración previa o la reducción de ésta a mera formalidad escrita vuelven a incurrir nuevamente en la visión que prima una posición con menoscabo de la otra y se basan en una presunción que cubre la objeción de conciencia. Sin embargo, los datos reales no siempre confirman la visión parcial de los antiabortistas, pues se dan numerosas excepciones que demuestran el uso indebido de la flexibilidad formal de la alegación objetora.
- d) Admitida la alegación justificada y dentro de los plazos previstos, el destinatario de la petición tiene que ser la autoridad sanitaria competente que le dará el trámite previsto en la normativa vigente. Disipar dudas y disponer de las condiciones adecuadas son objetivos de la manifestación pública de la objeción. Por ello, la declaración debe dirigirse o hacerse llegar a todos aquellos que tengan responsabilidad directa, médica o administrativa, en la puesta a punto de los medios necesarios para practicar la intervención abortiva. La recepción del documento impulsa, en su caso, la iniciación del procedimiento verificador y justifica, si ello es menester, la adopción de medidas que subsanen las deficiencias o ausencias que puedan eventualmente generarse en

el organigrama hospitalario a resultados del reconocimiento de la objeción fundada.

- e) Otra cuestión básica es el alcance de la exención consentida al objetor. El relevante protagonismo del médico (especialista, asesor, colaborador) no empaña la responsabilidad final asumida por la embarazada después de sopesar los datos recibidos en las consultas y entrevistas. Mientras la gestante no emite su decisión y reitera su voluntad, el procedimiento se desenvuelve en una fase previa que, por su apertura, su conclusión es imprevisible. Al ser una etapa deliberativa, de ponderación de razones diversas, no roza la esfera de la intimidad del objetor que, sólo si es médico, participa en un proceso discursivo cuya conclusión compete a un tercero. Esta distancia entre el núcleo esencial de la conciencia y el curso de los acontecimientos permite sostener la exclusión de la fase previa del ámbito de exención de la objeción de conciencia. Sólo cuando el estadio valorativo ha concluido y se ha manifestado la voluntad firme de abortar, es cuando procede la inhibición del personal sanitario. Incluso, su presencia en el período previo puede proporcionarle la oportunidad de canalizar prácticamente su celo antiabortista con la paciente sometida a sus cuidados.

Una argumentación similar es utilizable en el período posoperativo. Una vez que el aborto se ha consumado de forma irreparable, el médico o personal objetor se encuentra no ante una mujer que desea abortar, sino ante una paciente que requiere una atención sanitaria para restablecer plenamente su salud. Los hechos del pasado no deben proyectarse sobre el presente y justificar una inhibición en base a unas razones que ya no tienen sentido por desaparición y superación del supuesto de hecho.

La acotación del ámbito de incidencia de la objeción se completa con el reconocimiento de un límite absoluto, ante el cual cede la reserva de conciencia. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la situación límite de riesgo de pérdida inminente de la vida de la gestante. En este supuesto, la mayoría de las legislaciones apuesta por conservar la vida de la mujer embarazada e imponer la práctica del aborto al médico objetor, que no puede ampararse en su fuero interno para negar su colaboración, so pena de incurrir en grave responsabilidad si, a resultados de su negativa, deriva un resultado de muerte.

- f) De la misma forma que es admisible una objeción sobrevenida, también es posible el movimiento inverso. La renovación de la objeción podría producirse de tres formas diferentes. En primer lugar, el objetor puede comunicar

a la autoridad competente la modificación de sus criterios personales. En segundo lugar, el objetor puede participar en su centro de trabajo en la práctica de abortos, desvelando con su conducta el cambio de mentalidad. A diferencia de estas revocaciones subjetivas y voluntarias, hay una revocación objetiva e impuesta que se produce cuando el objetor, a pesar de su mantenida declaración pública de abstención, realiza interrupciones de embarazos que entran en contradicción con su testimonio formal y contrastado. La laxitud demostrada confirma la insinceridad de sus reservas ideológicas y la práctica de una doble moral que debe conducir a la privación de la exención concedida y a la aplicación de las medidas disciplinarias correspondientes por haberse inhibido, con falsas razones, del cumplimiento de sus deberes profesionales.

Hasta ahora se ha estudiado un aspecto del referido a la posición subjetiva del objetor. Pero la admisión de sus reservas genera nuevos problemas: la forma de satisfacer el derecho de la gestante, la situación del objetor, la responsabilidad de la administración sanitaria. El respeto al objetor exige consustancialmente la inexistencia de toda discriminación por causa de la postura adoptada. Pero a diferencia con el servicio militar, en el aborto hay una expectativa de terceros que no puede desconocerse. La dificultad consiste en articular las medidas adecuadas que, sin perpetrar daño alguno al objetor, tampoco lastimen las pretensiones de la embarazada.

- g) De la existencia del derecho se deriva una responsabilidad de la Administración.

El Tribunal Constitucional ha precisado en varias sentencias el alcance de las competencias de organización que corresponden a la Administración cuando el ejercicio de la misma afecta a los sujetos dependientes. En la conocida sentencia 99/1987, y posteriormente en la STC 129/1987, la Alta Corte sostiene que «el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto.

El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa a que se está disfrutando...» (FJ 6.º a). La capacidad de regulación lleva, pues, a la admisión de una gran disparidad de situaciones: «en

nuestro ordenamiento, y en las diversas Administraciones no existe un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, ni existe tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos.» (STC 207/1988, FJ 3.º).

Pero ha sido la STC 178/1989, de 2 de noviembre, la que ha aportado un desarrollo interesante a esta materia y ha clarificado el fundamento constitucional que permite a la Administración manipular la organización administrativa. La clave está en el principio de eficacia del artículo 103.1 de la Constitución.

«Si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de las consecuencias es, sin duda, la plasmación de sus valores en una *organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente.*» (FJ 3.º).

Estos criterios están profusamente recogidos en la legislación sanitaria. Así el artículo 7 de la Ley 14/1986 establece que «los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad», eficacia que hay que entender como respuesta adecuada a las necesidades sociales. Esta eficacia puede exigir en ocasiones la movilidad del personal. El artículo 87 aporta el fundamento normativo para introducir las modificaciones pertinentes: «El personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud», fórmula de compromiso que concilia el respeto al personal sanitario con la atención a los derechos de los pacientes.

En síntesis, el reconocimiento de la objeción de conciencia debe hacerse con la previsión explícita de límites y la sanción normativa de la responsabilidad de la Administración de tutelar el derecho de la gestante.


NO HAY DERECHO.

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

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____
Dirección: _____ C. Postal: _____
Ciudad: _____

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



Proceso penal y publicidad

Luciano VARELA CASTRO

I. LA PUBLICIDAD, INSTRUMENTO DE CONTROL DEMOCRÁTICO DEL PODER

Afirmaba Norberto Bobio que la democracia es idealmente el gobierno del poder «visible», o sea del poder que se ejerce o debería ejercerse siempre en público¹ demostrando el acierto de Platón al calificar la democracia de «teatrocracia» y el de Maurice Joly en su *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, cuando indica que las instituciones de un país libre no pueden durar largamente sino actúan «au grand jour»².

Resuelta pacíficamente la cuestión de la calificación de la jurisdicción como un verdadero poder³, el instrumento de actuación del mismo que es el proceso debe estar asimismo determinado por la impronta de la publicidad. Con Glauco Giostra puede afirmarse que la publicidad no es algo que se dé *ab externo* a la realidad procesal, dejándola inalterada, sino que la publicidad cambia el modo de ser y la validez política de la administración de justicia⁴.

Ya Beccaria había aconsejado la publicidad de los juicios y las pruebas de los delitos para que la opinión imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga que no somos esclavos, sino defendidos, advirtiendo que el secreto es «el escudo más fuerte de la tiranía»⁵.

Esa dimensión funcional de la publicidad como instrumento de control, de clara raigambre liberal, mantiene su plena vigencia hoy como ayer⁶ en cuanto característica del sistema democrático de gobierno, por lo que puede decirse con Couture⁷ que es la publicidad el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores, ya que «en último término, el pueblo es el juez de los jueces». Lo que ya había sido expresado por Mirabeau ante la Asamblea Nacional cuando expresaba: «Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo, si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público».

En los textos internacionales destaca el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 14 afirma el derecho de toda persona a ser oída públicamente... siquiera admite que la prensa y

público pueden ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios en determinados supuestos.

Desde perspectivas diversas, no faltan hoy advertencias sobre la mutación funcional que puede experimentar la publicidad.

Si el Derecho Penal es valorado como un instrumento, formalizado, de control social⁸, éste se actúa conjuntamente tanto con el proceso como con los medios de información, en la medida en que éstos multiplican los efectos de aquél.

Así observa Ernesto Pedraz⁹ que la publicidad «ha dejado de ser, pues, un medio de control inmediato de la actividad judicial para transmutarse en control desde el espectáculo (show) judicial», afirmación asumible siquiera con la matización de entender subsistentes ambas funciones.

II. INTERESES EN CONFLICTO. LOS LIMITES A LA PUBLICIDAD

1. El fin del proceso como límite implícito

El fundamento mismo del principio de publicidad, su trascendencia garantista del proceso justo, y el refrendo que, en ese aspecto, recibe de los textos constitucionales ha llevado a una depuración de los límites que a su efectividad pudieran establecerse en la ley o en la práctica.

No obstante, habrá de convenirse que, si el principio se funcionaliza a la calidad democrática del proceso, no puede actuar en modo tal que haga este invariable para alcanzar sus fines.

Si Cordero¹⁰ pudo decir que «la sola cosa piu importante del rendere giustizia, el il vedere come il giudice la rende», convenimos en la paráfrasis de Glauco Giostra¹¹ cuando añade que «la sola cosa piu importante del vedere come el giudice rende giustizia, e il consentirgli di renderla».

Se trata de un límite «por definición» pero que, sin embargo, adolece, si no se especifica más, de excesiva vaguedad, estribando el problema precisamente en la concreción de que la publicidad puede alcanzar esa entidad obstaculizadora. Por un lado

¹ *Las ideologías y el poder en crisis*. Anel, Barcelona, 1988, pag 175

² Citados por Norberto Bobio, *ibidem*, pág. 179. De la obra de Joly hay edición española. Seix Barral, Barcelona, 1977.

³ Gimeno Sendra. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Civitas, Madrid, 1981, pag. 29.

⁴ *Processo penale e informazione*. Milan, 1989, pag. 55

⁵ *De los delitos y las penas*. Alianza 1968, págs. 50 y 51.

⁶ Sobre el control democrático del Poder Judicial, pueden consultarse los trabajos y conclusiones del III Congreso de Jueces

para la Democracia, publicados en el número 4 de su revista.

⁷ *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962.

⁸ *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, de Hassemser y Muñoz Conde. Valencia, 1989

⁹ *Notas*, cit., pág. 129. También en su reciente publicación «*Constitución, Jurisdicción y Proceso*», Akaliure Madrid, 1990.

¹⁰ *Procedura penale*, 1987, 9ª ed., pag. 1138

¹¹ *Processo penale e informazione*. Cit. 38.

se evidencia la incapacidad del momento legal como idóneo para tal concreción, y, por otro, conviene recordar que la resultante vectorial del encuentro conflictivo entre dos intereses relevantes ha de atender a criterios de proporcionalidad. Ello exigirá siempre la constancia indubitable de la interferencia obstativa de la publicidad, en una de sus modalidades, y la utilidad expeditiva de la limitación en una concreta medida.

2. Publicidad procesal e independencia del juez

Es difícil compartir, sin matizaciones, las pesimistas conclusiones de Dieter Simon sobre la independencia judicial, tanto cuando concluye que «como tal» parece no ofrecer de por sí una garantía para una justicia «adecuada», «ajustada a la ley»¹². Como cuando entiende que no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley¹³. Sin embargo, ha de convenirse en sus advertencias sobre los mecanismos que tienden a situar al juez en un ámbito de dependencia, tanto por su ubicación orgánico-sistemática, cuanto por los factores que la psicología y la sociología judiciales, aunque de manera todavía premiosa y escasa, ponen de relieve.

Pues bien, los intentos de proscribir toda turbación en la serenidad de espíritu del juzgador recuerdan en demasía la concepción de su función como algo sacro, a administrar, al modo litúrgico del sacerdote, cuya indemnidad a lo mundano ha de procurarse. Esto no sólo contrasta con la indolencia demostrada en el arrumbamiento de otros vínculos bien claramente limitadores de esa independencia, sino también con la ausencia de toda cuestión respecto a la turbación que esos medios de comunicación pueden ocasionar a otras funciones no menos trascendentes que la jurisdiccional como son la de gobierno o legislación.

Amén de que esa impermeabilidad del juez, que exigiría iguales cautelas para sustraerle a otras influencias estamentales, familiares, culturales, etc., está lejos de ser un valor de recibo, parece más oportuno, abandonando pretensiones de encauzamiento normativo de difícil actuación efectiva, confiar a la capacidad de autorregulación social la manifestación de la libertad de información, a lo que, como se deja dicho, nada contribuirá más que la multiplicidad e independencia de los propios medios.

3. Publicidad y presunción de inocencia

Indubitado el rango orgánico de los derechos de información y de presunción de inocencia, la cuestión estriba en determinar si es posible su eventual conflicto.

Parece que entendida en sentio jurídico propio ese

¹² *La independencia del juez*. Ariel, Barcelona, 1985, pag. 60.

¹³ *Ibidem*, pag. 92.

¹⁴ «Información y criminalización». En *Justicia/conflicto*, pag. 277, Madrid, 1988

derecho permanece incólume cualquiera que sea el contenido informativo sobre el proceso abierto, pues lo garantizado son los derechos del imputado frente al legislador y al juez, y no frente al público.

Pero si se atiende a las consecuencias sobre la imagen o el honor del imputado, ha de convenirse en la lamentable frecuencia de verdaderas «sentencias periodísticas» que adelantan una condena, cuando a veces ni el proceso mismo se ha abierto. No cabe duda de que se produce entonces una «penalización social preventiva» con la que el medio informativo se incorpora a un proceso criminalizador, como ha afirmado Perfecto Andrés¹⁴ para quien «tener con rigor por inocente a quien no ha sido aun formalmente declarado culpable, antes que una regla procesal, es un valor esencial para la convivencia».

Es cierto que en tales casos no sólo son legítimos, sino necesarios límites jurídicos. Pero éstos no afectan tanto a la publicidad del proceso cuanto a un particular ejercicio de la libertad de opinión.

III. ALGUNOS ASPECTOS DE LA PUBLICIDAD PROCESAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. Los límites a la publicabilidad de las actuaciones procesales en el ámbito del *common law*

En el Reino Unido adquiere especial relevancia la vigencia de la Contempt of Court Act 1981, promulgada después de recaer la sentencia del TEDH antes citada en el caso «Sunday Times» v. K.U.¹⁵. Bajo dos modalidades delictivas (el *contempt in facie* y *ex facie curiae*) se penalizan aquellas acciones que atentan a la independencia de los tribunales, bien porque impide la aplicación de la Justicia, bien porque da lugar a prejuicios, en relación con un caso concreto que está siendo juzgado, a través de los medios de comunicación.

Entre las acciones criminalizadas se incluye la publicación de comentarios sobre el carácter del acusado, revelar sus antecedentes penales, la realización de los denominados «juicios paralelos», la publicación de una investigación privada, de entrevistas con testigos, de una fotografía del acusado si está en cuestión la identificación del mismo. También, en la modalidad *in facie curiae*, la publicación de insultos a los juzgadores, el uso de aparatos grabadores del sonido o similares, sin consentimiento del tribunal, la publicación de informaciones obtenidas de los jurados, e incluso el intento de obtener opiniones de los mismos.

No cabe duda que las restricciones a la libertad de información son no sólo concretas, sino rigurosas. Aunque la prohibición no alcanza a la publicación exacta, y con buena fe, de lo acaecido en audiencia pública. Esa publicación ha de ser contem-

¹⁵ Una exposición de la misma puede encontrarse en «La Contempt of Court Act de 1981» el desacato al tribunal cometido por los medios de comunicación social. Publicado por Antonio Fayos Gardo en *La Ley* número 1793, del 8 de septiembre de 1987

poránea del acto procesal a que se refiere, sin perjuicio de lo cual el tribunal puede imponer determinadas posposiciones.

En definitiva, late en este sistema una cierta hegemonía del interés por la correcta administración de justicia respecto de la libertad de expresión. Es así como se entiende la expresión con la que Lord Donaldson concluía su sentencia en el caso *The Attorney General vs. News Group Newspapers Limited*, 1987, cuando decía: «El interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia»¹⁶.

En los Estados Unidos de América del Norte la publicación del hecho procesal no se vincula tanto a la primera enmienda (libertad de prensa) cuanto a la sexta, que concierne al derecho del sometido a juicio a que éste sea público como garantía de un juicio justo (*fair trial*). La colisión, a diferencia del Reino Unido, que preocupa es la eventualmente existente entre ese derecho del ciudadano sometido a proceso —más que el respeto al tribunal— y el derecho a la libre información.

En el caso *Sheppard v. Maxwell*, el Tribunal Supremo norteamericano estableció, tras advertir que «los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mítines, la radio y los periódicos», que «nadie puede ser castigado por un crimen sin una acusación limpiamente hecha y un proceso limpiamente desarrollado en un tribunal libre de prejuicio, pasión, excitación o poder tiránico», reprochando al órgano jurisdiccional que no limitase la «publicidad ilegal, que saturó a la comunidad» y que no controlase las «influencias perjudiciales en la sala del juicio»¹⁷.

Sin embargo, como informa Muñoz Machado¹⁸, esas «órdenes amordazadoras», como las denominó la prensa, fueron excluidas posteriormente en la sentencia del tribunal Burger dictada en el caso *Nebraska Press Association v. Stuart*, en el que se indicó que era necesario atender a mecanismos alternativos de esas órdenes, que podrían ir desde el cambio de jurisdicción a las instrucciones, e incluso aislamiento, del jurado. Aquí se produce otra esencial diferencia con el sistema del Reino Unido.

2. La publicidad procesal en el ámbito del *civil law*

En el ordenamiento francés, el artículo 11 del CPP establece que «salvo cuando la ley disponga otra cosa, y sin perjuicio de los derechos de defensa, el procedimiento, durante la enquete y la instruction, es secreto». A esta generalización objetiva, dentro del acote temporal, se añade la precisión subjetiva de que «toda persona que interviene en este procedimiento está obligada al secreto profesional en los

términos regulados en el CP (que incluye prisión de uno a seis meses y multa de 500 a 15.000 francos).

Esa especificación subjetiva en cuanto a la revelación, hace que no exista obstáculo en cuanto a la publicabilidad por la prensa, incluso de investigaciones por ella dirigidas, sin las limitaciones que observamos en el sistema anglosajón, concebidas para la fase del propio juicio. No obstante, siguiendo lo expuesto por Gilbert Cousteaux y Patrik López-Terres¹⁹, la publicidad sería sancionable si incurre en ilicitud de origen, por parte del periodista o por su adquisición de quien estaba alcanzado por la prohibición de revelar.

Por el contrario, la fase de juicio oral es pública, con publicidad absoluta o general e inmediata. No obstante, las limitaciones a la publicabilidad de los debates no son escasas. La idea de la protección de la serenidad del juzgador, como garantía del juicio justo, lo que hace extender la protección a los testigos, tiene su reflejo en la sanción penal de las publicaciones que pretendan ejercer presiones sobre éstos o sobre el órgano jurisdiccional.

En la última reforma procesal italiana²⁰ es precisamente el problema de la posibilidad de divulgación de las actuaciones investigadoras, previas al juicio oral, lo que constituye el nudo gordiano de la relación proceso penal/información. Pone Glauco Giostra de relieve²¹ cómo la diversa trascendencia que en el acto del juicio tienen los actos de la abandonada instrucción jurisdiccional, ha acarreado una transformación en las características de la información en esa fase. Aunque eso no implica minoración de su importancia.

Como subraya el magistrado G. Novelli²² la nueva regulación asume la diferenciación entre «secreto interno» o propio (art. 329) —que implica imposibilidad de conocimiento de las actuaciones por el imputado— y «secreto externo» (art. 114) que se identifica con «prohibición de publicación». La principal diferencia de régimen viene dada por la función que cumplen: el secreto interno busca asegurar el éxito de la investigación, el externo puede obedecer a diversas finalidades.

También distingue el nuevo régimen la publicación de los actos del procedimiento respecto de la publicación de su contenido.

Los actos realizados por el ministerio público y la policía están alcanzados por el secreto y tampoco son publicables.

El secreto dura mientras el acto no puede ser conocido por el imputado.

En ningún caso rebasará, sin embargo, la clausura de esa fase de indagación.

El régimen de publicabilidad se vincula al de se-

¹⁶ Citado por Sir Richard Scott en «La imparcialidad objetiva del juez y los medios de comunicación. Sistema anglosajón». En *Poder Judicial* Número especial XI, pág. 207.

¹⁷ *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Santiago Muñoz Machado. Barcelona, 1988, págs. 125 y ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ «Le droit à l'information et le proces penal en droit frances». Publicado en el cit. n.º XI especial de *Poder Judicial*.

²⁰ La aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal data del 28 de septiembre de 1988.

²¹ *Processo penale*, cit. pág. 286.

²² *Indagini Preliminari. L'Udienza preliminare nel nuovo processo penale*. Nápoles, 1989.

creto y a aquella diferencia entre los actos procesales y su contenido. Los secretos se excluyen de publicidad, tanto el acto como la información sobre su contenido. Cesado el secreto, la publicabilidad se circunscribe al contenido, permaneciendo el veto de publicar el acto mismo.

La finalidad de esta regulación no es otra que la de asegurar el éxito de la investigación. Consciente el legislador de la inviabilidad de obstar la publicidad sobre el contenido de los actos, más allá de un determinado momento, quiere, al menos, evitar que la publicación adquiera caracteres de oficialidad, de ahí que prohíba la reproducción informativa de los actos.

Con una finalidad intraprocesal, pero diversa del éxito de la investigación, cual es la de impedir el perjuicio en el órgano competente para el juicio oral, si éste ha de tener lugar, se prohíbe la publicación de los actos del «fascicolo per il dibattimento», hasta que haya recaído sentencia de primer grado. La idea base no es otra que la de que la actividad investigadora debe servir a las partes, pero no al juez.

Por otro lado, el legislador ha conferido al ministerio público un cierto poder de decretar y derogar el secreto en supuestos concretos.

La audiencia del debate —o juicio oral— es pública bajo pena de nulidad. Pero finalidades extraprocesales pueden justificar que se celebre a puerta cerrada:

Si no existe fase de debate, también se limita la publicabilidad, pero mediante orden judicial motivada, oídas las partes, de todos o parte de los actos por razón de buenas costumbres, interés del Estado o perjuicio a la intimidad de testigos o partes privadas.

El CPP portugués fue promulgado por Decreto Ley n.º 78/87 de 17 de febrero. Tras establecer que el secreto del proceso penal dura hasta la decisión «instrutoria», en la que se decide si hay o no lugar a la «pronuncia»²³, define los conceptos de publicidad y secreto.

Los medios de comunicación social son objeto de regulación específica. Se les permite la «narración» circunstanciada de los actos procesales que no estén sometidos a secreto. Esta coincidencia de sistema para la publicidad y publicabilidad no es, sin embargo, plena, ya que no se autoriza la reproducción de piezas o documentos incorporados, salvo autorización judicial expresa, ni la transmisión de imágenes o grabaciones de sonido, con igual posibilidad de excepción jurisdiccionalmente acordada. Tampoco se permite la publicación de la identidad de las víc-

timas de crímenes sexuales, contra el honor o contra la reserva de la vida privada, antes de la audiencia, y en todo caso, si es menor de dieciséis años.

IV. LA REGULACION DE LA PUBLICIDAD PROCESAL, EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Caracteriza nuestro sistema la escasez reguladora y la ausencia de nítidas diversificadas definiciones de conceptos como publicidad, prohibición de revelación, prohibición de publicabilidad; expresión de funciones y límites de esas prohibiciones o previsión de supuestos de adaptación de la previsión legal a las exigencias del caso concreto.

Cabe aun reprochar una cierta inorganicidad, y aun incoherencia del sistema. Conviven así previsiones de secreto generalizado, como ocurre en el supuesto del llamado secreto sumarial, con proclamaciones generales de publicidad, en línea de principio (art. 120 de la CE y 232 de la LOPJ), que con aquellas prohibiciones son derogadas en el ámbito de la ley ordinaria.

A ello viene a sumarse un estado real en franca contradicción con la previsión normativa. Así contrasta con el propósito de secreto sumarial la pronta y amplia difusión, difícil de entender si no es de su funcionalidad a designios bien ajenos a lo procesal, de la información, generalmente más trascendente para el resultado del proceso, facilitada por el aparato policial del resultado de su actuación, obviamente de positivos resultados, incluso con anterioridad a su entrega al órgano jurisdiccional. O la publicación periodística²⁴ de hechos, objeto, o aun no, de actuaciones procesales que, en algunos casos, implica la distribución como separata de la práctica totalidad de los folios sumariales.

1. La regulación del denominado «secreto sumarial»

La publicidad viene regulada, respecto a esa fase del procedimiento, fundamentalmente en los artículos 301 y 302. En ella se regulan conceptos, sin embargo, bien diversos. Así ha de comenzarse por distinguir la solución dada al denominado «secreto interno» o acceso de las partes a conocimientos de lo actuado, del relativo a otros sujetos del proceso y del público.

La regla general es la posibilidad de pleno cono-

²³ Esta decisión subsigue no sólo a la fase de «inquesto» o fase investigadora gerenciada por el ministerio público, sino a la de «instrucao», fase jurisdiccional que tras aquella tiene por objeto la comprobación judicial de la decisión del ministerio público sobre deducir acusación o archivar, en orden a someter o no el proceso a juicio oral

²⁴ Hemos dejado fuera de este estudio la cuestión de la publi-

cidad en la relación entre el órgano jurisdiccional y las fuentes de conocimiento de los hechos sobre las que versa el proceso. Además de los problemas suscitados al respecto por los denominados secretos oficiales, adquiere ahí especial importancia el derecho al secreto profesional alegable por el periodista respecto de sus fuentes. Puede consultarse las ponencias de Ruiz Vadillo y Luzón Peña en el número especial XIII de *Poder Judicial*.

cimiento de las actuaciones por todas las partes personadas. El Tribunal Constitucional²⁵ ha establecido que ese derecho al conocimiento no es tanto una manifestación de la publicidad procesal, cuanto del principio de contradicción y defensa²⁶.

Diverso es el destinatario de lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley de E. Cr. cuando proclama el carácter secreto de las «diligencias» del sumario. En este precepto lo que se veta es el acceso a la fuente de conocimiento por parte de quienes no son sujetos procesales; en definitiva se impone el secreto externo.

Para garantizarlo, se añade una prohibición de revelación específicamente destinada, por un lado, a los abogados y procuradores de las partes; por otro, a los funcionarios públicos, debiendo sobreentenderse que, por tal calidad, intervengan en las diligencias, y, finalmente, de manera difícilmente inteligible, a cualquier otra persona. Además de esa referencia subjetiva, hay que advertir que, objetivamente, la prohibición de revelación sólo alcanza a las «diligencias» del sumario. La restricción interpretativa propia de toda prohibición lleva a la conclusión de que el precepto no alcanza a cualquier revelación de informaciones sobre «los hechos» objeto de las diligencias.

Tampoco implica el precepto indicado ninguna limitación a la publicabilidad, no sólo ya de los hechos objeto del proceso, sino incluso de los contenidos de las diligencias sumariales por parte de personas que no «intervengan» en las mismas, aun cuando hayan accedido al conocimiento por referencia de los sujetos destinatarios de la prohibición de revelación²⁷. Y, particularmente, por parte de los medios de comunicación, los que, en definitiva, podrán, además, negarse válidamente a revelar su fuente de conocimiento.

Finalmente, aun con tan restrictiva interpretación del precepto, es difícil conciliarlo con la previsión constitucional de publicidad como principio de toda actuación procesal. Así lo apunta la mejor doctrina²⁸ y ha venido a advertirlo la crucial sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero, en la que se delimita el alcance del llamado secreto sumarial.

Conforme a la misma, la derogación que implica el secreto respecto del principio de publicidad, proclamado en el artículo 120 CE, afecta a derechos

fundamentales, como el de recibir libremente información (art. 20) y a un proceso público (art. 24), por lo que sólo se justifica para la protección de otro bien constitucionalmente relevante, de modo proporcionado, como puede serlo obtener la segura represión del delito. Establece, sin embargo, que la limitación de publicación alcanza a la información obtenida ilícitamente, por relevación indebida, criterio que entiendo incuestionable, así como que no alcanza a la realidad social sobre la que versa el proceso, como algo distinto de «las actuaciones» del órgano judicial que constituye el sumario.

Imprejugado queda, entiendo en esta sentencia, la eventual legitimidad constitucional de las denominadas «órdenes amordazadoras» que podrían colisionar con la libertad de transmitir información y carecen de base legal que las ampare. Como discutible sería la posibilidad de postular amparo, como parece admitir Belloch Julve²⁹, por quiebra del derecho a un proceso con garantías (art. 24 CE) so pretexto de que la publicación influyó en el desarrollo del proceso o en la sentencia.

La regulación del denominado procedimiento abreviado no se detuvo en la reiteración del secreto para la fase previa a juicio oral. Aun cuando caben dos opciones, como advierte Fernández Entralgo³⁰.

La acotación temporal del secreto resulta insuficiente a los fines que lo justifican y de innecesaria dimensión. Al establecer el *dies a quo* en el del inicio de la actividad jurisdiccional, hasta cuyo momento no existen «diligencias sumariales», deja fuera del veto de revelación el descubrimiento de los actos policiales presumariales, siendo precisamente ese segmento cronológico el de mayor potencialidad dañosa para el éxito de la investigación que luego ha de ser pilotada judicialmente, con criterios de eventual discrepancia respecto del entendimiento y voluntad policial.

En vano se buscará en las normas reguladoras de la actuación policial una solución. El artículo 5.5 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado³¹ establece un secreto policial referido a las informaciones de contornos no asimilables al aquí examinado. En todo caso ese veto a la revelación no alcanza a las personas, con jerarquía política, de las que dependen los agentes destinatarios de la norma.

El artículo 15 del Decreto de Policía Judicial³² impone una obligación de reserva contraída a actua-

²⁵ Sentencia 176/1988 de 4 de octubre

²⁶ Nicolás González-Cuellar advierte de la quiebra que tal precepto —artículo 302 LECr.— puede suponer para el principio de legalidad, que, a su vez, es un presupuesto del de proporcionalidad, cuestionando la doctrina de la citada sentencia TC 176/88. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Colex, Madrid, 1990, págs. 95 y 96.

²⁷ Por lo que no es de compartir el criterio extensivo de la ya citada circular de la Fiscalía del Estado de 22 de julio de 1928.

²⁸ Como dice Espin Templado, «parece que en la actual forma legislativa del artículo 301 LECr. el secreto sumarial puede no ser una medida necesaria en una sociedad democrática (art. 10.2 del Convenio), no por falta de idoneidad, sino por vul-

nerar el principio de proporcionalidad. En el ya citado número especial XIII de *Poder Judicial*.

²⁹ «Los jueces y la libertad de información», en *Poder Judicial*. Número especial XI, pág. 240.

³⁰ *La reforma del proceso penal*, con otros en editorial Tacos. Madrid, 1990, pág. 67, con cita de la postura contraria al secreto de Ramos.

³¹ Donde curiosamente no hay ninguna vacilación en conceder el derecho? a no revelar las fuentes policiales, no se sabe si incluso frente al propio juez!

³² Aprobado por Real Decreto 769/1987 de 19 de junio. «BOE», 24 de junio.

ciones investigadoras encomendadas judicialmente, con sumario incoado. Tampoco ahí cabría amordazar la actuación política de rentabilización o manipulación de la información preprocesal.

Por su parte, el artículo 4.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre, faculta a éste para «informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan», expresión que ha de relacionarse con la ocasión del ejercicio de las funciones que dicha norma le encomienda. Ninguna expresa restricción se impone a dicha información cuando el acontecimiento preceda a la apertura de sumario. Con posterioridad, el límite viene dado por la norma general de «respeto al secreto» de éste.

La total ausencia de delegaciones al órgano jurisdiccional para esa acotación temporal obliga a la persistencia de un mandato cuando, dado el estado de la investigación, puede resultar plenamente superfluo y, por ello, incompatible con el mandato constitucional de publicidad procesal.

2. La publicidad, tras la apertura del juicio oral

La resolución que decreta la apertura del juicio oral implica el decaimiento del secreto y el sometimiento del procedimiento a las reglas generales de publicidad. Subsisten en éstas importantes lagunas e inconcreciones.

Entre las primeras, el acceso a la fuente por parte de los medios de comunicación. Ese acceso es circunscrito en la LOPJ a «los interesados»³³ en cuyo censo no cabe insertar a los medios de comunicación, pues, dada la finalidad de éstos, supondría la confusión de interesado con el absoluto e indeterminado concepto de público.

Tampoco se resuelve con la deseable nitidez la delimitación subjetiva del administrador de la información. El precepto se refiere a secretarios y «personal competente» de los juzgados y tribunales, con lo que no está claro si tal «deber» informativo viene o no impuesto al personal jurisdiccional.

Finalmente la regulación, contraída al acceso a la fuente, no resuelve la publicabilidad ni, de admitirla, el eventual condicionado de la información obtenida por dichos interesados.

Cuando se trata de actos procesales realizados en audiencia pública la regla es la publicidad abso-

luta, tanto inmediata como mediata, con presencia admitida de los medios de información. Como ha indicado nuestro TC³⁴, este acceso constituye un derecho preferente y no un privilegio, en virtud de la función que cumplen, incumbiendo al medio la designación de la persona que lo represente.

No faltan, sin embargo, limitaciones a esa regla. En la LECR, se recoge una tradicional limitación, ésta referida a la presenciabilidad por quienes no son parte, a la publicidad del debate, permitiéndolo «a puerta cerrada», concepto diverso del de secreto, por razones de «moralidad», «orden público» y «respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia».

No parece difícil convenir en que estos «valores» a) difícilmente pueden entrar en contradicción o incompatibilidad con la presencia de público en las sesiones³⁵; b) así enunciados no alcanzan necesariamente rango constitucional, como sería exigible para derogar o, al menos, compensar la minoración de los derechos constitucionales que afecta la limitación de publicidad, y c) carecen de la inequívocidad que sería de desear en un precepto restrictivo de derechos fundamentales.

En cualquier caso: a) entre las personas excluidas de la sesión nunca estaría el acusado, ni las personas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 681 LECr.; b) no alcanza la posibilidad de limitación a supuestos en que el valor afectado puede limitarse a personas concretas intervinientes en concepto distinto del de ofendido, singularmente testigos, y c) no es extensible a otras justificaciones, como, por ejemplo, el miedo o el pudor de estos últimos.

Aleccionadora es la sentencia del TC 96/1987 de 10 de junio, cuando advierte que las «razones de seguridad» han de compatibilizarse con los derechos fundamentales implicados en la publicidad.

La eventual limitación, así permitida, se condiciona en el artículo 680 de la LECr. a la decisión del Tribunal, por exceder de la facultad ordinaria de quien lo preside, y a que aquélla se refleje en auto motivado. La excepcionalidad y proporcionalidad han de inspirar esta motivación.

En el proceso penal de menores la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 ha entendido que «razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que pueden resultar de la publicidad de las actuaciones podría justificar su restricción»³⁶.

³³ Así en los artículos 234 y 235 se ordena la información «sobre el estado de las actuaciones» incluyendo la expedición de testimonios, amén del aquí menos relevante acceso a libros, archivos y registros.

³⁴ Sentencia de su sala 2.ª 30/1982 de 1 de junio.

³⁵ Sobre el eventual conflicto con el valor «moralidad» puede consultarse el caso enjuiciado en la sentencia del TC 62/1982, de 15 de octubre, en el que el proceso penal a puerta cerrada enjuiciaba la moralidad de un libro y su condena.

³⁶ Se recuerda en esta resolución la regla 8 de las llamadas

«Reglas de Beijing», y, además de los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento tras su publicación en el «BOE» el 31 de diciembre de 1990.

Puede consultarse *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Rocio Cantarero Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 269.

V. REFLEXIONES PARA UNA EVENTUAL REFORMA

1. La perspectiva constitucional de la publicidad procesal

El eventual conflicto con otros valores constitucionales ha de resolverse en términos de adecuada «compensación» evitando la plena anulación de cualquiera de ellos. Por tanto, ha de admitirse la limitación de publicidad solamente en los casos y en la medida absolutamente ineludible y siempre que sólo a través de la misma pueda lograrse la protección de esos tres valores.

Parece prudente la previsión de supuestos de adaptación a circunstancias concretas en las que, por decisión jurisdiccional motivada y, en lo posible, contradictoria, se resuelve en forma distinta a la legalmente determinada.

2. Funcionalidad del secreto al fin del proceso

Tal funcionalidad del secreto implica que, cuando el contenido procesal ha de ser comunicado a las personas que, por razón de tal conocimiento, podían perjudicar la investigación, muy especialmente el investigado, tal secreto debe cesar.

Así pues, la regulación del secreto ha de ser paralela a la de la accesibilidad de las partes al contenido de las diligencias, concepto, por otro lado, no necesariamente coincidente en su contenido con el de la información sobre la existencia del proceso y la descripción de los hechos imputados.

También el *dies a quo* debe venir justificado por esa finalidad investigadora. En consecuencia ha de preceder a la incoación judicial del procedimiento y alcanzar a las actuaciones que el ministerio fiscal tenga atribuidas en ese tiempo y, por supuesto, a las actuaciones policiales preprocesales.

3. Ambito de la publicabilidad

Oportuno es advertir que, aun cuando pueda delimitarse la publicidad del proceso como hecho-noticia, es difícil admitir limitaciones de la que concierne al hecho sobre el que el proceso versa en cuanto realidad social noticiable.

Por otro lado, las soluciones legislativas italiana y portuguesa, diversificando el tratamiento de la narración de los actos procesales de la reproducción de sus contenidos, parece no sólo de difícil aplicación práctica, sino debidas a razones no fácilmente asumibles.

En definitiva, debería ser publicable aquello que

no es secreto, y no lo sería lo que sí lo es. Y ello sin distinción de fases del proceso. Así, desaparecido el obstáculo del secreto, el proceso, sus actos y sus contenidos podrían difundirse a través de los medios. Vigente el obstáculo, constitucionalmente fundado en la medida y forma indicadas, la no publicabilidad no distinguiría según la licitud de la fuente informativa y estaría garantizada incluso con sanciones penales.

Esta regulación pondría fin a una realidad, refractaria al vigente encauzamiento normativo, en la que el *aleas* de la mayor o menor discreción del detentador de la noticia, aun cuando sea destinatario de la prohibición de revelación, da lugar no sólo a una injustificada y poco transparente discriminación, sino a la eventual manipulación de la noticia para fines poco justificables por su administrador.

4. El «juicio justo», como eventual justificación de limitaciones a la publicabilidad

El artículo 10 de la Convención Europea admite restricciones a la libertad de expresión, incluida la de información, si se establecen por ley y constituyen una necesidad, en un sociedad democrática, para garantizar la actividad e imparcialidad del poder judicial.

En el caso «The Sunday Times» el TEDH (abril de 1979) entendió que esa finalidad incluye la garantía de la autoridad del poder judicial. Aquel periódico había sido cominado por la autoridad británica para que no publicase una información sobre el proceso en el denominado «caso de la talidomida». La Cámara de los Lores esgrimió para ratificar esa prohibición que el artículo prejuzgaba la negligencia de la entidad enjuiciada, con la subsiguiente falta de respeto al tribunal que la juzgaba; presionaba a la entidad juzgada limitando su libertad de actuación procesal, y, con ello, se provocaba un juicio no equitativo.

Sin embargo, el TEDH entendió que la regulación británica del «contempt of court», amparadora de aquella cominación, adolecía de «excesiva generalidad e imprecisión», y, lo que es aquí más relevante, no era necesaria «en una sociedad democrática para alcanzar sus fines legítimos y de interés general».

Proliferan también entre nosotros voces que advierten del peligro que para la «serenidad» del juzgador pueden representar determinados tratamientos periodísticos de las noticias sobre hechos sometidos a proceso³⁷. Se cuestiona la publicabilidad del resultado de investigaciones privadas, entrevistas con sujetos que, de una u otra manera, intervienen en el proceso, opiniones y valoraciones sobre la for-

³⁷ Una preocupante mimesis respecto de la solución anglosajona puede verse en la postura de Berlanga Rivelles. «Los llama-

dos juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales». Poder Judicial, número XIII, pág. 111

ma en que el proceso es dirigido o sobre los resultados obtenidos en el mismo, o, en fin, a tomas de postura pública de grupos sociales o centros de poder sobre las personas y hechos investigados y enjuiciados.

A la evanescencia del criterio «serenidad» o «prestigio» del órgano jurisdiccional, se une la dificultad de acreditar la responsabilidad de esa publicación en el contenido de la decisión jurisdiccional, especialmente si se atiende a las aportaciones de la psicología y sociología judiciales —lamentablemente tan escasas— sobre las motivaciones de la decisión judicial, en las cuales, tan coherentes como inútilmente, habría de postularse igual intervención profiláctica³⁸. Y aún podría reprocharse una cierta ingenuidad a la pretensión de inmunizar al juzgador de esas potenciales persuasiones tan sólo con el expeditivo recurso al veto de la publicación.

No menor dificultad representa la opción sobre el administrador de los vetos a imponer. Con razón se recuerda que, de conferir tal facultad al juzgador, podría darse el absurdo de que, siendo la publicidad un instrumento de control del poder judicial, el controlado devendría controlador. Especialmente oportuno es recordar aquí las ocasiones en que una beligerantemente democrática actuación periodística ha impedido vergonzantes claudicaciones investigadoras o ha contribuido a atemperar las resoluciones judiciales a valores constitucionales de perezosa asunción en la jurisprudencia.

Si, en definitiva, el problema radica más en el abuso que en el uso de la libertad de expresión, la solución se encontrará fundamentalmente en los presupuestos de autorregulación democrática de los medios, así como en su multiplicación y pluralismo. Lo que no supone la exclusión de otras respuestas jurídicas, incluidas la penal, arbitrables sin limitaciones apriorísticas de la publicidad procesal, y cuyo estudio excede de lo aquí pretendido.

5. El acceso a la fuente informativa

Pocas dudas suscita la inutilidad de la pretensión normativa vigente para domesticar la invasión informativa de los medios en los arcanos procesales. Lo que no siempre exige el recurso a cauces disimulados de información. Lo que ha sido aprovechado para pretender desde los órganos de gobierno del poder judicial el enmudecimiento de los jueces en ámbitos bien distintos del de la labor de investigación y enjuiciamiento³⁹. También en otros lares ha provocado el surgimiento de iniciativas legislativas⁴⁰. Como pocas dudas suscita también la necesidad de impedir los efectos que de esa falta de transparencia e inseguridad jurídica se deriva.

Entre los efectos perniciosos más previsibles, no es el menos importante el eventual uso manipulado que de tal administración de la información podría derivarse.

Ha de garantizarse, pues, «el conocimiento del estado en que se encuentran los procedimientos judiciales» en condiciones de transparencia y generalidad inequívocamente preestablecidos.

Si esto resulta fácil en relación con los actos de publicidad absoluta e inmediata —singularmente, audiencias públicas— en relación con los momentos anteriores previos al juicio oral, admitida la publicabilidad, tanto del acto procesal como de su contenido, la comunicación debiera venir confiada a quien, responsable de la fe pública, recibe la paradójica denominación de «secretario».

Sólo desde ese arrumbamiento de recelos ante la potencialidad democratizadora de la publicidad cabrá recuperar con efectividad aquel objetivo de la Constitución sueca de 1776 de «erradicar el halo de misterio bajo el que se esconde el favoritismo y la desigualdad»⁴¹.

³⁸ Entre esas medidas podna incluirse la no remisión del sumario al juez competente para el juicio oral, remitiendo a aquel al resultado de éste como fuente de elementos para contornar su convicción.

³⁹ Especialmente sospechosa fue la oportunidad con que el CGPJ proclamó su «directiva» de 5 de noviembre de 1986 recordando el veto estatutario a los jueces para hacer declaraciones públicas no sólo en relación con asuntos o materias sometidas a su decisión jurisdiccional. Tan sólo unos días antes la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid había hecho pública su preocupación por algunas irregulandades manifiestas producidas en el seno de la policía y en la relación de ésta con el poder judicial.

Sobre el particular puede consultarse el artículo de Perfecto Andrés, «Sobre silencio y disciplina en algunas prácticas del CGPJ». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, número 1, pág. 5.

⁴⁰ Sobre la iniciativa de los diputados italianos Zangheri, Tortorella, Violante y Fracchia, presentada el 29-7-87, puede consultarse Glauco Giostra, *Processo penale e informazione*, pág. 237 cit.

⁴¹ Constituye éste el antecedente más antiguo del derecho a recibir información, difundirla y expresar opiniones, según C. Arunc, en *Proceso e iudice e giornalisti*. 1985, pág. 149

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Imputado: garantías, pero menos. (La sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990 sobre el procedimiento abreviado)

Alberto JORGE BARREIRO

I

El juez de instrucción de Collado-Villalba planteó cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según redacción recogida en la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

Ese precepto dice así: «Si el juez de instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al ministerio fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.»

El apartado siguiente dispone que «cuando el ministerio fiscal manifieste la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, accediendo el juez a lo solicitado. El juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas. En tal caso, se citará para su práctica al ministerio fiscal, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones».

En el auto en que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, el Juez instructor —según se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional— fundamenta la duda de constitucionalidad del precepto en el hecho de no ordenar idéntica intervención del imputado que la concedida al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas en esa concreta fase procesal y, como consecuencia de esa desigualdad de trato, colocar al imputado en situación de indefensión por no poder solicitar la práctica de las diligencias instructoras y carecer de la posibilidad de solicitar el archivo o sobreseimiento de las actuaciones, hasta el punto de verse irremediabilmente abocado

a soportar un juicio en cuya preparación no ha tenido intervención alguna.

Pues bien, resumamos ahora la doctrina sentada en la sentencia 186/1990 del Tribunal Constitucional para resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

En la resolución se argumenta que «la fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado, a diferencia de lo que ocurre en la llamada fase intermedia del procedimiento común de la Ley, que se desarrolla antes de que los titulares de la acción penal formulen acusación, tiene por finalidad, precisamente, la de que las partes que instan la aplicación del *ius puniendi* del Estado puedan formular la acusación y solicitar la apertura del juicio oral (art. 790), y, caso de que se acuerde la apertura del juicio, dar traslado de inmediato a las partes acusadas para que presenten escrito de defensa frente a las acusaciones (art. 791). Por ello, la ley ordena al juez instructor, en este primer momento de la fase de preparación, proceder al traslado de las diligencias únicamente a las acusaciones, sin cuya petición de acusación no cabe, como regla general, la apertura del juicio oral. Por lo mismo —sigue la sentencia—, el traslado de las actuaciones al imputado lo ordena la ley en la misma fase pero en un momento posterior, puesto que la razón del traslado no es otra que la de dar la posibilidad al acusado de oponerse y defenderse de la acusación».

De otra parte, el tribunal asienta como segundo argumento que «la fase de preparación del juicio oral en este proceso no tiende, a diferencia también de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común, a dar oportunidad a las partes para que completen el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva —lo que sí justificaría la aplicación de la doctrina sentada por este tribunal en STC 66/1989, en relación con el artículo 627 de Ley de Enjuiciamiento Criminal—, dado que el inicio de la fase de preparación del juicio oral presupone, necesariamente, la conclusión de la instrucción jurisdiccional sin posibilidad de revisión posterior. Al respecto —sigue arguyendo—, el hecho de que el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el traslado con-

ferido a las acusaciones, autorice a que por éstas se solicite el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, no desvirtúa la finalidad esencial de la fase de preparación ni dicha previsión puede considerarse como constitucionalmente inválida. En primer término —prosigue la sentencia— la posibilidad de solicitar el sobreseimiento por parte del ministerio fiscal y de las acusaciones no es sino consecuencia lógica de la propia finalidad del trámite conferido: formular acusación o, en caso contrario, solicitar el sobreseimiento que corresponda. En segundo término, la admisibilidad de las diligencias complementarias es excepcional (art. 790.1) y queda limitada, exclusivamente, a los supuestos de imposibilidad de formular la acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (art. 790.2)». E, insistiendo sobre este tema, especifica la sentencia analizada que es evidente que tales diligencias complementarias sólo serán admisibles cuando resulte imposible concretar los elementos del tipo penal.

Efectuados estos razonamientos, el tribunal extrae como conclusión que el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es conforme con las exigencias que el artículo 24 de la Constitución establece para todo el proceso penal. Y en el mismo párrafo expone que la contradicción en esta fase del proceso, una vez iniciada, se limita necesariamente a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa. Por último, termina argumentando en ese apartado que el traslado de las diligencias al imputado en el trámite previsto en el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, sería, no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de algunas de las resoluciones previstas en el artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II

Una vez que han quedado expuestos los argumentos esenciales de la sentencia objeto de estudio, y sin perjuicio de recoger después otros aspectos de la misma, es el momento ya de analizar las razones que le sirven al Tribunal Constitucional para entender que el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no infringe los principios procesales constitucionales de contradicción y de igualdad de partes. Para ello seguiremos el orden en que la propia sentencia resume sus razonamientos desestimatorios en el párrafo cuarto del fundamento jurídico número 8.

Dice el Tribunal Constitucional que la fase de preparación del juicio oral no tiende en este proceso a dar oportunidad a las partes para que completen el

material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, y específica que la posibilidad excepcional de acceder a la práctica de diligencias complementarias no desvirtúa la finalidad esencial de la fase de preparación ni dicha previsión puede considerarse como constitucionalmente inválida.

Pues bien, esa argumentación ha de ser objeto de crítica, tanto en el extremo referente a la excepcionalidad de la práctica de las diligencias complementarias, como en lo que atañe a la constitucionalidad de su regulación en el precepto cuestionado.

En efecto, es muy difícil mantener la excepcionalidad de la práctica de diligencias complementarias si se pondera el ámbito objetivo de aplicación del nuevo procedimiento abreviado. Y ello porque no se trata de una ley aplicable únicamente a delitos de bagatela, sino que mediante sus normas van a ser enjuiciados también delitos que conllevan penas de hasta doce años de prisión mayor, sean o no supuestos flagrantes. De manera que dentro de su regulación queda recogido el trámite procesal de los delitos de estafa, apropiaciones indebidas, contra la hacienda pública, alzamientos de bienes, malversaciones, cohechos, imprudencias temerarias de toda índole, lesiones graves, detenciones ilegales, y otros delitos cuya complejidad de investigación y enjuiciamiento resulta evidente. Y es que la nueva ley ha ascendido un peldaño muy importante a la hora de ampliar la competencia del nuevo procedimiento, al abandonar la tradicional división tripartita del delito a efectos procesales. Pues hasta ahora se venía distinguiendo por la ley y los procesalistas entre delitos menores, delitos menos graves y delitos graves. Los primeros comprendían hasta la pena de arresto mayor y se regulaban por la Ley Orgánica 10/80 y por el procedimiento de diligencias preparatorias; los segundos, hasta la de prisión menor, excepto los casos de flagrancia, y se tramitaban por las normas del sumario de urgencia; y los terceros, comprendían desde la pena de prisión mayor en adelante. Sin embargo, con la nueva ley se eleva el listón hasta los doce años de prisión mayor (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con lo que se abarca toda la delincuencia económica más grave y otros muchos delitos cuya tramitación es compleja.

Por todo ello, el estimar que va a ser excepcional la práctica de diligencias complementarias ha de tomarse más bien como un deseo del legislador —en este caso apoyado por el Tribunal Constitucional— que como una auténtica realidad. Y es que el legislador tiende a relacionar —quizá inconscientemente— los procedimientos urgentes y abreviados con el delito de robo, relación que podría tener alguna justificación cuando se fija el techo punitivo del procedimiento en penas menores, pero no, desde luego, cuando se amplía hasta la de prisión mayor.

Ahora bien, aparte de que la práctica de las diligencias complementarias no es tan excepcional como mantiene el Tribunal Constitucional, lo cierto es que la sentencia tampoco contiene ningún razonamiento que justifique por qué en esos supuestos que considera excepcionales al ministerio fiscal y a las acusaciones particulares se les permite instar la práctica de nuevas diligencias, concediéndoles al efecto un plazo de cinco días, mientras que no se le

da esa posibilidad al imputado, a quien sólo se le permite estar presente en las diligencias practicadas a instancia de las acusaciones. Que ello atenta contra el principio constitucional de igualdad de las partes en el proceso resulta patente, y que infringe el derecho de defensa, también, sin que, como iremos viendo, los argumentos del tribunal consigan dulcificar ni excluir tales infracciones.

La sentencia apoya la excepcionalidad de la práctica de nuevas diligencias en que la propia ley las limita a los supuestos en que es imposible formular la acusación por no poderse concretar los elementos del tipo penal. Sin embargo, este argumento no es congruente con la tesis de constitucionalidad del precepto que mantiene la sentencia. Y decimos esto porque una parte importante de la doctrina penal española y alemana sostienen que el tipo aparece constituido por elementos positivos y negativos, integrando dentro de estos últimos a las causas de justificación. Y, desde luego, quien tiene más interés en concretar la concurrencia de circunstancias excluyentes de la antijuricidad es el propio imputado, por lo que resulta una contradicción que no se le permita proponer nuevas diligencias en tal sentido, apareciendo como utópico el atribuir a las partes acusadoras esa función. Así las cosas, parece evidente que el derecho de defensa queda notoriamente devaluado al vedar al imputado la posibilidad de completar la investigación con la proposición de diligencias que, además de favorecerle, no puede sostenerse que se hallen fuera del tipo penal.

A la vista de la desigualdad que apreciamos en el tratamiento procesal de las partes a la hora de completar las diligencias de instrucción, parece conveniente ahondar un poco en alguna de las razones que pudo tener en cuenta el legislador para situar a las acusaciones, y especialmente al Ministerio Fiscal, en esa situación de prepotencia procesal. Y si escudriñamos —con cierta malicia, todo hay que decirlo— en los entresijos del proceso, no es difícil entresacar alguna de las razones prácticas que pudieron llevar al poder legiferante a alzaprimar las facultades del Ministerio Fiscal. Nos referimos a la circunstancia de que el Ministerio Público no suele estar presente en la práctica de las diligencias de investigación que lleva a cabo el Juez de instrucción, siendo muy aislados los supuestos en que comparece personalmente en esa fase procesal. Esto quiere decir que en los delitos que anteriormente hemos moncionado, y, por supuesto, en todos los que se inician mediante querrela, lo normal es que el ministerio fiscal tome conocimiento de los hechos cuando está ya finiquitada la investigación. Como también es lo usual el que entonces, y debido a la complejidad delictiva, pida la práctica de nuevas actuaciones. Tan es así que en los juzgados de instrucción se ha implantado como norma consuetudinaria el remitir el sumario al Ministerio Fiscal antes de la conclusión para evitar después revocaciones dilatorias del Tribunal competente. Pues bien, todo da a entender que el privilegio establecido por el nuevo artículo 790.1 de la Ley Procesal Penal en favor del Ministerio Público viene a cumplir las funciones de esa norma consuetudinaria.

Por consiguiente, lo excepcional no es que la acusación pública interese la práctica de diligencias

complementarias de la instrucción, lo excepcional es que conozca los hechos y la investigación practicada en la primera fase procesal. Y es esta segunda excepcionalidad, precisamente, la que impide que se dé la primera, a la que alude el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/1990.

Así las cosas, si lo que el legislador pretendía con la supresión de la intervención del imputado en la fase intermedia era cumplimentar los mandatos de eficacia y celeridad a que alude en la exposición de motivos, lo más igualitario, y consiguientemente constitucional, hubiera sido que los cumplimentara a costa de la exclusión de trámites para todas las partes, y no sólo para el imputado.

De otra parte, tampoco se justifica en la sentencia del Tribunal Constitucional la desigualdad que establece el artículo 790.2 de la Ley Procesal Penal entre la acusación pública y la particular en lo concerniente a la estimación de las diligencias propuestas. Ciertamente, el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones sí entra en el tema, y aduce que no hay ruptura del principio de igualdad de las partes porque éste se refiere a la igualdad de armas de la acusación y la defensa, pero no entre la representación pública, regida por los principios de legalidad e imparcialidad, y las acusaciones particulares, ajenas al interés público.

Este alegato del Ministerio Público se basa, obviamente, en dos presunciones que, por supuesto, le favorecen. La primera, que la acusación pública siempre se rige en sus actuaciones procesales por los principios de legalidad e imparcialidad, presunción que, sobre todo en algunos procedimientos con relevancia institucional, ha sido cuestionada y rebatida por el ciudadano de a pie, sin olvidar tampoco que su ubicación orgánica con respecto al poder ejecutivo y sus recientes escauceos con el principio de oportunidad hacen dudar del estricto cumplimiento de aquéllos.

La segunda presunción que arguye el ministerio fiscal para apoyar la desigualdad de trato procesal con la acusación particular consiste en dar por sentado que los acusadores particulares actúan de forma ajena al interés público, afirmación que la práctica se encarga de desmentir en numerosos supuestos.

Si se profundiza más en la problemática de la norma que impone al juez que acceda a la práctica de las diligencias propuestas por el Ministerio Fiscal, se llega a la conclusión de que no sólo atenúa el principio de igualdad de las partes, sino que también limita las facultades jurisdiccionales del Juez instructor, al vincular necesariamente su resolución a la petición de una de las partes. Pensemos, por ejemplo, en la solicitud de alguna diligencia que pudiera limitar derechos fundamentales del imputado, o en algún peritaje complejo que el instructor estimara irrelevante o inocuo para el resultado del proceso.

Las partes deben, pues, en este caso ser igualadas a la baja, de suerte que ninguna de ellas goce del privilegio de someter a sus peticiones a un juez independiente e imparcial.

III

Una vez analizada la cuestión referente a la solitud y práctica de diligencias complementarias de la instrucción, pasemos a examinar ahora las argumentaciones de la STC 186/1990 en lo que concierne a la no intervención del imputado en la fase intermedia del procedimiento de la Ley Orgánica 7/1988 a los efectos de hacer alegaciones encaminadas al rechazo de la apertura del juicio oral.

El Tribunal Constitucional establece en su sentencia que la fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado, técnicamente conocida como «fase intermedia» o del «juicio de acusación», comienza desde el momento en que el juez dicta resolución acordando seguir los trámites de ese procedimiento (art. 789.5, regla cuarta) y tiene por finalidad la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral y, en su caso, la fijación del procedimiento adecuado y órgano competente para el posterior enjuiciamiento (f. j. número 4, B). Y más adelante (en el f. j. número 8) vuelve a insistir en que la finalidad esencial de la fase intermedia del procedimiento abreviado es la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral.

Tales afirmaciones conllevarían, lógicamente, que el imputado, contra el que se puede abrir el juicio oral por delitos que comportan penas de hasta doce años de privación de libertad, pudiera hacer alegaciones acerca de la procedencia o no de la apertura del juicio en el que va a comparecer como acusado. Conviene no olvidar que nos hallamos ante lo que en la práctica forense se conoce como «pena de banquillo», con todo lo que ello implica y, además, con la posibilidad de que la condición de acusado la adquiera con respecto a un delito grave. Ostenta, pues, el imputado un respetable interés legítimo en disponer de un plazo de alegaciones encauzadas a evitar la apertura del juicio oral contra él. Interés legítimo que debiera quedar tutelado por los principios de contradicción, igualdad de las partes y de defensa.

Sin embargo, ante la omisión deliberada por parte del legislador de ese trámite de alegaciones para el encausado, la sentencia del Tribunal Constitucional afirma rotundamente que queda garantizada plenamente la contradicción entre las partes, y para ello acude a unos argumentos que parecen contradecirse con los párrafos que acabamos de transcribir de la propia sentencia.

Así, y después de aseverar, en el párrafo primero del fundamento jurídico número 8, que la finalidad esencial de esta fase intermedia es la de resolver sobre la procedencia de abrir o no el juicio oral, pasa a decir que «la fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado, a diferencia de lo que ocurre en la fase intermedia del procedimiento común de la ley, que se desarrolla antes de que los titulares de la acción penal formulan acusación, tiene por finalidad, precisamente, la de que las partes que instan la aplicación del *ius puniendi* del Estado pue-

dan formular la acusación y solicitar la apertura del juicio oral (art. 790), y, caso de que se acuerde la apertura del juicio, dar traslado inmediato a las partes acusadas para que presenten escrito de defensa frente a las acusaciones». Y más adelante, en el párrafo cuarto del mismo fundamento, vuelve a insistir el Tribunal en el mismo sentido, al razonar que «el hecho de que la intervención del imputado en esta fase del proceso tenga lugar en un momento posterior es coherente con la finalidad del traslado que a él se le confiere —formulación de su defensa— y constitucionalmente válida». Y sigue arguyendo que «la contradicción en esta fase del proceso, una vez iniciada, se limita necesariamente a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa».

Pues bien, de la lectura de tales argumentaciones no se infiere razón alguna que justifique la inaplicación del principio de contradicción en la fase intermedia del procedimiento abreviado. El tribunal acude a centrar el contradictorio en los escritos de acusación y de defensa, orillando la problemática que plantea el que se dicte entre ambos un auto acordando la apertura del juicio oral y lo que ello comporta para el imputado. Que esto se contradice con sus afirmaciones precedentes sobre la apertura del juicio oral como finalidad esencial de la fase intermedia resulta palmario. Como también es claro que el tribunal carga la relevancia procesal sobre el instrumento y se olvida de su función y de sus fines. Pues si los escritos de acusación van a servir en esta fase procesal para sustentar el auto de apertura del juicio, lo relevante es el auto de apertura que se dicta, y es indudable que se extiende sin haberse formulado el escrito de defensa, rompiéndose así el contradictorio al no haber escuchado al imputado antes de dictarlo.

En este sentido, la problemática que plantea la regulación procesal de la fase intermedia del procedimiento abreviado es similar a la que provocaba la del anterior procedimiento de urgencia, cuya fase intermedia aparecía bastante desdibujada en los derogados artículos 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de redacción preconstitucional, y en la que también aparecían acumulados los trámites de instrucción de las partes, calificación y solicitud de apertura del juicio oral. Sin embargo, ha de reconocerse que la precedente legislación reconocía mayores garantías al imputado. Pues si bien no contenía tampoco un trámite de alegaciones previo a la declaración de apertura del juicio oral, tal omisión quedaba parcialmente compensada por el auto de procesamiento que dictaba el Juez instructor en la fase sumarial, con una imputación concreta de hechos y de delitos, auto que podía recurrir el procesado en apelación o en queja —según criterio de las diferentes Audiencias Provinciales—, de modo que la sala cuando acordaba la apertura del juicio oral

ya se había pronunciado previamente acerca de la corrección del auto de procesamiento, cuya confirmación implicaba necesariamente para el imputado la subsiguiente apertura del juicio oral. Estas garantías es obvio que han desaparecido en el nuevo procedimiento, a pesar de que la cuantía de las penas imponibles es superior que en el anterior de urgencia.

IV

La claridad con que la nueva ley sitúa al imputado en una posición de desigualdad en la fase intermedia del proceso se ve confirmada por los argumentos que se exponen en la sentencia del Tribunal Constitucional, con un cierto tinte de compensación cencienta, encaminados a solventar las limitaciones derivadas de la declaración de constitucionalidad. Procedamos, pues, a relacionar esos expedientes paliativos con los que, inútilmente, se pretende aliviar la indefensión del imputado en esa fase del proceso.

El primer expediente compensador consiste en sobrevalorar y destacar la intervención del imputado en la fase de instrucción. Y así, afirma el Tribunal Constitucional (f. j. número 4-A) que en la fase de instrucción se produce la intervención del imputado, siempre, en la obligada comparecencia e interrogatorio judicial que ordena el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A través de esta comparecencia —dice el Tribunal Constitucional— se asume formalmente el *status* de imputado, y en ella se le informará de sus derechos procesales, concretamente de lo dispuesto en los artículos 118-2.º y 520-2.º de la Ley Procesal Penal. Asimismo destaca la sentencia que el imputado está facultado en esa fase para pedir cuantas diligencias estime convenientes a su defensa. Y más adelante (al final del f. j. número 8) añade que la acusación no puede dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellos del juicio oral, aun cuando no hubieran gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.

Por último (f. j. número 8), la sentencia contiene un párrafo que no tiene desperdicio, cuando afirma que el dar traslado de las diligencias al imputado para poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias sería no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, revelarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en

el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estos argumentos no consiguen, sin embargo, atenuar ni solventar la infracción de los principios de igualdad y contradicción de la fase intermedia del procedimiento abreviado con respecto al imputado. Y ello porque, en primer lugar, el intentar compensar la falta de intervención del procesado con otras intervenciones en el curso de la instrucción se contradice con la mejor doctrina procesal y con lo afirmado por reiterada jurisprudencia. En efecto, es criterio reiterado que las modulaciones o excepciones al derecho de defensa, y concretamente a los principios de contradicción y de igualdad de las partes, caben en la fase de instrucción o sumarial, sin embargo, según progresa el procedimiento, y al sobrepasar ya el momento de la investigación, se impone el derecho de defensa con todas sus consecuencias. Así lo recoge la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y también la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 176/1988 y 66/1989), incluso la que nos hallamos comentando. De ahí que no parezca correcto reconocerle menores garantías de defensa al imputado en la fase intermedia que en la de instrucción, ni tampoco, por supuesto, denegar aquéllas en base a compensarlas con éstas.

En segundo término, el que a una persona se le informe de sus derechos procesales en la fase de instrucción y se la tenga como imputado no implica, ni mucho menos, que en su día se abra un juicio contra ella por el que se le pueden pedir hasta doce años de prisión mayor. Pues, sobre todo en los supuestos de instrucción compleja y con más de un imputado, la investigación se dilata por varios meses y es muy factible que un denunciado se encuentre con una acusación sorpresa que no esperaba y con el juicio abierto contra él, situación no poco habitual en algunos delitos económicos en que se presenta difícil la diferencia entre el ilícito civil y el penal. Anteriormente, como ya hemos apuntado, el auto de procesamiento evitaba estas acusaciones sorpresivas, pero con la nueva ley ha desaparecido ese filtro, agravándose así la situación procesal del imputado, que puede ser acusado por un delito grave con una sola diligencia de declaración sumarial, eventualidad que podría evitarse con una interpretación más garantista del nuevo artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No parece tampoco acertado el argumento de la sentencia referente a que el traslado de las actuaciones al imputado podría relevarse, en la práctica, como dilatorio y redundante. Y ello porque tan redundante y dilatorio puede resultar el trámite de las acusaciones como el de la defensa, sin que, además, ese motivo constituya un argumento de peso, habida cuenta que quien se juega su libertad es el imputado, no los acusadores. De ahí que no parezca lo más justo y adecuado limitar las facultades procesales de quien más intereses tutelables ostenta.

Por último, el esgrimir que el imputado puede for-

mular sus pretensiones en la fase de instrucción, antes de que la dé por concluida el Juez, supone exigirle en cierto modo ciertas dotes de adivino, en cuanto que ni conoce los hechos ni tampoco el delito concreto que se le va a imputar formalmente, ni siquiera si va a haber acusación contra él. Y lo que desde luego es imposible de prever en las causas con auténtica instrucción es el momento en que el juez va a darla por conclusa, pues hay criterios para todos los gustos. Y no es equitativo, evidentemente, obligar al imputado a predecir el final de la instrucción para poder pedir diligencias antes de su conclusión, mientras que a los acusadores se les facultan para interesarlas en la fase intermedia del proceso.

V

En la parte final de la sentencia, el Tribunal Constitucional —quizá no muy convencido de la fuerza de sus razonamientos precedentes— acude a una última argumentación para salvaguardar el principio de contradicción, y aduce que éste siempre quedará garantizado a través de los recursos que puede interponer el imputado contra el auto por el que se acuerda seguir el trámite del procedimiento abreviado, al que se refieren los artículos 789.4.º y 790.1 de la Ley Procesal Penal.

Esa argumentación choca en cierto modo con lo que es el principio de contradicción. Pues si este principio, de carácter constitucional y encuadrado dentro del derecho de defensa, entraña la posibilidad de efectuar por cada una de las partes las alegaciones que estimen pertinentes con el fin de contradecir las de la contraparte ante una resolución judicial que va a dirimir las diferentes pretensiones, es claro que no se cumple si una de las partes sólo puede contraargumentar cuando la resolución ha sido ya dictada.

En el caso analizado, el auto relevante a dictar es el de apertura del juicio oral, y como se acuerda sin previa audiencia del imputado y si con la de las acusaciones, resulta palmaria la falta de contradicción. Pero como, además, el artículo 790.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal veda la posibilidad de todo recurso contra ese auto, la indefensión es total en ese trámite procesal.

Para paliar esa situación, la sentencia del Tribunal Constitucional aporta como solución el recurrir el auto que inicia la fase intermedia acordando proseguir la causa por el trámite del procedimiento abreviado, a pesar de que es el auto de apertura del juicio y no el anterior el que va a sentar al acusado en el banquillo. No deja de ser curioso tampoco que el Tribunal Constitucional aconseje recurrir el auto que se apoya, precisamente, en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona. De todas formas, el remedio al que acude el Tribunal Constitucional consistente en compensar la falta de un trámite de alega-

ciones por medio de los alegatos de un recurso contra un auto dictado precedentemente no es muy jurídico y ni siquiera se muestra operativo.

En efecto, los recursos a interponer serían los de reforma y queja. En cuanto al primero, lo lógico y normal es su desestimación, dado su carácter y órgano ante el que se interpone y la resolución de trámite que se impugna. Y en cuanto al segundo, su eficacia práctica y sus limitaciones son evidentes, pues la doctrina coincide en que el recurso de queja no produce efectos suspensivos con respecto a la resolución impugnada. De manera que el trámite procesal proseguiría mientras que se sustancia, siendo muy probable que cuando se resolviera la causa estuviera ya a disposición del juzgado o tribunal competente para el enjuiciamiento.

De otro lado, la tramitación del recurso de queja ostenta claras limitaciones, tanto en lo que se refiere a la intervención de las partes como a la posibilidad de entrar a analizar en profundidad el contenido de las actuaciones (arts. 233 a 235 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y, además, cuando el auto impugnado se dicta todavía no están formuladas la acusación o acusaciones contra el imputado, por lo que se halla éste muy disminuido a la hora de alegar argumentos acerca de unos hechos y de unos delitos que todavía no se le han atribuido en forma, desconocimiento que también ha de influir en el tribunal de apelación, que tenderá lógicamente a confirmar una resolución en la que todavía no se reseña imputación formal alguna de las partes acusadoras. Y es que cuando se acuerda seguir el trámite del procedimiento abreviado todavía no han sido formuladas las pretensiones de las acusaciones y no ha podido darse un trámite contradictorio previo al auto de apertura del juicio, y tampoco el auto a impugnar comprende imputaciones de hechos concretos ni de delitos, pues de ser así nos hallaríamos ante una resolución equivalente al auto de procesamiento, hipótesis que no recoge la ley, y que se muestra además contraria al criterio que mantiene del principio acusatorio.

VI

Las razones que hemos ido esgrimiendo parecen suficientes para entender que el precepto cuestionado debió de ser declarado inconstitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha optado por aplicar el principio de conservación de la norma y por los criterios de presunción de la constitucionalidad y del «favor legitimatis». Claro que, si sopesamos que la nueva ley tiene su origen en la declaración de inconstitucionalidad parcial del procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, acordada en sentencia del Tribunal Constitucional de 12-VII-1988, ha de reconocerse que era cuando menos un atrevimiento golpear dos veces en el mismo carrillo.

No obstante, siempre le quedaba al Tribunal

Constitucional la opción adoptada en su sentencia 66/1989, de 17 de abril. O sea, acudir a una interpretación integradora del nuevo artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, poniéndolo en relación con los artículos 24.2 de la CE y 5.1 y 7.2 de la LOPJ. Ciertamente, no nos hallamos ante los mismos supuestos, en cuanto que el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que interpretó la sentencia 66/1989 era una norma preconstitucional y no contiene una redacción tan explícita y clara con respecto a la posición y facultades de las diferentes partes en la fase intermedia del proceso, pero tampoco cabe olvidar que el nuevo precepto no excluye de manera expresa la intervención del imputado en el momento procesal que analizamos.

Por lo demás, la lectura conjunta de ambas sentencias resulta muy enriquecedora, si bien no deja de producir desazón y desconcierto. Así, podemos destacar los párrafos en los que la resolución de 1989 afirma que «del artículo 24 de la Constitución se deriva la necesidad de que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, a efectos de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, especificando que esa exigencia ha de respetarse también en la denominada fase intermedia del procedimiento por delito».

Podemos apreciar, pues, sin duda alguna, que el imputado ha perdido con la nueva legislación y con la sentencia del Tribunal Constitucional 187/1990 algunas garantías que ya tenía conseguidas. No otra cosa se infiere del hecho de que en la sentencia 66/1989 se le diera intervención en la fase intermedia cuando se le enjuiciaba por delitos que conllevaban una pena de seis años y un día a doce años de privación de libertad, y que, en cambio, la nueva sentencia le niegue el trámite de alegaciones para la misma fase procesal en procedimientos en que se le puede imponer esa misma pena.

El máximo intérprete de la Constitución ha venido, pues, a refrendar los criterios constitucionalmente restrictivos de una ley que ha introducido en un mismo cajón de sastre a las meras bagatelas y a los delitos graves y con una investigación compleja.

VII

Puede tildarse también de curiosa la coincidencia de que el precepto que se cuestiona aparezca en la ley inmediatamente después de la norma referente al supuesto en que el acusado reconoce los hechos que se le imputan. Y decimos esto porque todo viene a indicar que al imputado se le dan muchas más facilidades para hablar y hacer alegaciones cuando se trata de aceptar los hechos denunciados y mostrarse favorable a construir una verdad consensual o formal —tan en boga en el nuevo proceso penal—, que cuando se opone a ello y decide adentrarse en la fase intermedia del proceso, donde se le niega toda alegación. De suerte que las nuevas concepciones de la ética discursiva, muy encumbradas por algún sector doctrinal, sólo serían aplicables al imputado que otorga y calla, y no al que pretende oponerse con argumentaciones a las acusaciones que se le hacen.

En resumen, pues, y acudiendo a un simil extraído de la liturgia popular, podemos concluir afirmando que en la fase intermedia del nuevo procedimiento abreviado el ministerio fiscal camina bajo palio, a la acusación particular se le permite sostener las varas del dosel, y al imputado se le deja presenciar la procesión debajo de los soportales de la calle. Eso sí, todos son iguales en el procedimiento.

De todos modos, sería injusto no reconocer que algo ha mejorado la situación del imputado, pues ha pasado de marchar en el desfile procesional con un capirote en la cabeza y un sambenito sobre su cuerpo a poder ahora presenciar la fase intermedia del nuevo procedimiento vestido de paisano y mucho más relajado, sin ninguna zarandaja colgando. Y lo que no puede pretender, desde luego, es detentar iguales facultades procesales que la acusación pública, habida cuenta que, a diferencia de ésta, se rige por los principios de ilegalidad, parcialidad y, en algunos casos, inoportunidad, especialmente cuando no acepta las imputaciones del Ministerio Fiscal.

Las entendederas del ministerio fiscal (El sospechoso oficio de paseante)

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

I

El chascarrillo es muy conocido. Un amigo se dispone a contar un tópico chiste sobre la cortedad de los habitantes de cierta zona de nuestra geografía. Su interlocutor lo interrumpe, para advertirle que él es de allí. Sin inmutarse, el primero replica: «No te preocupes; te lo contaré despacito, para que lo entiendas...».

La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid dictó, con fecha 21 de enero de este año de 1991, una sentencia polémica.

Resolvía el recurso de apelación interpuesto contra otra, del Juzgado de lo Penal número 20 de los de Madrid, que condenaba al recurrente como autor de un delito contra la salud pública.

Los hechos eran bien simples. Unos agentes policiales pararon al apelante en una calle madrileña. Procedieron a identificarlo y a registrarlo, y le encontraron unos trocitos de hachís. Los agentes que llevaron a cabo la identificación y registro personal del inmediatamente detenido, justificaron su proceder explicando que aquel se encontraba «en actitud sospechosa».

En la sentencia de apelación se argumenta de este modo:

«... El agente policial que compareció en la comaría presentando al detenido justifica su intervención en que "observó a un individuo en actitud sospechosa por la calle Mieres de esta capital, procediendo a su identificación y cacheo. "».

«Actitud» es una disposición de ánimo, la manera de estar alguien dispuesto a comportarse. Es decir, más bien una dimensión de la preconducta que una forma de obrar propiamente dicha.

Con todo, a veces el término se usa para hacer referencia a la anticipación gestual de una acción de presumible realización inmediata; como, por poner un ejemplo, cuando se afirma de alguien que tenía o estaba en una «actitud agresiva». Aquí se introduce ya una cierta precisión que va referida a datos perceptibles mediante la observación, y éstos permiten una lectura de cierto grado de objetividad, que añada a su vez algún rigor a la inferencia.

Pero evidentemente no es ése el caso que se contempla, puesto que en él el adjetivo —«sospechosa»— con el que se califica la «actitud» del... apelante ofrece un tipo de pretendida información que se resuelve en una apreciación puramente subjetiva, que remite pura y simplemente al criterio personalísimo del funcionario. Este, en contra de lo que pudiera parecer, no describe, sólo valora.

De este modo queda claro el carácter circular o tautológico de la afirmación que sirve de punto de arranque a la denuncia y antes a la intervención policial. Saturnino Valera Cacio tenía una actitud sospechosa, porque por su aspecto o por su pinta inspiró sospechas a la policía. Habrá que convenir que por su aspecto o su pinta, ya que es evidente que de haber concurrido algún otro dato más expresivo se habría consignado, como de hecho suele hacerse. Así, verbigracia, en otros atestados estándar en los que se lee: «observaron a los presentados que montaban el ciclomotor (de tales características)... por lo que les resulto sospechoso...»; o bien: observaron «a los dos presentados, portando uno de ellos una bolsa de plástico con algún objeto en su interior...» o «a un individuo que salía corriendo de...».

La precedente constatación obliga a preguntarse por la legalidad de una actuación policial, desde luego limitativa en determinados derechos, que tiene por exclusivo fundamento la condición de sospechoso de una persona que lo es por la única razón de haber suscitado la sospecha de cierto funcionario.

Y esta pregunta hace preciso, con carácter previo, determinar el alcance jurídico-constitucional del tipo de actuación, consistente en la «identificación y cacheo» de un viandante.

A este respecto se sabe que tales operaciones comportan, cuando menos, una limitación de la libertad de deambulación; también la imposición de alguna conducta, como sacar las cosas de los bolsillos, exhibir el DNI; y, en fin, el sometimiento a una inspección corporal que, en ocasiones en la práctica, puede llegar incluso a la observación minuciosa de la ropa interior del sujeto paciente.

Pues bien, siendo ello así —desde luego a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1986 de 10 de julio—, es claro que «debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se ve impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación factica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad». Porque «no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean».

En consecuencia, parece obvio que después de tan tajante declaración no cabe en modo alguno rebajar el significado para la libertad personal del tipo de diligencias policiales que aquí se contemplan, que por ello deben quedar rigurosamente sujetas a la disciplina constitucional que para las mismas deriva del artículo 17.1 del texto fundamental.

Tal disciplina se concreta, primero en el carácter nunca autónomo de la detención, sino instrumental o subordinado y necesario para la investigación de un hecho punible de cuya realización —acontecida o por acaecer— existen indicios de alguna entidad (art. 17.2 CE). Y esto en los términos —es decir, en los casos y en la forma— que la ley a la que se remite el mismo artículo 17, en su párrafo 1 prescribe.

Esta última, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede ser más elocuente al respecto, cuando exige «que la autoridad o agente tenga motivos racionales bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito ... y que la persona a quien intente detener tuvo participación en él» (art. 492.4). Y al imponer a todos la obligación de exhibir sus objetos personales, pero no en cualquier caso, sino sólo cuando «se sospeche puedan tener relación con la causa» (art. 575).

Es decir, para que una medida como la detención pueda encontrar un principio de justificación se hace preciso constatar la existencia de algunos datos previos «racionalmente» sugestivos de que ha tenido o pudiera estar a punto de tener lugar la perpetración de un hecho delictivo. O lo que es lo mismo, la detención policial no es ni podrá ser el primer paso de la investigación, sino la consecuencia de otros que acrediten su necesidad.

Dicho de forma gráfica: sólo cabe entender que exista habilitación legal para detener cuando se tengan «motivos racionalmente bastantes» para creer que ha pasado o está a punto de pasar algo criminalmente relevante. Pero no para ver qué pasa, como puro instrumento de uso discrecional en el marco de una operación policial de muestreo.

Es lo que entienden también algunos modernos ordenamientos, como la Ley Procesal Alemana de 1975, modificada en este punto por la de 14 de diciembre de 1978, que en su artículo 163 b) vincula la posibilidad del registro personal a la preexistencia de la sospecha de un delito concreto. Y el Código Procesal Italiano de 22 de septiembre de 1988, cuyo artículo 352 únicamente autoriza a la policía judicial a llevar a cabo registros personales cuando tenga «fundado motivo para considerar que se encuentren ocultos sobre la persona objetos o vestigios pertinentes al delito».

Así las cosas, una vez claramente determinada la circunstancia de que la medida que en nuestro caso se cuestiona se produjo fuera de los supuestos concretos en que la ley habilita para llevar a cabo la detención, queda tan sólo preguntarse por la eventual eficacia probatoria de cargo del hallazgo, por ese medio, de objetos que pudieran constituir el «cuerpo» de un posible delito.

Pues bien, a este respecto, es sabido que el artículo 24.2 de la Constitución consagra con el carácter de fundamental el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2). Por otro lado, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispo-

ne que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales».

Cierto que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental» (sentencia 114/1984, de 29 de noviembre). Pero tan cierto como que, según se dice en la misma resolución, «hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental».

De lo anterior se sigue inexcusablemente que el material probatorio obtenido por la policía mediante un registro personal constitutivo de detención, producida con inobservancia de las disposiciones (arts. 492.4 y 575.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que por imperativo constitucional (art. 17.1) determinan las condiciones de legitimidad de la privación de libertad, es decir, «violentando —directamente— derechos o libertades fundamentales» (art. 11.1 de la LOPJ), no puede ser en modo alguno tenido en cuenta a efectos incriminatorios.

Por tanto, la «prueba» así lograda, en este supuesto cierta cantidad de hachís, carece de existencia procesal, en sí misma y, por la radical nulidad de su incorporación a los autos, también en sus consecuencias, entre las que se incluyen inevitablemente las declaraciones del afectado producidas a partir de aquel hallazgo...».

«... Por eso —concluye— desvirtuada la única prueba de cargo que ha constituido el fundamento de la sentencia apelada, debe ésta revocarse, dictándose otra absolutoria...».

II

Contra esta sentencia interpuso el Ministerio Fiscal, recurso de amparo constitucional.

Considerándose legitimado para demandarlo, invocando lo prevenido por el artículo 46.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, denuncia que la resolución impugnada no puede tenerse por debidamente motivada, por lo que se reputa vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de nuestra vigente Constitución.

El amparo pretendido se funda, partiendo de un sugestivo par conceptual manejado por la Providencia de 7 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo número 2677/90, en que la sentencia de la Audiencia Provincial «está razonada» (esto es, tiene una «aparición de motivación»), pero no «es razonable», por lo que adolece de falta de lo que cabría denominar «fundamentación material».

Esta grave deficiencia derivaría de dos fuentes. En primer término, el Ministerio Fiscal considera injustificada la desconsideración del material probatorio resultante del registro personal a que fue so-

metido el apelante. En efecto, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial razonó que semejante investigación implicaba una detención, siquiera por poco tiempo, del sujeto a ella; y cabía descalificarla como arbitraria, al no haber sido determinada por razones objetivamente generalizables, sino por una difusa supuesta intuición subjetiva de los agentes de la autoridad. Partiendo de estos presupuestos, el Tribunal de apelación se limitó a aplicar la sanción de inutilizabilidad procesal de los datos conseguidos con vulneración de un derecho fundamental (a la libertad, consagrado por el art. 17 de nuestra Constitución), tal como ordena el artículo 11.1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que vino a corroborar el criterio sostenido por la trascendental Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, de nuestro Tribunal Constitucional. La ineficacia de esta fuente inicial de prueba arrastraría consigo la de aquellas posteriores, que traían su causa de la primera, que las contaminaba como indirectamente obtenidas con violación del ya indicado derecho fundamental a la libertad. Esta metodología responde al criterio gráficamente conocido, en Derecho angloamericano, como «doctrina de los frutos del árbol venenoso», y citada expresamente, para acogerla entre nosotros, por la Sentencia de 29 de marzo de 1990, de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, invocando la doctrina contenida en la muy difundida 98/1986, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional, concluía que, en la medida en que, para proceder a la identificación y registro de una persona, ésta era privada de su libertad de movimientos por el tiempo preciso para una y otro, el investigado debía tenerse por detenido. Ello obligaba a que los autores de tales actos de investigación hubieran de proporcionar una explicación satisfactoria de su proceder, so pena de ser éste tachado de arbitrario y desproporcionado.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, opone la valoración contenida en las providencias de noviembre de 1990 y 28 de enero de 1991. Según ellas, «... el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, así como el derecho de los españoles a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues, aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, en concreto a la función preventiva o indagatoria de hechos delictivos que incumbe legalmente a los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...». Así que el sometimiento de una persona a las diligencias policiales antes dichas «... no es ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo...».

Así pues, concluye el Ministerio Fiscal, «... el rechazo de la prueba extraída a consecuencia de la identificación y cacheo del que después fue detenido, resulta cuando menos discutible...».

Sin embargo, el acusador público demandante se percata de que ha entrado en terreno harto resbaladizo, desde la perspectiva de los límites del recurso de amparo, en cuanto aquella apreciación de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial podría pertenecer «... a la función interpretadora de la legalidad vigente que corresponde a los jueces y, por tanto, no es susceptible de revisión en vía constitucional...».

Por ello, reserva un segundo motivo de impugnación, en línea de retranca. Trae a la memoria, aunque sólo vagamente, la apelación a las «fuentes de prueba independientes» o a aquellas otras «de inevitable descubrimiento», nada infrecuentes en el proceso penal angloamericano.

En efecto, el Ministerio Fiscal recuerda que, aun si los resultados de la identificación y el registro personal del luego detenido hubieran sido inutilizables procesalmente, restarían otros medios de prueba, cuales el testimonio, en el acto del juicio oral, de los funcionarios policiales que los practicaron, o el de tres testigos, amigos del detenido, y que también prestaron entonces declaración.

El demandante de amparo concluye, en fin, que el Tribunal de apelación, «... al no entrar a valorar unas pruebas existentes y no explicar la razón de tal rechazo, produce una resolución no razonable, arbitraria y, por lo tanto, contraria al derecho fundamental [a la tutela judicial efectiva]...», del que en este caso es sujeto activo el Ministerio Fiscal (de oficio o a petición de los interesados) como representante del interés público tutelado por la Ley y de los derechos de los ciudadanos (art. 124 CE), por lo que su legitimación, aparte del reconocimiento expreso que con carácter general hace el artículo 46.1 a) de la LOTC, viene concretamente establecida por la propia Constitución (STC 86/85)...».

III

En definitiva, pues, la sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque irrazonablemente niega valor probatorio a un material conseguido como resultado de un acto policial de investigación que debería tenerse por válido y eficaz, y, no menos irrazonablemente, deja de tomar en cuenta otro obtenido de fuentes independientes de prueba.

La razón de la primera sinrazón obliga al Ministerio Fiscal a adentrarse en las peligrosas aguas del concepto de detención, a la vacilante luz de unas tan recientes como sorprendentes providencias del Tribunal Constitucional.

Desde el Ministerio del Interior, jaleado por cohortes de honrados ciudadanos, inflamados de celo por la causa de la sociedad (y de los que, por cierto, ya sospechaba sensatamente el redactor de la Exposición de Motivos de nuestra antañona Ley de Enjuiciamiento Criminal), se ha venido propugnando re-

petidamente la necesidad de introducir en nuestro Ordenamiento procesal penal la polémica figura de la retención; una privación de la libertad de movimientos que puede prolongarse incluso durante algunas horas, a modo de zona franca a la actuación policial, liberada de corsés constitucionales y otras tontunas legalistas

La Sentencia 98/1986, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional parecía haber dejado bien claros los términos de la cuestión.

En ella, como se anota en la sentencia impugnada en amparo por el Ministerio Fiscal, se lee que «... no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —én las que de cualquier modo se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean...» (FJ 4.1.). Y establece, finalmente, que «... debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad... siendo admisible teóricamente [que] la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona...» (FJ 4.2.).

El Ministerio Fiscal no desconoce la existencia de esta doctrina. Sin embargo, la estima inaplicable al caso, porque, en el supuesto contemplado por la sentencia parcialmente transcrita del Tribunal Constitucional, se había producido un traslado a dependencias policiales, donde el investigado había permanecido obligadamente, sin serle permitido abandonarlas. El mismo argumento podría reducir sensiblemente el alcance de la muy citada Decisión 8278/1979, de 13 de diciembre, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que entiende, si, que «... la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso aún en el caso de que dicha privación sea de corta duración...»; pero enjuicia la hipótesis de conducción coactiva del investigado a un establecimiento sanitario, para la obtención, en él, de una muestra hematológica.

Por otra parte, invoca el criterio seguido por varias providencias del mismo Tribunal, en las que se minimiza la relevancia constitucional, a efectos de amparo, de las cortas privaciones de libertad de movimientos, precisas para la práctica de determinadas diligencias policiales de investigación y control.

La de 28 de enero de 1991 es ilustrativo botón de muestra

En ella, la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acuerda —de conformidad con lo prevenido por el artículo 50 1. c) de su Ley

Orgánica— la inadmisión de una demanda de amparo, por carecer manifiestamente de contenido constitucional.

Y argumenta: «... El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo.

Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una «privación de la libertad» ni atenta contra su derecho de libre circulación que quedan intactos tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen...».

Esta resolución trae a la memoria otras del mismo Tribunal, esta vez sendas sentencias, la 107/1985, de 7 de octubre, y la 22/1988, de 18 de febrero

Abordaban ambas los múltiples y espinosos problemas que plantean las comprobaciones alcohólicas

La 107/1985 asegura que «... la verificación misma de las pruebas... no configura el supuesto de "detención" contemplado en aquel precepto constitucional [a saber, el artículo 17.3 de nuestra Ley Fundamental] ni ha de rodearse por ello de unas garantías llamadas a tutelar una situación bien distinta...» (FJ 3.4).

Inmediatamente antes, razonaba que «... los derechos declarados en el artículo 17.3 de la norma fundamental corresponden al "detenido", esto es, a quien haya sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el número 2.º del mismo artículo. Las garantías exigidas por el artículo 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan, pues, su sentido de asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún

caso productora de indefensión del afectado. No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque, ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y si solo la verificación de un pericia técnica de resultado incierto que no exorbita en sí las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 492. 1.º la LECr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba... supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad de la seguridad del tránsito (art. 1.º *in fine* de la orden de 29 de julio de 1981). La realización de esta prueba, ... así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico...» (FJ 3.3.).

La sentencia 22/1988 reproduce parcialmente y confirma estas apreciaciones (FJ 1.2).

Las providencias invocadas por el Ministerio Fiscal, en su demanda de amparo, han descontextualizado algunas frases de la doctrina anterior («... supone para al afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción...»), para construir sobre ellas un principio general de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La sentencia 107/1985, y, sobre sus pasos, la 22/1988, no afirman que la breve privación de libertad precisa para practicar una comprobación alcohólica no sea una verdadera detención, ni tampoco que los miembros de aquellas Fuerzas y Cuerpos puedan proceder discrecionalmente, a retener transitoriamente a cualquier persona en el curso de una actividad preventiva o indagatoria de hechos delictivos.

La resolución comentada afirma que la detención de un conductor para comprobación de su identidad y estado psicofísico, o para su sometimiento a una verificación de su grado de impregnación alcohólica no encaja en la presupuesta por el artículo 17.3 de la vigente Constitución española, como fuente de atribución de unos determinados derechos (a la información de las razones de su detención, a no de-

clararse culpable, a la asistencia letrada), por más que la práctica de una comprobación semejante haya de reunir ciertas garantías para que sus resultados puedan ser esgrimidos como prueba de cargo de responsabilidad penal (por delito contra la seguridad del tráfico, o, en su caso, por imprudencia).

En modo alguno pueden desorbitarse las frases acotadas especialmente en la medida en que están referidas a un muy concreto control administrativo sobre una actividad —como es la conducción de vehículos accionados por motor— que por entrañar un riesgo cualificado reclaman en quien la realiza la acreditación de su capacitación (por reunión de un buen estado psicofísico y del dominio de la técnica), previa al otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa (permiso de conducir), y el mantenimiento, en cada acto de ejercicio de la actividad, de las condiciones precisas para realizarlo sin exceder del margen de riesgo socialmente permitido: esto es, sin comprometer la seguridad del tráfico. La Administración se reserva —en uso de una potestad de policía especial— la vigilancia de la posesión de aquella autorización y de estas condiciones.

La perspectiva es radicalmente distinta en el caso de la libertad deambulatoria. Abierta a todos, su prohibición (en determinados espacios, o momentos, o a personas concretas) ha de estar siempre cubierta por una norma legal (art. 53.1 de la Constitución Española), que, tratándose del desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas, ha de tener rango de Ley Orgánica (art. 81 de nuestra Ley Fundamental), y justificada, en cada aplicación particular, por su necesidad y proporcionalidad. En este triplete —legalidad, necesidad, proporcionalidad (tan bien estudiadas por González-Cuéllar Serrano)— habrá de apoyarse cualquier limitación de aquellos derechos y libertades.

Resulta, a este respecto, muy significativo que la insistencia en configurar los actos de identificación y registro personal como poderes implícitos («con-naturales», en palabras del monografista Herrero Herrero) en los genéricamente atribuidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como precisos para el cumplimiento de las funciones preventivas y represivas enumeradas en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, no se vea completada por el recuerdo de los principios que han de regir su ejercicio. Entre ellos, el artículo 5.2, a) y c), consagra, como no podía ser menos, el de proscripción de cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral, y los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. La vulneración de estos criterios rectores deslegitima la actuación de los miembros de dichos organismos, y, en la medida en que aquella comporte la anulación o limitación de un derecho o libertad fundamentales quedará degradada a mera violación de éstos, de la que no puede hacerse uso procesal, por imperio del

invocado artículo 11.1 2 de la Ley Organica del Poder Judicial.

Las providencias del Tribunal Constitucional, sin duda muy respetables, resultan contradictorias con sus propias sentencias precedentes, cuya fundamentación jurídica, como queda estudiado, han extraído de contexto y tergiversado. Y es bien lamentable que una simple Sección de una de las Salas de aquel órgano se haya decidido a resolver cuestión tan polémica y con tanta trascendencia práctica, nada menos que negando la admisibilidad de la demanda de amparo que la planteaba. Al menos, la interpuesta ahora por el Ministerio Fiscal, si es admitida a trámite (extremo sobre el que es lícito albergar ciertas dudas), tendrá la ventaja de dar la oportunidad de que toda una Sala pueda volver sobre este espinoso problema, y revisar la doctrina contenida en aquellas providencias.

Las denominadas, por un especialista en el tema, como Herrero, detenciones «funcional-operativas» suponen siempre una privación —más o menos prolongada— de la libertad de movimientos. El requerido de identificación y el sometido a registro personal no pueden seguir su camino. Durante el tiempo que dure la ingerencia policial carece de autodeterminación. Y si se aplica el criterio de la relevancia de la lesión del bien jurídico afectado (utilizado en la ya aludida Decisión de 13 de diciembre de 1979, de la Comisión Europea de Derechos Humanos), esa intromisión en su quehacer diario, esa «... momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano...», como la caracteriza el Tribunal Constitucional, no parece que pueda minimizarse como banal; ni en el primer caso ni, sobre todo, en el segundo, en el que además queda afectado el derecho constitucional a la intimidad personal (art. 18.1 de nuestra Ley Fundamental), como, con fina sensibilidad jurídica, supo poner de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial.

Los actuales intérpretes del reverso del papel de «Humpty-Dumpty» están empeñados en camuflar una misma realidad con una nueva, distinta palabra. Así podrían contrabandear la resurrección de un cierto margen de discrecionalidad policial, encubriendo sus manifestaciones con eufemismos y expresiones teñidas de equívoco tecnicismo. Merece la pena releer las palabras de Gregori, traídas a la memoria por el profesor Portilla Contreras, en una reciente monografía, llena de intención crítica: «... la doctrina ha tratado de ennoblecer el instituto de "las medidas de policía", cambiando tal nombre por el de medidas de prevención, pero no pueden disimular su naturaleza represiva. Su finalidad es, sin duda, la de golpear, castigar al sospechoso de los delitos cometidos o la mera intención de cometerlos. Estos comportamientos son de difícil individualización, ya que la intención no tiene materialidad, y el sospechoso no tiene una base objetiva...». Y, poco más adelante, escandalizado ante el empuje de las perversiones jurídicas a que conduce la que Palazzo

denominó «lógica del sospechoso», escribe: «... la nueva legislación penal mantiene un trato de cinico desprecio por los derechos inviolables del hombre, e ignora los principios constitucionales en materia penal. Significa la rendición del Estado de Derecho que abdica de sus valores frente a la práctica de la guillotina para afrontar una situación de hecho que no puede controlar...».

Se vuelve la mirada a nuestro más inmediato entorno cultural, y se llama la atención sobre la proliferación de espacios librados a una actuación policial desembarazada de ataduras garantistas, al socaire de una hipertrofiada legislación de emergencia. Sin embargo, y, al menos por lo que se refiere a los Códigos procesales penales, lo mismo los clásicos que los más recientes, las medidas de investigación policial —y esto vale también para la «garde à vue» francesa, citada muchas veces como ejemplo— tienen como presupuesto la noticia de un hecho que reviste apariencia delictiva.

En cambio, dentro de nuestras fronteras se propone dar un paso más. Se pretende —resume críticamente el profesor Portilla Contreras— legitimar la posibilidad de que se prive de libertad a una persona basándose «... únicamente en la existencia de sospechas, es decir, en la propia concepción del funcionario elaborada en ausencia de indicios y, por tanto, reducida a la intuición de que en virtud de su conducta, edad, apariencia física, etc., tal ciudadano ha podido cometer alguna infracción...».

Y conviene no olvidar que todavía no ha desaparecido la vieja asimilación entre delincuencia y clases menos favorecidas, tan arraigada en el positivismo tradicional, y que ha permeado paradójicamente sobre los mismos estratos perjudicados por aquella, en los que aún se siguen reclutando mayoritariamente nuestros guardianes del orden. El aspecto externo y los modales constituyen sendos factores de movilización del prejuicio (consciente o inconsciente), y, con el, de la sospecha. La aplicación selectiva de las leyes penales a los sectores más deprimidos social y económicamente (cuya vida transcurre marcada por el signo de la visibilidad) funciona como profecía autorrealizada, que retroalimenta el prejuicio, enmascarado como intuición policial. Lamo de Espinosa ha dedicado páginas muy jugosas a estos fenómenos. En la «Cantata de Santa María de Iquique» la misma crítica se resumía en un solo verso: «Es peligroso ser pobre, amigo».

Se comprende, entonces, el riesgo que entrañan estas propuestas de concesión de márgenes amplios de actuación policial. De ser aceptadas, se trasladará al espacio jurídico europeo, tan orgulloso de su tradición garantista, el desolador fenómeno que Zaffaroni denuncia en Latinoamérica. Junto al poder penal judicializado y sometido a una estricta legalidad, se alzan otras instancias de control social —el aparato policial sería una de ellas— cuya acción, prácticamente descontrolada, puede ser finalmente reducida a desempeñar una función pura-

mente simbólica, de reforzamiento del sistema de valores hegemónico.

Está, pues, en juego algo más que una discrepancia interpretativa. En el fondo de la demanda de amparo presentada por el Ministerio Fiscal late una aproximación hobbesiana a los problemas encerrados en la consigna «Ley y orden» y que —como puso al descubierto Dahrendorf— es característica del capitalismo maduro. El dilema sofístico entre seguridad ciudadana y derechos de la persona puede terminar en una apuesta decidida por Leviathán.

IV

A la postre, no parece tan irrazonable considerar que las retenciones para identificación o registro personal constituyen auténticas detenciones, privaciones de la libertad de movimientos, que sus autores deben poder justificar con razones objetivas, asumidas como tales por la ley (típicamente, la represión o prevención de un hecho colectivo) y conforme a un pronóstico anterior a su práctica, y no apelando a meras intuiciones personales. Cuando faltan esas razones, el acto policial puede ser descalificado como vulnerador de derechos fundamentales (a la libertad, a la intimidad), y por ello, aun cuando haya revelado la perpetración de un delito, el material resultante no podrá ser utilizado procesalmente como prueba de cargo.

El propio Ministerio Fiscal se da cuenta de que ha elegido una ruta equivocada, y da a medio camino un cambio de rumbo, para objetar que el Tribunal de apelación no ha tenido en cuenta otros medios probatorios que respaldaban el fallo condenatorio de instancia.

Esos medios se reducirían a dos diferentes tipos de testimonio.

El primero, el prestado en el acto de juicio por los funcionarios policiales que practicaron la identificación y el registro. En verdad, esta alegación es sorprendente, puesto que tales testigos sólo podrán reproducir el resultado conseguido de una actividad procesalmente inutilizable, no convalidable por esa vía.

La sentencia de 29 de marzo de 1990, de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, puede ser aleccionadora. Entonces se trataba de inferir el destino, al tráfico, de una «papelina» ocupada al acusado, partiendo del hallazgo de una considerable cantidad de heroína, descubierta en el curso de un registro practicado ilegalmente. La resolución citada enseña que «... para tener por probado el ánimo de traficar con tan escasa cantidad de estupefacientes, nunca podrá acudirse al hallazgo posterior de los 170 gramos, pues la prueba obtenida con violación de un derecho fundamental es radicalmente nula, no sólo en sí misma, es decir, para acreditar esa posesión de los 170 gramos, sino también en sus efectos sobre otras pruebas distintas en cuanto pudiera servir para que

éstas pudieran ser valoradas en un determinado sentido. Y por ello no puede servir el ilegítimo hallazgo posterior de una cantidad importante para acreditar que la papelina antes ocupada se poseía para traficar con ella (así lo exige la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado y así debe entenderse la expresión "directa o indirectamente" que utiliza el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)...».

Y la sentencia, de la misma Sala, de 3 de abril de 1990, a propósito de un reconocimiento en rueda de personas, practicado irregularmente, sostiene la imposibilidad de su convalidación ulterior, y se pronuncia así: «... La vulneración de las exigencias del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este orden de cosas que traen causa directa en el principio constitucional de proscripción de toda indefensión, es de tal naturaleza que no puede ser ya subsanado. Es decir, diga lo que diga el testigo en el juicio oral, después de la violación de este derecho constitucional en fase sumarial, el Tribunal no puede ya basar su convicción en esta prueba que, por ser prueba prohibida, es inexistente a efectos procesales y contaminadora del efecto en sus posibles repeticiones, es decir, y en definitiva, no es apta para aplicar el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...».

Por tanto, es harto razonable que el Tribunal de apelación no haya tomado en cuenta esa supuesta prueba de cargo invocada por el Ministerio Fiscal, en cuanto estaba contaminada por la eficacia a distancia (la «Fernwirkung» de que hablan los especialistas alemanes) de la ilicitud de aquella otra de que derivaba.

La segunda fuente de material probatorio culpabilizador estaría constituida por el testimonio de amigos del condenado, apelante, quienes habrían manifestado que éste había comprado la droga hallada en su poder por encargo de aquéllos y para su consumo común.

Se trataría de lo que la Jurisprudencia norteamericana conoce como utilización de una «fuente independiente» de prueba, que opera al margen de la violación y que no queda por ello contaminada por esta última.

No faltan aplicaciones de este criterio de la «independent source» en nuestra doctrina jurisprudencial. La sentencia de 19 de mayo de 1990, siempre de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, a propósito del descubrimiento de un alijo de droga, mediante examen radiológico ilegítimamente obtenido, enseña que «en efecto, es cierto que las radiografías fueron obtenidas con vulneración del derecho de defensa. Sin embargo, la prueba del transporte de la heroína no se basó en ellas, sino en la comprobación del hecho de la expulsión natural del cuerpo del detenido de los envoltorios que la contenían. En tanto este hecho no dependía de la voluntad del mismo, es evidente que se trata de una prueba que fue obtenida sin ninguna vinculación causal con la lesión del man-

dato del artículo 520 LECr., dando que, sin necesidad de considerar las radiografías obtenidas sin la información de derechos, el Tribunal a quo pudo valorar el hecho de la expulsión natural, y, por lo tanto, del transporte corporal de la heroína, como prueba del hecho imputada al recurrente. La obtención de la evidencia de este transporte, en sí misma, no resulta impugnabile, dado que estaba cubierta por los artículos 299 y 492.4 L.E.Cr. y no necesitó de la infracción de derechos fundamentales para su obtención...».

Ocurre, no obstante, que en el caso resuelto en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, el testimonio independiente difícilmente habría podido fundamentar un fallo condenatorio. En efecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que para que pueda apreciarse el delito tipificado y penado por el artículo 344 del Código Penal es menester que concorra un «ánimo tendencial», como elemento subjetivo del injusto, integrado por la intención de destino, finalidad proselitista o de facilitación a terceros de tan nocivas sustancias, quedando fuera de la sanción legal, como supuesto atípico, el autoconsumo (cfr. S.TS. de 20 de noviembre de 1985, y jurisprudencia en ella invocada). La tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, cuando el tenedor las destina a su propio consumo, ni antes ni después de la vigencia de la LO de 25 de junio de 1983 (recuerda la sentencia de 13 de octubre de 1986) constituía ni constituye conducta típica y punible a efectos del artículo 344 del Código Penal. Este autoconsumo no sólo puede ser individual, sino colectivo; y esta modalidad compartida queda igualmente al margen de lo penal. Con ella, no puede confundirse la actividad del intermediario, ajeno al consumidor o al grupo de consumidores, quien se encarga —incluso sin propósito lucrativo— de localizar al vendedor (o a los vendedores), gestiona la compra y entrega la mercancía a su comitente. Esta conducta es punible —según la sentencia de 18 de abril de 1988— en concepto de favorecimiento del consumo de drogas, estupefacientes o psicotrópicos.

Es verdad que la sentencia de 18 de julio de 1988 —invocando las de 18 de marzo, 24 de abril y 25 de junio de 1986, y 21 de enero de 1988— consideró delictivo el hecho de adquirir cierta cantidad de droga, parte para el propio consumo, y parte para el de unos amigos del pueblo, los cuales habían aportado dinero para ello. Interpretó que, si bien la tenencia de la parte restante que pensaban transmitir a quienes les habían hecho el encargo, en cuanto que con ello favorecían o facilitaban el consumo por otros de la nociva sustancia que les fue ocupada; aparte de realizar otro acto típico, como es el de transporte con fines de transmisión, ya sea a título gratuito u oneroso. Sin embargo, en supuesto sensiblemente análogo (los acusados se limitaron a comprar hachís por encargo de un grupo de amigos, que a tal efecto habían formado un fondo común), la sentencia de

25 de mayo de 1981, reiterando el criterio sentado por la de 15 de abril del mismo año, que llama en su apoyo, concluye que la tenencia de droga por un individuo, en la medida en que era ostentada no en propio nombre sino en nombre y al servicio de los demás —en la parte que habían sufragado—, los cuales venían a ser poseedores, aunque no tuvieran una relación de contacto material, ha de ponerse en relación con este proyectado autoconsumo colectivo, tan atípico como el individual; por lo que aquella tenencia cae igualmente fuera del ámbito del precepto estudiado.

Parecía, pues, de nuevo, bastante razonable que el Tribunal de apelación no acudiera, subsidiariamente, a una prueba que conducía derechamente a la atipicidad del hecho enjuiciado.

V

Sólo queda esperar que la resolución del Tribunal Constitucional despeje estas incógnitas. Quizá sería interesante que, a la vez, aclarase los límites de la legitimidad material del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo constitucional.

El artículo 162.1 de la Constitución Española de 1978 legitima para interponer el recurso de amparo por violación de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de aquella Ley Fundamental (esto es, los epigrafiados «... derechos fundamentales y ... libertades públicas...»), a «... b) ... toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal...».

Introducida tardíamente esta última, dentro del proceso de elaboración de nuestra vigente Ley Fundamental, quedaron sin precisar los presupuestos y límites de una tal legitimación.

Según la sentencia 86/1985, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional, la que, para recurrir en amparo, atribuye la Constitución al Ministerio Fiscal, en el precepto antes reproducido, y en el artículo 46.1, b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «... se configura como un «ius agendi» reconocido a este órgano en mérito de su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el artículo 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos...» (FJ 1,4).

Para que una persona física o jurídica este legitimada para interponer el recurso de amparo, el artículo 162.1, b) (primer inciso) de nuestra Constitución, exige que aquélla justifique un interés legítimo, «... aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega como vulnerado...» (S.TC. 16/1983,

de 10 de marzo, FJ 1.3). El Ministerio Fiscal está dispensado de esta justificación (S.TC. 257/1988, de 22 de diciembre, FJ 4).

Ello se explica, cuando acciona en tutela de un derecho o libertad ajenos, por aquella función genérica de defensa de los ciudadanos, que le asigna el artículo 124.1 de la Constitución. Tiene abierta la vía del amparo, incluso si los titulares están todavía sin individualizar, según se infiere de la comunicación del recurso a los agraviados conocidos y a otros posibles interesados, prevista por el artículo 46.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (S. TC. 86/1985, FJ 1.5).

Lo anterior hace posible que el Ministerio Fiscal demande el amparo frente a la vulneración de derechos o libertades fundamentales de colectivos de personas, sin necesidad de singularizar sus componentes, pero a condición de que éstos puedan ser concretados suficientemente en algún momento ulterior. Hay que tener en cuenta que el invocado artículo 46.2 da por presupuesta la existencia de «agraviados» (esto es, titulares del derecho o libertad supuestamente vulnerados) «conocidos», junto a los simples «posibles interesados», a quienes se comunica la existencia del proceso por anuncios públicos.

En los denominados «delitos sin víctima», como son los contra la salud pública por tráfico de drogas, estupefacientes o psicotrópicos, no existen «agraviados» directos, sino tan sólo un bien jurídico colectivo o difuso, del que es titular la sociedad entera. Y no se olvide que, en este caso concreto, el interés en juego no está contemplado en el artículo 14 ni en ninguno de los que reconocen y protegen derechos o libertades fundamentales, sino en el 43 —siempre, de la Constitución española— situado dentro del capítulo dedicado a «... los principios rectores de la política social y económica», que extravasa el ámbito del recurso de amparo.

El Ministerio Fiscal demanda ese amparo denunciando la vulneración de un derecho procesal fundamental propio, como es el que el artículo 24.1 concede, a «... todas las personas...», «... a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión...».

En realidad, pretende la protección de un derecho (a una sentencia motivada razonablemente, implícito en él a la tutela judicial efectiva), del que se afirma titular en cuanto parte en un proceso penal previo. Pero no puede olvidarse la peculiar naturaleza de la posición procesal de parte que asume el Ministerio Fiscal, y de su intervención, como tal, que, en casos como el presente, pretende la protección de un interés público tutelado por la Ley, en los términos ya vistos. Es, pues, difícilmente asimilable a la de los particulares (las «personas», físicas o jurídicas, en la terminología del precepto constitucional

reproducido antes). Son éstos, los auténticos titulares del derecho en que el Ministerio Fiscal funda su petición de amparo.

En su auto 500/1987, de 22 de abril, el Tribunal Constitucional, reiterando los argumentos articulados en el de 27 de febrero de 1985, dejó muy claro que el recurso de amparo «... no es... una vía para la defensa por los Poderes Públicos de sus actos frente a las resoluciones judiciales u otros actos igualmente públicos que los invalidan, sino estrictamente un instrumento para la correcta limitación de las potestades públicas en defensa de la libertad y la igualdad de los ciudadanos...».

Y de nuevo insiste en la misma idea la sentencia 257/1988, de 22 de diciembre, del mismo Tribunal.

El recurso de amparo «... no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino justamente un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares...» (FJ 4).

Y, poco antes, advierte que no puede servir de cauce para la efectividad del «... interés genérico en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza «política», cuya actividad está orientada a fines generales y que ha de cumplir y respetar la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones...» (FJ 3).

Estas precisiones tienen un valor incalculable para fijar el ámbito constitucional de la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo. No se niega su derecho, como parte procesal, a una sentencia razonada y razonable, sino que se cuestiona que ese derecho tenga abierta aquella vía de protección, que parece reservada a los particulares, o al propio Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo en cuanto accionan en provecho de éstos. De otro modo, y aunque no faltarán justificaciones técnicas alternativas, tranquilizadoras de malas conciencias, habrá nacido una novedosa —y perversa— categoría de derechos y libertades fundamentales: los que, en nombre del interés colectivo, «protegen» la actuación de los órganos públicos frente a dichos particulares. Resultaría alarmante que la patrocinara —con el beneplácito del Tribunal Constitucional— el que se vanagloria de tener la defensa de los derechos de los ciudadanos entre sus funciones constitucionales, aunque tan poca sensibilidad hacia aquéllos haya demostrado en este caso, más preocupado, acaso, de satisfacer la necesidad de reforzar el sentimiento de seguridad colectiva, frente a una opinión pública escasamente consciente de las raíces de la criminalidad, cuyo conocimiento podría ser altamente subversivo.

Sería —ésa, sí— una pirueta bien poco razonable.

Internamientos de urgencia

Ana FERRER GARCIA

En ningún momento se puede obviar que el enfermo mental es precisamente «un enfermo» necesitado de tratamiento adecuado a su dolencia que los poderes públicos, por mandato constitucional, vienen obligados a dispensar en todas las esferas de su vida, sin que ello pueda implicar merma ni menoscabo de los derechos y libertades que como ciudadanos les son incoherentes por imperativo, igualmente, constitucional.

La naturaleza de la enfermedad mental determina que el por ella afectado adopte pautas de conducta susceptibles de generar situaciones de riesgo o violencia. De ahí la tradicional concepción del enfermo mental como ser peligroso o al menos molesto socialmente hablando, con la carga de marginación que ello conlleva.

No cabe duda que las aludidas situaciones de riesgo o violencia obligan a adoptar medidas eficaces en casos extremos coercitivos, en cuanto entrañan privación de libertad, participando de tal naturaleza los internamientos en establecimientos psiquiátricos, siendo la problemática que rodea a los mismos, con exclusiva referencia a las acordadas al margen del proceso jurídico, que me viene obligado por mis desconocimientos técnicos de psiquiatría.

Tales supuestos en la actualidad se encuentran contemplados en el Código Civil, a partir de la reforma operada en el mismo por la ley 13/83, de 24 de octubre, en concreto el artículo 211, que vino a someter al control judicial las situaciones de internamientos psiquiátricos no voluntarios, mientras que los mismos inciden sobre el bien jurídico de la libertad personal, derecho reconocido en el artículo 17 de la Constitución, asumiendo el juez condición de garante de los derechos fundamentales de la persona, que le atribuyen los artículos 24 y 53 del texto constitucional.

Con anterioridad a la citada ley la situación normativa era muy distinta. La persistente consideración del enfermo como un ser peligroso, con la carga de marginación que ello arrastraba, tuvo su fiel reflejo en el ordenamiento jurídico con la exclusión en las normas básicas de carácter sustantivo civil, habitualmente calificado como Derecho de las Personas, de las situaciones de internamiento previo a la incapacitación, respecto a las cuales no se contenía mención alguna, ni, en su consecuencia, se fijaban mecanismos de control judicial.

Nos encontramos ante lo que se conoce como «internamiento urgente», olvidado por el Código Civil y regulado, al margen de este, sucesivamente por los decretos de 19 de mayo de 1885 y 3 de julio de 1931.

Este último precedente legislativo inmediato a la

actual situación se mantuvo en vigor hasta la ley 13/83, de 24 de octubre. En el mismo se distinguían internamientos por voluntad propia, por indicación médica y por orden gubernativa o judicial, este último en relación con la implicación del enfermo en un procedimiento judicial penal. Con esta última salvedad, el control judicial del internamiento queda limitado a una mera función burocrática, cual es la de devolver sellado el parte de ingreso, que al efecto se le remite y la recepción de partes informativos semestrales y el alta médica.

En opinión de Bercovitz (*La Marginación de los Locos y el Derecho*. 1976), el precitado decreto se caracteriza por conceder «una preferencia total a los criterios de eficiencia, basados sobre la ponderación científica de la Psiquiatría, así como a un intento de proteger a la sociedad frente a la peligrosidad de los enfermos», con eliminación casi total de garantías que deberían rodear cualquier privación de libertad.

Estos caracteres se revelan claramente en los preceptos del mencionado decreto, y, en concreto, la idea del internamiento como institución protectora del orden social frente al enfermo mental queda patentizada entre otros en el artículo 17, del siguiente tenor literal: «la admisión por orden gubernativa para observación podrá ser dispuesta por el gobernador civil o el jefe de Policía en las capitales de provincia y por el alcalde en las poblaciones menores. Tendrá lugar cuando, a juicio de un médico, el enfermo se halle en estado de peligrosidad para sí o para los demás, o cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluso del propio enfermo...».

La Constitución del 78 impone necesariamente un cambio de orientación respecto a la descrita situación, fijándose a través de sus preceptos los parámetros del cambio de coordenadas operado.

El desarrollo de la Constitución en la materia que tratamos, se produjo por la ya citada ley 13/83, de 14 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutelas. Dicha reforma, que dio nueva redacción a los artículos 199 a 306, introdujo un sistema del que destacan como fundamentales dos características:

1. Regulación por primera vez de la figura del internamiento como categoría autónoma dentro de la disciplina normativa de la incapacitación, instituyendo el control judicial para los internamientos.
2. Especificación de que el sujeto del internamiento, según el artículo 211 del Código Civil es el «presunto incapaz» o también el ya incapacitado, según prevén, para este último

caso los artículos 271-1 y 290 del mismo Código, lo que implica ubicar el fenómeno de los internamientos en el marco de la incapacidad y sus causas.

Las causas de incapacidad vienen definidas en el artículo 200 como «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

SIGNIFICADO Y REQUISITOS DEL INTERNAMIENTO

El precepto específico en materia de internamiento es el artículo 211 del Código Civil, si bien, como señala J.E. Peces y Morate (*Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos*. «Actualidad Civil». 1986.2), «la íntima relación existente entre la presunción de incapacidad, el internamiento, la incapacidad, la tutela o curatela y la guarda de hecho, impiden una interpretación asistemática del mismo».

El artículo 211 del Código Civil dice: «El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al juez y; en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269-4, el Juez de oficio recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento».

Como señala Lete del Río, internamiento equivale a encierro o reclusión de una persona en un lugar, en el interior de un espacio. Esta elemental aproximación gramatical permite deshacer cualquier equívoco al respecto: el internamiento es, en primer término, una medida privativa de libertad. Si bien el precepto legal nada dice respecto al lugar o sitio del encierro o internamiento, la referencia al sujeto del mismo (el presunto incapaz) y la conexión existente entre el artículo 211 y el 200 del Código Civil, antes aludido, permiten concluir que el internamiento sólo puede venir referido a cualquier centro o institución en el que se lleve a efecto el tratamiento, recuperación o rehabilitación de quien sufre una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide el autogobierno personal, es decir, clínicas, hospitales o centros psiquiátricos, así como centros o establecimientos dedicados al tratamiento, educación o rehabilitación de enfermos o deficientes físicos o psíquicos, en todo caso homologados por las autoridades sanitarias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 28 de mayo de 1985 (caso Ashingdane), dice que: «en principio, la detención de una per-

sona como enfermo mental no será regular, según el apartado e) del párrafo 1, más que si se desarrolla en un hospital, una clínica u otro establecimiento apropiado para el enfermo». (El precepto aludido es el artículo 5-1* del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que determina: «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: «Si se trata del internamiento, conforme a Derecho... de un enajenado»).

El mismo Tribunal ha especificado las condiciones mínimas para que la «detención de un enajenado» sea acorde al Convenio Europeo, concretamente en las sentencias relativas al caso Winterwerp, al caso Luberti y al caso Ashingdane, condiciones que, siguiendo a Jacobo López Barja («El internamiento de enajenados». *Poder Judicial*, núm. 4. Diciembre 1986), pueden enumerarse del siguiente modo:

- A) «Salvo en caso de urgencia, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haber demostrado ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico objetivo la existencia de un trastorno mental real.»
- B) El trastorno mental «debe revestir un carácter o una magnitud que legitime el internamiento».
- C) El internamiento «no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno».

En este punto debemos subrayar la idea de que el internamiento tiene que responder necesariamente a una exigencia terapéutica específica, según las concretas circunstancias del caso, debiendo conceptuarse como una medida excepcional, no susceptible de alternativa, y adoptada siempre en beneficio del internado.

No se puede obviar la peligrosidad que en determinadas fases de su dolencia puede representar el enfermo mental y a este respecto señala Bercovitz («La protección jurídica de la persona en relación con el internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud». *Anuario de Derecho Civil*. Año 1984), «cabe pensar que cuando se trata de protección de incapaces o presuntos incapaces como es el caso el artículo 211 del Código Civil, de acuerdo con su colocación sistemática en la regulación que el Código dedica a la incapacidad, no procede tener en cuenta la peligrosidad de un sujeto, puesto que ésta no atiende a su protección, sino a la de los demás. Pero no hay que dudar que la incapacidad se produce cuando una persona es incapaz para gobernarse por sí misma y semejante situación debe valorarse en términos sociales. Socialmente una persona peligrosa como consecuencia de una enfermedad, incluida la mental, es una persona que no puede gobernarse por sí misma (en el sentido del artículo 200 del Código Civil). Esta persona podrá y deberá ser protegida mediante incapacidad y tutela adecuadas a su situación. Esta persona podrá ser internada también sin contar con su voluntad de acuerdo con el artículo 211 del Código Civil.

Comparto el anterior razonamiento con una pun-

tualización, la peligrosidad del enfermo mental no puede considerarse en abstracto como factor determinante del internamiento que en cualquier caso ha de venir motivado por su exigencia terapéutica, y si bien ambos factores suelen compaginarse en la práctica, en la medida en la que en algún supuesto pueda no ocurrir así, ha necesariamente de prevalecer la indicación terapéutica. Es precisamente esta indicación terapéutica la que ha de determinar la naturaleza concreta del centro donde ha de materializarse el internamiento dentro de los ya descritos, huyendo de la utilización de los hospitales psiquiátricos como centros meramente asistenciales, cumpliendo así una función encomendada a otros servicios sociales.

En definitiva, la única peligrosidad a tener en cuenta a la hora de acordar el internamiento de un enfermo mental es la que puede representar para sí mismo y, aun ésta, cuando terapéuticamente sea necesaria la hospitalización, pues no cabe olvidar que el internamiento en centro psiquiátrico se configura como medida a adoptar, en todo caso, en beneficio del enfermo y nunca como instrumento de aislamiento social, sin que puedan atribuirse a aquél, fuera de la tan reiterada indicación terapéutica, finalidades de prevención o respuesta a problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud mental, propias de otros servicios sanitarios o sociales.

SUJETOS DEL INTERNAMIENTO SEGUN EL CODIGO CIVIL

Los sujetos del internamiento son los presuntos incapaces y los ya incapacitados. La referencia obligada es siempre el artículo 200 del Código Civil. Doctrinalmente se plantea la cuestión de si cabe el internamiento de quien no reúne todos los requisitos establecidos en el artículo 200, por ejemplo, quien sufre un trastorno no persistente o que no le impida gobernarse por sí mismo.

Cerrar la posibilidad del internamiento «regular» a personas no incluíbles, rigurosamente, en el supuesto de hecho del artículo 200 del Código Civil, generaría efectos contraproducentes, si bien, con la generalidad de la doctrina, entiendo que se trataría de casos excepcionales, es decir, que el internamiento debe tener como referente subjetivo al «enfermo» que reúna los rasgos definidos en el artículo 200 tantas veces citado.

TIPOS DE INTERNAMIENTO

Podemos distinguir:

A) *Internamientos voluntarios*.—Son aquellos en los que la misma persona ha prestado su consentimiento expresamente. Se plantean problemas respecto a la relevancia del consentimiento prestado por aquel a quien se presume incapaz sin haber sido declarado tal.

Entiendo que ha de ser el facultativo o especialista que prescribe el internamiento o, en su caso, el centro donde éste se lleve a efecto, quienes han de

valorar si el consentimiento prestado tiene el efecto legitimador del internamiento, si bien, en caso de duda, debe optarse por la garantía de la autorización judicial, y, en todo caso, una vez que cese la voluntariedad.

Igualmente suscita problemas el consentimiento en el supuesto de menores e incapacitados. En cuanto a estos últimos como ya he adelantado, entiendo que en todo caso son aplicables las garantías del artículo 211 del Código Civil, y en éste sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de febrero de 1986.

Respecto a los menores sometidos a patria potestad, el Código Civil no ofrece una solución clara, sin que aparezca especialmente prevista la necesidad de consentimiento judicial alguno en el supuesto de un internamiento en centro psiquiátrico; siendo de aplicación con carácter general los artículos 154 y 162. Si bien es lógico que la patria potestad esté sometida a controles menos rigurosos que la tutela, no lo es que no exista limitación para el internamiento de un menor, en la medida en que ello conlleva una privación de libertad, en ocasiones prolongada y, en consecuencia, afecta a un derecho inherente a la persona. Resultando, cuando menos desproporcionado, que, sin embargo, para actos de disposición patrimonial, se requiera autorización judicial. Este razonamiento sucintamente expuesto me permite concluir que en la medida que el internamiento afecte a un derecho fundamental del menor, sometido a patria potestad, el régimen aplicable ha de ser similar al del incapacitado sometido a tutela; siendo aplicable, en consecuencia, el artículo 211 del Código Civil.

B) *Internamientos involuntarios*.—Son aquellos que se producen sin o contra la voluntad de la persona interesada.

Dentro de ellos, cabe distinguir:

1. *Internamientos involuntarios ordinarios*.—Como regla general todo internamiento involuntario requiere previa autorización judicial. La legitimación para solicitar el mismo viene atribuida por ley a los parientes (cónyuge o descendientes, y, en su defecto, ascendientes o hermanos del presunto incapaz), al tutor, al curador y al Ministerio Fiscal.

Una vez formulada la petición, el juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo, autorizará o denegará el internamiento, y pondrá los hechos en conocimiento del ministerio fiscal.

Respecto al facultativo cuya audiencia prevé el texto legal, ha suscitado discusión si ha de ser el médico forense o, por el contrario, ha de ser un especialista, al carecer, en ocasiones, aquéllos de profundos conocimientos en materia psiquiátrica. Entiendo más aconsejable esta última opción, precisamente porque conduciría, por regla general, a un dictamen de mayor cualificación, sin que exista inconveniente en que sea incluso un facultativo del centro donde ha de materializarse el internamiento, o se trate de los equipos multiprofesionales previstos en la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos; en este sentido se pronuncia el Informe del Gabinete Técnico del CGP Judicial del 13 de febrero de 1984. En última instancia, la designación del facultativo corresponde al Juez, que habrá

de efectuarla valorando las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

2. *Internamientos involuntarios urgentes.*— Constituyen la excepción a la regla general de control o autorización judicial previa, y vienen justificados por el carácter urgente de la medida. Los supuestos de urgente necesidad se valoran exclusivamente con criterios médicos o terapéutico-sanitarios (nunca por criterios de peligrosidad, que no sean los que atañen al propio interesado), bajo la responsabilidad exclusiva del órgano competente del establecimiento. El artículo 211 obliga a los facultativos del centro, a través de la dirección, a poner en conocimiento del juez la medida adoptada de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. Nada dice el Código de la sanción por incumplimiento de la obligación de dar cuenta, si bien no cabe duda que estaremos ante un internamiento ilegal, encuadrable dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de «Habeas Corpus», regulado por LO 6/84 y susceptible de generar responsabilidades criminales por posible detención ilegal.

Una vez recibida la comunicación de ingreso por el Juez, éste habrá de actuar en la forma descrita para lo que hemos denominado «internamientos involuntarios ordinarios».

Se discute el plazo que el juez tiene para el control, a posteriori, de la procedencia del internamiento. Entre otros, García Zarandieta, así como el Informe del Comité de Estudio y recomendaciones aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre la problemática jurídico-asistencial del enfermo mental, consideran que el mismo es de setenta y dos horas como máximo, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 17-2 de la Constitución, cuestión ésta no pacífica en la doctrina y que ciertamente plantea problemas prácticos de ejecución, siendo en cualquier caso exigible que el pronunciamiento judicial sobre la continuidad o no del internamiento se efectúe a la máxima urgencia. En este sentido señala el Informe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial de 13 de febrero de 1984 que «lo contrario desvirtuaría la finalidad de la norma e institucionalmente por vía de las razones de urgencia, el fraude de ley».

Al hablar de la legitimación para instar el internamiento he omitido intencionadamente la posibilidad de actuación judicial de oficio, con objeto de dispensar a la cuestión un tratamiento diferenciado, por producirse esta última siempre en situaciones límites de riesgo o urgencia y participar, según los casos, de las características de los dos tipos de internamientos involuntarios expuestos.

El artículo 209 del Código Civil obliga al Juez a adoptar en cualquier momento las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz, y, en consecuencia, si el mismo tiene noticia por cualquier vía de un enfermo que precisa asistencia psiquiátrica urgente, no sólo tiene la facultad, sino incluso la obligación de instar de oficio su hospitalización, autorizando el internamiento, previo examen del incapaz e informe de un facultativo, y aún posponiendo tales actuaciones si la

urgencia o la negativa de aquél a ser reconocido se lo impidieren, cursando las órdenes oportunas a los servicios asistenciales e incluso policiales, si fuera preciso, para efectuar el traslado. Si para ejecutarlo se precisare entrar en un domicilio frente a la negativa de su titular, mediante resolución motivada autorizará la entrada y traslado del enfermo al centro correspondiente, por exigirlo así el artículo 18.2 de la Constitución y la doctrina sentada, en interpretación del mismo, por el Tribunal Constitucional en sentencia 22/84 de 17 de febrero, al resolver el recurso de amparo 59/83.

Si al hablar hasta ahora del Juez ha sido en referencia al Juez civil (Juez de primera instancia), a quien viene atribuida la competencia objetiva por la incardinación de la materia en el Código Civil y la remisión de la Disposición Adicional de la Ley 13/83 a la L.E. Civil, no se puede considerar al Juez penal ajeno a la problemática. El conocimiento por parte del Juez de guardia, fuera del horario de funcionamiento del Juzgado de Primera Instancia, de un enfermo necesitado de urgente hospitalización psiquiátrica, le obliga a adoptar las medidas de protección oportunas, entre las que se encuentra autorizar su traslado a un centro adecuado, cursando las órdenes necesarias para que éste se materialice, a efectos de que en dicho establecimiento sea examinado por un especialista que, de considerarlo procedente, efectuará el ingreso, conforme al artículo 211, y lo pondrá en conocimiento del Juez civil en el plazo de veinticuatro horas. Adoptadas tales medidas urgentes, habrá de poner los hechos en conocimiento del Fiscal (art. 204 del Código Civil).

Se ha hecho referencia a diversos supuestos de intervención de las Fuerzas de Seguridad en el traslado de enfermos al centro psiquiátrico adecuado, en virtud de orden judicial recibida al efecto. Sin embargo, las situaciones urgentes de riesgo que es susceptible de provocar un enfermo mental, en ocasiones requieren actuación tan inmediata que impide incluso la intervención a priori de un facultativo o del juez. En tales supuestos habrán de intervenir las fuerzas policiales procediendo al traslado del enfermo al centro adecuado, para su reconocimiento y, en su caso, hospitalización, aunque para ello sea necesaria la entrada en su domicilio, si bien esta posibilidad, sin previa autorización judicial, ha de ser restrictivamente admitida, y, en consecuencia, exclusivamente reservada a los supuestos de estado de necesidad operante como causa de justificación.

La obligada actuación policial en las descritas situaciones se deduce de la propia Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo artículo 11.1.b) contempla entre sus funciones «auxiliar y proteger a las personas...», y el artículo 5.2.c) al establecer los principios básicos de actuación de sus miembros dispone: «En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable...». No se puede olvidar que tal y como recoge la exposición de motivos de la citada ley, las «líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su Declaración sobre la Policía y por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se establecen

los principios básicos de actuación como un auténtico Código Deontológico, que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la comunidad...».

CONTINUIDAD Y FIN DEL INTERNAMIENTO

Esta cuestión es regulada por el párrafo último del tantas veces citado artículo 211 del Código Civil, del siguiente tenor literal: «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 260.4, el juez de oficio recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y se acordara lo procedente sobre la continuidad o no del internamiento.»

El párrafo citado concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de internamiento de enajenados. Concretamente, en el caso Luberti, el Tribunal entiende «que debe haber siempre un control posterior, ejercitado en intervalos razonables, pues los motivos que justificaban en su origen el internamiento pueden desaparecer en otro momento posterior».

Rodrigo Bercovitz dice que el Código Civil deja abierta una interrogante en torno a saber si únicamente el Juez puede autorizar la salida, y si es así, quién está legitimado en cada caso para ello. El precitado autor, invocando razones de seguridad jurídica, se inclina por la oportunidad de que sea el Juez quien siempre decida sobre la salida o continuación del internamiento mediante el mismo procedimiento previsto en el artículo 211, actuando de oficio o a instancia de alguna de las personas legitimadas con arreglo a lo previsto en el 213, incluido el facultativo responsable del tratamiento, opinión compartida por Saura Martínez y Lete del Río. En contra, García Zandrieta estima que la decisión sobre el fin del internamiento debe producirse tan pronto cese la causa que motivó el ingreso —cuya causa es una indicación terapéutico-sanitaria, y que es el centro psiquiátrico quien debe conceder el alta tan pronto desaparezca la justificación terapéutica del internamiento, extremo que deberá comunicar al Juez autorizante para que cese en su deber de control.

Comparto íntegramente la opinión de este último autor, al ser la indicación terapéutica la que en todo

caso ha de determinar el internamiento en un centro psiquiátrico en los supuestos previstos en el artículo 211; la necesidad del mismo, así como de su continuación, es competencia exclusiva o excluyente del médico o psiquiatra o del facultativo especialista. De ahí que la resolución judicial legitimadora de tal internamiento revista el carácter de autorización y no de orden, no siendo admisible que una decisión del juez imponga un internamiento clínicamente contraindicado. Todo ello sin perjuicio de la posible negligencia médica o de la omisión del deber de socorro si ulteriormente se acreditara que el internamiento —contra el parecer del médico— fuera el único tratamiento posible. Por otra parte, es evidente la obligación del médico de comunicar el alta médica al órgano competente, cuando ésta se produzca.

Dispone el tantas veces citado artículo 211 que mientras no se produzca el alta, el juez cuenta con la facultad discrecional de recabar información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del mismo. No es pacífica la doctrina respecto a si este control semestral exige nuevo reconocimiento judicial del internado. Bercovitz entiende que ello es necesario por la remisión que el texto legal hace, en cuanto a la forma de materializar el control, al procedimiento de autorización, en el que es preceptivo el reconocimiento judicial. Por el contrario, el informe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial, sobre esta materia, afirma que tal reconocimiento, en el caso del control semestral, nunca puede entenderse preceptivo. En mi opinión, es aconsejable el reconocimiento judicial, y ello en garantía del propio enfermo; no obstante, no cabe olvidar que el volumen de trabajo que pesa sobre los órganos judiciales en muchos casos determina la absoluta imposibilidad de realizarlo.

Para finalizar, es de interés traer a colación una idea que recoge el Tribunal Europeo en la sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp), relativa al concepto de «enajenado». El Tribunal señala que: «El término enajenado no facilita una interpretación definitiva...», «... su sentido evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales, especialmente a medida que aumenta la comprensión de los problemas de estos pacientes».

DOSSIER: LA INFRA-CONDICION DE EXTRANJERO

Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)

F. Javier DE LUCAS

Sumario: (I) Introducción. El informe Ford. (II) Xenofobia, racismo, nacionalismo. (III) Europa, territorio de asilo y mercado. (IV) Algunas reflexiones sobre la condición jurídica del extranjero en Europa; (IV.a) nacionalidad, extranjería y derecho de ciudadanía en Europa; (IV.b) El Estatuto europeo de los trabajadores inmigrados; (IV.c) Algunas observaciones sobre el caso de España.

I

Cuando tantos motivos se nos ofrecen para desconfiar de los propósitos, modos de actuar y resultados de la infraestructura burocrática que parece la única referencia *real* de Europa (de la Europa *real*, de la tan denostada «Europa de los mercaderes»), un informe lúcido, profundo y valientemente comprometido con los ideales en los que parecía arraigar lo mejor del proyecto europeo, viene a inyectar algo de optimismo, de esperanza y, desde luego, de deseos de intervenir públicamente: me refiero al informe Ford aprobado el 17 de julio pasado por la Comisión del Parlamento Europeo, que tiene como cometido específico la Investigación sobre el Racismo y la Xenofobia, presidida por Glyn Ford, y cuyo antecedente es el informe Evrigenis de 1986. Se trata de un texto de lectura imprescindible que nos proporciona los datos de la cuestión, los problemas fundamentales desde el punto de vista laboral, económico, sociopolítico y jurídico, y propone algunas medidas a adoptar tanto por la CE como por parte de los Estados miembro. Como subraya el propio informe, nos encontramos ante una de las cuestiones que centrarán el debate social y político de estos próximos años, y no sólo por su utilización como pieza maestra de la estrategia de la extrema derecha europea, que según el informe Ford, afrontará este período como la fecha clave para «la reestructuración y coordinación de estas fuerzas a nivel europeo», de donde cabe esperar una activación espectacular del racismo y la xenofobia, sino también por el cam-

bio, los procesos de integración y apertura de los extranjeros no comunitarios legales y clandestinos —respectivamente—, y, en definitiva, por la transformación de Europa de tierra de asilo en fortaleza inexpugnable, una evolución de la que estaríamos viviendo «la primera fase del peligro eurocentrista» —nuevamente con las palabras del informe Ford—, acentuada por el proceso que se vive en el Este.

En efecto, no deja de ser otra de las bromas de la Historia el que quinientos años después, asistamos a un renacimiento de esta perspectiva tolemaica que es el eurocentrismo, ahora con la acentuación de sus más negativas connotaciones (pérdida de la perspectiva universal y, por ende, de los lazos de solidaridad hacia el Tercer Mundo, fijación absoluta en la prioridad del orden comunitario que se traduce en incremento del proteccionismo, inhibición de las inversiones en países no europeos especialmente en los no desarrollados, recrudescimiento de las condiciones de financiación, etc.). Sin duda, uno de los síntomas más claros y a la vez uno de los problemas básicos de los que van a depender las señas de identidad de esa futura conciencia colectiva europea es, insistamos de nuevo, el auge del racismo y de la xenofobia en este nuestro sorprendente último decenio del siglo XX, una década más que nunca europea. Se trata de una de estas cuestiones que exigen de forma apremiante el análisis, pero también la toma de posición (lo que en tiempos que ahora parecen remotos se llamaba compromiso y hoy podríamos calificar como el deber ineludible de pronunciarse en asuntos decisivos de la *res publica*, una presencia especialmente exigible a los intelectuales, algo que se echa en falta, con notorias excepciones, en nuestro país). Esta reflexión, por lo demás, no puede desligarse de otro de los asuntos llamados a ocupar un primer plano en la práctica política (esperemos que también en la reflexión sobre ella), el papel y el futuro del nacionalismo. Conviene volver a pensar sobre todo ello antes de echar al vuelo las campanas que señalen el advenimiento de ese último protagonista del siglo: la Europa política.

Con todo, quisiera adelantar ya mis dudas acerca de que, como se puede leer ahora con tanta frecuencia, estemos ante una situación que exija el olvido de los viejos escenarios y actores de la política, aduciendo la crisis de los partidos, el distanciamiento de los ciudadanos respecto a los cauces, objetivos y procedimientos de acción política tradicionales, por no hablar de la deslegitimación del Derecho y del Estado propios de las «democracias de capitalismo tardío» (cuestión ésta que hoy no deja de parecer un sarcasmo ante el desplome de los regímenes del Este, pero, si se piensa dos veces, la tesis del «fin de la Historia», paradójicamente, también pone en cuestión el mantenimiento de esas piezas del juego, habida cuenta de que la partida habría terminado con el jaque mate al adversario). En todo caso, cada vez son más las voces de quienes proponen la sustitución de aquellos elementos por otros: los «movimientos sociales»¹ que girarían en torno a los problemas que *realmente concitan el interés ciudadano*, como la ecología, el medio ambiente, la igualdad entre sexos y razas, el debate entre identidad nacional y pluralismo cultural, etc., en torno a los cuales (Touraine) surgen las nuevas polaridades que sustituyen a la vieja dicotomía de clases: verdes frente a tecnócratas y nucleares, feministas *versus* machismo, racistas y antirracistas, internacionalistas y nacionalistas, etc. Parece indiscutible, por supuesto, su importancia, así como el poder de convocatoria que esos temas concitan en nuestras sociedades (una vez más: en el primer mundo), pero eso no supone necesariamente la superación de otras frente a las que los «nuevos» agentes y su *modus operandi* no ofrecen todavía mejor respuesta que la que proporcionan los trillados mecanismos de la democracia representativa². Así, la desigualdad, el paro, el hambre y la falta de asistencia a los menos favorecidos, discapacitados o marginados: desde los ancianos, niños, minusválidos, pobres, enfermos aquejados de enfermedades «terminales» (cáncer, Sida), toxicómanos, a las grandes masas que

pueblan el tercer mundo y para las que parece imprescindible la respuesta de una acción coordinada de instituciones estatales e internacionales, sin menosprecio, desde luego, de las iniciativas de otro orden (pero que tienen, entre otros, problemas de organización, eficacia, representatividad y control: para que no suceda que las donaciones sean de inviable realización en el lugar de destino, o acaben pudriéndose si no, peor aun, engordando a intermediarios o a las burocracias y estructuras de poder de los países destinatarios). Lo acaba de recordar la Comisión Sur, presidida por J. Nyerere, que en su documento «El reto del Sur»³ ha puesto de manifiesto cómo la crisis galopante de la cooperación internacional es más grave, si cabe, hoy en un mundo máximamente interdependiente en el que los países del Sur carecen de soberanía funcional, atenuados por ese orden económico en el que las esperanzas de liberación que conlleva el desarrollo de la ciencia y la tecnología (el clásico *dictum* aristotélico a propósito de la desaparición —sujeta a condición *imposible*— de la esclavitud) se han tornado en incremento del beneficio de las corporaciones transnacionales y de la dependencia y miseria de esos países, apresados con frecuencia, para colmo, en el círculo de hierro de la industria armamentista que tan poderosos porcentajes procura a Occidente⁴, aunque luego ello no sea óbice para las declaraciones de firme censura contra el *aventurerismo militarista* de sus mejores clientes, como en el caso de Irak⁵.

II

Aunque, como acabamos de recordar, no faltan las voces que denuncian ese nuevo fantasma errante por el continente, el sentimiento de rechazo hacia los extranjeros (no comunitarios), cuando no el desprecio y la discriminación hacia cualquier minoría racial no europea, lo cierto es que aún está por exa-

¹ Aunque el debate sobre el particular es ya casi inabarcable —baste pensar que incluso en la Universidad existe una disciplina con ese rotulo, y ello es sintoma inequívoco de que difícilmente puede tratarse de un problema reciente—, me remito a la interesante discusión que mantienen E. Díaz y C. Offe, de la que pueden encontrarse referencias, por ejemplo, en Díaz, 1987 y 90 y Offe, 1988.

² Sobre la crisis —una más— de ese modelo, permítase la referencia a la discusión del mismo en la revista *Doxa*, 6, 1989.

³ Uno de los riesgos de la visión eurocentrica (en realidad, del primer mundo), es, efectivamente, llegar a pensar que todo el mundo, superados ya los *bárbaros paradigmas* de una modernidad que se ha mostrado como tecnocrática y antihumana por antiecológica, vive en la llamada condición «postmoderna», preocupado por la diferencia, la capa de ozono, la eliminación de aditivos en los alimentos «naturales», la lucha contra la contaminación de las nucleares y del tabaco, y centrado en el retorno al individualismo o, los más avisados, en la necesidad de una vuelta al Barroco. Una crítica de lo que pasa por ser el pensamiento postmoderno, en Ballesteros, 1989, y la discusión en el número 6 de la revista *Doxa* con artículos de B. Santos, Ballesteros, Barbera y De Lucas. Eso no quiere decir que considere irrelevante la discusión entre *universalismo* y *pluralismo cultural*: aunque, naturalmente, no puedo extenderme sobre ello, baste con una breve toma de posición. No creo que el reconocimiento de las limitaciones que conlleva el punto de vista eurocentrico (u occidentalista) signifique necesariamente abandonar la posibilidad de sostener una suerte de instancia crítica de carácter universal

como la que constituye, en concreto, el respeto a los derechos humanos tal y como aparecen reconocidos en los principales instrumentos jurídicos internacionales.

⁴ Sobre el particular, Fisas Armengol, 1989. He intentado llamar la atención acerca de su relación con el mecanismo de sacralización de la defensa en De Lucas, 1985.

⁵ Desde luego, en el caso de Irak vivimos una de esas «anarquidades» que no pueden dejar de ser sospechosas. Se trata indudablemente de una visión *común* nada *común*, sobre todo si analizamos la respuesta mundial (es decir, la de Naciones Unidas, aunque hay otra respuesta *mundial* la que ofrece y difunde la Casa Blanca) a situaciones similares. Si el problema es la falta de respeto a los derechos humanos por parte de Sadam Hussein, parece claro que tales intracciones se habrían producido ya cuando buena parte de las naciones occidentales que hoy lo califican como un nuevo Hitler obtenían pingües beneficios vendiéndole las armas con las que, sin duda, se reproducían e incrementaban esas violaciones de derechos. La diferencia es que, en aquel entonces, los derechos humanos de las decenas de miles de kurdos o de ciudadanos iraquíes a los que Sadam Hussein ha maltratado o asesinado importaban menos que las ventajas que se obtenían, entre las que no era la menor mantener en jaque al régimen de Jomeini, y, además, desde luego, que ahora entran en juego derechos humanos de individuos de primera categoría: occidentales y kuwaitíes (desde luego, los millares de refugiados de origen asiático o africano parecen importar poco en este asunto), además de una oportunidad para actuar sobre el orden económico internacional.

minar con detenimiento el proceso que ha permitido y aun fomentado su crecimiento, y aun más, el cálculo de sus consecuencias en el orden jurídico, social y político. Para ello, no basta con acudir al trillado recurso del mecanismo de identificación del extranjero como *buc emissaire*⁶, como chivo expiatorio o cabeza de turco⁷: sin duda se trata de una de las piezas básicas de los procesos de identificación colectiva, pues la primera regla de la misma es la negación de los otros, de quienes son distintos porque no forman parte de nosotros (*no-s-otros*) y frente a los cuales se oscila entre el asombro (*Comm'on peut-être persan?*) o la mera y brutal negación (el bárbaro no es persona), aunque eso no signifique desconocer su presencia real. Como es sabido, este mecanismo es el que da lugar a que la primera formulación de la relación política se produzca en términos de la schmittiana dialéctica amigo-enemigo (el extranjero es *hostes* precisamente porque su existencia nos niega) que permite la adopción de un criterio normativo estrictamente maniqueo: toda acción está justificada si es en defensa del colectivo, del mismo modo que cualquier medio es lícito frente al extranjero. Lo cierto es que ese planteamiento se revela especialmente apto para los objetivos de la ideología nacionalista, especialmente para lo que se ha dado en llamar nacionalismo esencialista⁸, de donde las dificultades para conciliarlo con los requisitos mínimos del juego democrático, como ha advertido Laporta. No es una casualidad que en la crisis de buena parte de los regímenes comunistas europeos (la URSS en primer lugar, pero también Yugoslavia, Rumania y, en menor medida Polonia y Checoslovaquia; por supuesto, la RDA) haya jugado un papel determinante un cierto nacionalismo de inequívocos rasgos xenofóbicos, vinculado a la visión hostil de (y hacia) el extranjero, en gran medida identificado con el *Big Brother* soviético, y no sin motivo, por cierto, aunque esa explicación deja de ser satisfactoria para los conflictos entre azeríes y armenios, rumanos y minorías eslavas y germánicas, croatas y albaneses, o para el fuerte antisemitismo presente en Polonia, etc. En cualquier caso, no parece que del Este provengan aportaciones especialmente superadoras de ese instinto.

La verdad es que resulta imprescindible distinguir entre xenofobia y racismo y tratar de poner en claro si una y otro son o no elementos integrantes del nacionalismo. Usualmente se admite que la xenofobia es el rechazo o exclusión de toda identidad cultural ajena por el mero hecho de ser tal, mientras que el racismo centra tal actitud negativa únicamente en consideraciones étnicas. En la medida en que éste es más concreto, resulta más peligroso que aquélla, que actúa más bien de modo abstracto, general, y, en cierto sentido, es difícilmente eliminable, si no

como característica, al menos como pulsión de toda identidad colectiva, mientras que el racismo puede ser eliminado sin que esto implique desaparición del grupo del que se predica como actitud, y esa posibilidad radica precisamente en su modo característico de aparecer, a través de manifestaciones expresas contra las que resulta más factible adoptar medidas (lo que no supone, de un lado, dejar de reconocer que existen manifestaciones latentes del racismo, y, de otro, que en estos ámbitos los problemas no se resuelven únicamente por vía legislativa, judicial y de policía, aunque la intervención en esos planos es tan imprescindible como la educación ciudadana sobre el particular). En la base de ambos fenómenos se encuentra el argumento relativo al carácter inasimilable, incompatible, de los valores y cultura propias del grupo-individuo extranjero, a su voluntaria marginación⁹. Sin embargo, como ha apuntado recientemente Touraine¹⁰, parece demostrado que, por ejemplo, en el caso de Francia, el proceso de integración es cada vez mayor: crece la presencia de esas minorías en el mundo cultural, aumenta su nivel profesional (ya no se identifican sólo con mano de obra no cualificada) y su participación ciudadana. una parte muy considerable de los *beurs* está inscrita en listas electorales. La conclusión que extrae el sociólogo francés es que las raíces del sentimiento de rechazo han de buscarse en los propios nacionales, y no tanto en la identificación que éstos puedan hacer del extranjero en términos de chivo expiatorio, sino en un fenómeno más amplio: el paso de los movimientos sociales a los comunitarios que tienen como objetivo la confrontación con un adversario que no puede ser definido en términos de sujeto social, porque es incluso impersonal (así sucedería con los ecologistas, tercermundistas e incluso feministas). Inevitablemente esos movimientos que Touraine llama de defensa comunitaria y regeneracionistas producirán su reacción, un incremento de su contrario, la defensa comunitaria agresiva: «así, la conciencia comunitaria que sustituye una concepción política de la nacionalidad institucional por otra de ciudadanía cultural, progresa al mismo tiempo que se incrementa el rechazo al otro, a las minorías, al extranjero». En definitiva, siempre según Touraine, asistiríamos hoy a una sustitución del conflicto central, que ya no radicaría en la oposición entre clases, sino en el enfrentamiento de la mayoría con las minorías. Unos y otros, como veíamos, serían los nuevos polos de la política europea, y la supervivencia de los viejos partidos pasaría por saber reconvertirse en ellos o por integrarlos. A mi modo de ver, y en la medida en que racismo y xenofobia se encuentran unidos al nacionalismo esencialista, no parece tan fácil ni inmediata la superación de la dinámica de los movimientos sociales (ni siquiera de las

⁶ La referencia clásica sigue siendo Girard, 1972 aunque la psicología social de raíces freudianas ha hecho notables aportaciones sobre la cuestión. Por todos, Fornari, 1972.

⁷ Sigue siendo impresionante el testimonio del periodista alemán Gunther Wallraf, 1988 que ha mostrado magistralmente hasta qué punto se trata de mucho más que un juego de palabras. La cinematografía alemana ha proporcionado también excelentes testimonios: recordemos *Todos nos llamamos Ali*.

⁸ Así lo destacan buena parte de los clásicos entre los estu-

diosos del tema. Una exposición excelente de los problemas que ello comporta en relación con la legitimidad democrática, puede encontrarse en Laporta, 1988.

⁹ Se trata de la paradójica explicación según la cual los grupos habrían sido construidos siempre por los propios grupos minoritarios, como muestra de automarginación, para preservar su identidad. Sobre los distintos tipos de marginación, Ballesteros, 1989.

¹⁰ Touraine, 1990

estructuras políticas tradicionales, como argumenté más arriba) y por eso no resulta tan sencillo eliminar el mecanismo del chivo expiatorio como factor decisivo en la aparición de esos fenómenos.

III

Con no poca frecuencia, al examinar el asunto se pone de relieve el carácter de espacio de refugio y asilo asumido por algunos de los Doce, y concretamente Francia, la RFA, los Países Bajos y el Reino Unido en los años sesenta y setenta, y posteriormente Italia y España en los ochenta, sobre todo en relación con los países latinoamericanos, árabes y de Oriente Medio y Próximo. No deja de ser curioso que resulte mucho menos frecuente mencionar en esos casos la función económico-laboral atribuida a esos colectivos de emigración: mano de obra barata y no sujeta al marco legal común. En la más pura tradición inaugurada por la democracia ateniense, los *metecos*, los extranjeros acogidos están destinados —por naturaleza, según nos recordaba de nuevo Aristóteles— a la esclavitud, a la explotación, aun cuando se haga en condiciones no oficiales (es idéntico al caso de los «espaldas mojadas» y los emigrantes ilegales en Estados Unidos, Canadá, y el destino de buena parte de los *Boat people*), al margen de la legalidad, tanto en lo referente a las propias condiciones de vida —alojamiento, sanidad e higiene, etc.— como a las laborales —salarios, seguridad social. En ese sentido no es difícil observar, por ejemplo, la evolución experimentada por el contingente de emigración que constituye la base de lo que eufemísticamente se denomina en Suiza, Austria o la RFA «trabajadores invitados» (*Gastarbeiter*) para ocupar aquellos puestos que la mano de obra nacional no quiere cubrir. Por ejemplo, en la RFA o Suiza en los años sesenta, italianos, españoles y, en menor medida, portugueses constituían la base de ese contingente. Francia tuvo siempre un vivero particular formado por sus ex colonias africanas y caribeñas (especialmente por lo que se refiere al Magreb), lo que no impidió que buena parte de las *bonnes de chambre* o de las *concièrges* fueran españolas o portuguesas. El Reino Unido, por su parte, mantuvo una situación aún más peculiar, debido al sistema de ciudadanía-nacionalidad que surge de la *Commonwealth* y del que hablaremos más adelante. Tras la crisis del 73, puede constatar en todos esos países (salvo el caso peculiar, como es de rigor, del Reino Unido) la sustitución de los países de origen del contingente laboral de emigración: ahora son los turcos, iraníes, vietnamitas, sudamericanos, norteafricanos. Además, y éste es el segundo elemento diferencial, los lugares de destino ya no son sólo el centro y norte de Europa, pues Italia y España comienzan a aparecer en el horizonte de esos emigrantes. Hoy, además, se da un tercer factor: ahora la mayor corriente de inmigración viene del Este, y así, además del caso espectacular del

trasvase de la RDA a la RFA que a partir del verano de 1989 precipitó el terremoto político, hay un cierto flujo desde otros países, aunque en estos casos el destino final suele ser los Estados Unidos. Por lo demás, al optar por la integración futura en la CE, ese movimiento parece haberse detenido.

Por supuesto, como ya veíamos, no sería justo ignorar el papel desempeñado por Francia o la RFA como países de refugio y asilo para quienes carecían de las menores garantías en orden a los derechos básicos —vida, integridad física, libertades de conciencia, expresión o desplazamiento, etc.— en sus propios países. Es bien conocida la tradición francesa al respecto. Ello no supone la inexistencia de fuertes componentes xenofóbicos y aun racistas en el seno de su sociedad civil (y ahí está para mostrarlo incidentes como la guerra del *chador* en los institutos, los ataques contra sinagogas judías o las profanaciones de cementerios como en Carpentras), o de fenómenos tan preocupantes como la existencia del *Front Nationale* de Le Pen, cuya importancia no conviene despreciar y no tanto por sus posibilidades de alcanzar el poder (prácticamente nulas) cuanto por su influencia en la dinámica política francesa, no sólo en la derecha sino incluso en la estrategia del partido socialista, y también porque puede contribuir a formar un cierto frente en el ámbito político europeo. Desde luego, en Francia no existe nada similar a la *Schuldfrage*, o a la «polémica de los historiadores»¹¹ sin las que resulta imposible comprender la historia de la RFA, pero sí hay una cierta *malheur de conscience* que arranca de raíces no excesivamente diversas: el colaboracionismo con los nazis y el antisemitismo que dejaron al descubierto procesos como el de K. Barbie no son anécdotas individuales, máxime si a ello se une que, desde la IV República, la pérdida de las colonias y muy especialmente el caso de Argelia, no ha sido digerida del todo por la sociedad francesa, pionera —hay que subrayarlo— en la acogida a los extranjeros perseguidos por el ejercicio de sus derechos, como pueden atestiguar ciudadanos de todas las esquinas del mundo. No en balde es en París donde surge con fuerza el movimiento *SOS racisme*. Por lo que se refiere a la RFA, lo cierto es que en parte por el peso de la mencionada conciencia colectiva de culpa y por la necesidad de reconciliarse con la opinión pública internacional (de modo particular con los sectores más desprotegidos) ha actuado durante decenios con un encomiable espíritu de solidaridad internacional: sus organizaciones públicas y privadas de ayuda al Tercer Mundo, con especial incidencia en Latinoamérica, y sobre todo su legislación de acogida a los refugiados y asilados políticos la sitúan en primer plano. Sin embargo, las perspectivas de futuro son más sombrías no sólo por las preocupantes reapariciones de partidos políticos que hacen bandera de la xenofobia y del racismo (además del *Front Nationale*, los *Republikaner* en la RFA, de inequívoca raíz nazi), sino sobre todo por el crecimiento de una conciencia reaccionaria (reactiva, de defensa) en el seno de la propia Comunidad, con

¹¹ Sobre el problema de la conciencia de culpa alemana sigue siendo imprescindible Jaspers, 1946 y 1967. Por lo demás, quien

ha reflexionado de forma más radical y lucida sobre la cuestión en los últimos años es, sin duda, Habermas, 1987, 1989

focos que ya no se limitan a los dos mencionados y al Reino Unido (que dispone de su propio *National Front* y ha vivido algunos de los disturbios raciales más importantes de las últimas dos décadas, reflejados por ejemplo en varios filmes de D. Frears como *Mi bella lavandería*, o *Sammy y Rose se lo montan*). Hoy se unen a ellos España e Italia, y, sobre todo, aparece una línea de actuación comunitaria en materia de extranjería que pugna con el reconocimiento de derechos fundamentales (incluso de los básicos) y por tanto con el mantenimiento de la legitimidad democrática. Vayamos por partes.

Es indudable que, como resultado de diferentes consideraciones, la CE viene adoptando una política cada vez más restrictiva hacia la emigración, especialmente por lo que se refiere a quienes proceden del Tercer Mundo: africanos, latinoamericanos y, en menor medida, asiáticos. El penúltimo ejemplo lo ofrece la casi cínica declaración de la Comisión de los Doce en el pasado mes de mayo, que se opone a cualquier manifestación de discriminación y, *a fortiori*, de racismo, hacia nacionales de los países miembro de la Comunidad, pero no fuera de ese núcleo privilegiado. Europa se transforma: de tierra de promisión a coto vedado que únicamente estará en condiciones de mantener su privilegiada situación si consigue mantener extramuros la marea demográfica del Tercer Mundo, el *empujón hacia el Norte* que proviene de la cuenca sur del Mediterráneo y de la empobrecida Sudamérica, un empujón más comprometedor si se advierte que la Comunidad está en proceso de redefinir sus relaciones con el Este que ahora parecen prioritarias (en cuanto *européas*): en tres meses, según las asociaciones de ayuda al Tercer Mundo, se ha invertido en Europa del Este tanto como en diez años en los países pobres. Lo explicaba muy gráficamente Ben Bella es una reciente entrevista. «el Sur es como un gran arrabal de chabolas que vive ante un resplandeciente campo de golf... o se mejoran las condiciones de vida del arrabal o es inevitable la invasión». Esa marea preocupa especialmente en Francia ante los efectos de la creciente subida del integrismo en la región del Magreb (significativamente en Argelia), preocupación que llevó al Gobierno presidido por Rocard a declaraciones en las que exige una colaboración inequívoca en la tarea de filtrar tal emigración, lo que para España, teniendo en cuenta la necesidad de la ayuda francesa en lo referente a ETA, adquiere las características de imperativo. Es lo que Amnesty ha calificado como muy preocupante degradación del derecho de asilo de ciudadanos extracomunitarios en los países comunitarios, especialmente, volvamos a insistir, respecto a quienes no son europeos, perjudicados ahora también en este aspecto por la caída de los regímenes del Este. A ese respecto, otro sintoma revelador de lo que está por venir son los acuerdos del Grupo Trevi en su reunión de 16 de junio de 1990 en Dublín. Aunque no se conocen datos concretos, el objetivo parece ser «garantizar los derechos de los solicitantes de asilo y poner fin a las prácticas que favorecen la inmigración clandestina». Eso se lograría estableciendo un sistema

que permita que las peticiones de asilo se examinen sólo una vez y por el país al que se dirijan, sin posibilidad de apelación a otro posteriormente. Aunque la medida trata de acabar con el «tránsito permanente» de refugiados y asilados, de un país a otro, lo cierto es que hay Estados mucho más restrictivos que otros y si se piensa en que el nuevo Convenio añade el objetivo de «acabar con las pretensiones infundadas de asilo» (la inmigración económica que trata de acudir a ese expediente), las perspectivas no pueden sino ser pesimistas.

De ese modo, se va perfilando poco a poco una nueva configuración de las relaciones internacionales en las que lo único permanente es el pagano, el perdedor. Desaparecido prácticamente el Segundo Mundo, los países que constituían el Tercero han visto esfumarse lo que paradójicamente constituía uno de sus escasos activos, como recordaba aguda, aunque parcialmente, Haro Tecglen¹²: ya, por vender, no pueden ni tratar de ofrecer su anticomunismo (habría que sumar el anticapitalismo a las mercancías en cuestión), si bien, seguramente, ello no será óbice para que sigan representando el cliente porcentualmente más relevante de la industria de armamento, que es tan nefasta al menos como el narcotráfico (al que con frecuencia aparece ligada) y cuenta con la bendición oficial de los biempensantes y democráticos Estados occidentales y, por supuesto, hasta el momento presente —Havel *dixit*: recuérdense sus declaraciones sobre venta de explosivo checo a Gaddafi—, también con todos los parabienes de los Estados revolucionarios, pues no son sólo algunos multimillonarios con residencia en nuestras costas los principales beneficiarios de tan sólido negocio. Lo más importante es que tal «simplificación» del escenario internacional tiene consecuencias muy negativas para los eternos perdedores. En efecto, en una coyuntura como ésta —que para algunos no es tal, sino el cenit, el logro irreversible que supone el fin de la Historia— las ideologías parecen dejar de contar y lo único relevante es la competición por el mercado internacional entre tres grandes actores (a los que quizá habría que añadir un cuarto, más o menos solapado: los países árabes grandes productores de petróleo, una entidad heterogénea y difícil de precisar): Japón (o la denominada «cuenca del Pacífico», con ese país como líder indiscutible al que siguen Corea del Sur y Hong Kong, por ejemplo), los Estados Unidos y la Comunidad Europea, a la que tratan de asirse desesperadamente el resto de los países de Europa, bajo la previsible conducción de la nueva Alemania (lo que ya ha producido las lógicas tensiones: mal disimuladas en Francia y sin ningún recato por parte del Reino Unido —Nicolás Ridley, el dimitido ministro inglés, no es una voz aislada en su país—). Indudablemente, los mayores problemas parecen acechar a este último protagonista, aún en trance de apaciguar y redistribuir funciones en su Consejo de Administración e incluso de consolidarlo definitivamente, pues el modelo teórico puede experimentar algunas variaciones: una primera, la configuración de tres escalones o jerarquías, los de «arriba», los de

¹² Haro Tecglen, 1990

«abajo» y los del «jardín», es decir, los ricos que componen el núcleo originario, los recién adheridos que constituyen el bastión sur (Portugal, España, Grecia) y los que aún esperan fuera de la casa, aunque dentro del recinto, los vecinos del Este. Una segunda hipótesis es que el peso de Alemania haga gravitar en su entorno a los países con tradición común, incluyendo a algunos del Este —los menos desamparados— y resucitando así la *Mittel Europa* (básicamente, con Checoslovaquia y Hungría, a los que podría añadirse la hoy extracomunitaria Austria), como un agente con fuerza propia dentro de la Comunidad, lo que perjudicaría, desde luego, al mencionado pilar meridional. Muy recientemente, M. Duverger ha propuesto otra línea de desarrollo, la que supondría el relanzamiento de lo que él llama «el creciente fértil europeo», un eje mediterráneo que iría desde Bolonia a Valencia, pasando por Milán, Marsella y Barcelona. Sea lo que fuere, dentro de ese recinto que es la primera versión de la gorbachoviana «casa común europea», la preocupación dominante es la amenaza que viene del Sur, y singularmente, en lo que a Europa se refiere, de Sudamérica y África. El empujón es advertido sobre todo como un riesgo, de un lado, desde el punto de vista del mercado de trabajo¹³ y la asistencia a las clases pasivas, y, de otro, como peligro de inversión de la pirámide demográfica en países que, como los europeos, parecen caminar irreversiblemente hacia un considerable envejecimiento de la población autóctona. Desde esas premisas es desde las que cabe tratar de comprender la respuesta jurídica que, como hemos visto, se dispone a ofrecer la Comunidad (y concretamente, nuestro país) y las posibles alternativas.

IV

Uno —si no el más importante— de los puntos críticos de la cuestión es lo que podríamos denominar la condición jurídica del extranjero, rótulo general bajo el que habría que incluir tres órdenes diferentes de problemas: en primer lugar, la relación entre nacionalidad, extranjería y ciudadanía, que incluye aspectos como la adquisición de la nacionalidad por parte del extranjero, de su cónyuge e hijos, el derecho al reagrupamiento familiar, el reconocimiento de derechos políticos, el acceso a la función pública, etc. En segundo término, la regulación del estatuto sociolaboral del trabajador inmigrado. En tercer lugar, las condiciones de los derechos de refugio y asilo, así como, en general, lo relativo al procedimiento de expulsión de los extranjeros. Veamos alguno de esos aspectos.

IV.a) La relación entre ciudadanía, nacionalidad y extranjería es, desde luego, el exponente máximo del proceso de sustitución o superposición progresiva del orden jurídico comunitario respecto a los de-

rechos nacionales. Como recordaba no hace mucho D. Schnapper, directora de estudios de la parisiense *Ecole des hautes Etudes en Sciences Sociales*¹⁴, éste es uno de los campos en los que se produce una mayor resistencia a la regulación comunitaria, precisamente en la medida en que se pone en juego la propia definición de soberanía nacional. Esa razón dio lugar a la reserva de la RFA que, antes de la firma del Acta Unica, impuso la salvedad de que el estatuto de los extranjeros en cada país sería de dominio exclusivo de la soberanía nacional. Lo cierto es que la mayoría de los países de la CE se alinean, como indica Schnapper, en torno a uno de los dos modelos representados respectivamente por la legislación francesa y alemana, con las peculiaridades de Portugal, España (en las que la doble nacionalidad, lejos de ser un problema a resolver, aparece como un imperativo para mantener las relaciones privilegiadas con las antiguas colonias, aunque hoy sujeto a nuevas condiciones ante el reajuste del 93) y el Reino Unido (que arranca de la separación entre nacionalidad y ciudadanía y ha tenido que establecer hasta tres categorías de ciudadanos ante el empuje migratorio de países de la Commonwealth). El modelo francés sería del tipo «abierto» y «político», en él nacionalidad y ciudadanía se identifican: todos los que participan en la vida colectiva del país y comparten sus valores pueden llegar a ser franceses, pues se trata de incorporar a la nación a quienes se han instalado en su suelo. Por el contrario, el modelo alemán arranca de su tardía constitución como Estado, de forma que la nacionalidad aparece ligada al orden étnico y cultural: sólo es nacional quien pertenece al *Volk*, al pueblo alemán, y representaría, por tanto, un tipo «cerrado». En cualquier caso, frente a la optimista versión del «modelo francés» presentada por Schnapper, cabría preguntarse, con Touraine, por qué en Francia crece la xenofobia y la aversión a los inmigrados, por qué el protagonismo del Front Nationale, a cuyos objetivos se ha aproximado, por ejemplo, la política de «preferencia nacional» de Giscard y aun ha cedido el Partido Socialista de Mitterrand, que ha abandonado su promesa electoral relativa a la concesión de voto municipal a los inmigrados (precisamente el mencionado informe Ford cita una escalofriante afirmación de Mitterrand en su discurso de 22 de noviembre de 1989: «en los años setenta se alcanzó el *limite de tolerancia* en materia de inmigración). Quizá la respuesta al problema de por qué justamente Francia ha sido incapaz de hacer frente eficazmente a la ola de racismo radique, como explica el propio Touraine, en la especificidad del modelo político francés, esto es, de un lado, en el hecho de que la política francesa, como la del Reino Unido, se ha basado fundamentalmente en los conflictos de clase (a diferencia de Alemania o Italia, centradas en la reconstrucción de la democracia, o los Estados Unidos, donde esos conflictos están reconvertidos), y,

¹³ Es casi de ayer la polémica despertada por un proyecto de ley del Ministerio de Sanidad italiano que permitiría que los enfermeros jubilados pudieran volver a trabajar en los hospitales y cuya justificación oficial era, ni más ni menos, tratar de evitar que los 100.000 puestos de auxiliares médicos que habrían de cubrir-

se en la reforma de las estructuras sanitarias pudieran ser ocupados por emigrados extracomunitarios

¹⁴ Me refiero a su trabajo «Derecho europeo y Derecho nacional», aparecido en *Liberation* y en *El País*, simultáneamente, el 14 de julio de 1990.

de otro, en el modelo estatal-centralista francés, que aún cree que la palabra del Estado modela la realidad social (o, como titulaba Crozier uno de sus libros, que «se puede cambiar la sociedad por decreto»), y que, por consiguiente, carece de dispositivos que nazcan de abajo, de los barrios y pueblos, acostumbrado como está a actuar siempre desde el vértice. Por ello, su incapacidad para hacer frente a un fenómeno como el racismo, que «se forma y manifiesta en la vida local»¹⁵.

Por lo demás, y aunque, como veremos en seguida, cabe afirmar por seguir citando al informe Ford que «no es el Estatuto del extranjero, sino más bien el hecho de pertenecer a una categoría étnica lo que condiciona la pertenencia de los emigrantes no comunitarios a las categorías más desfavorecidas del país de acogida», lo cierto es que la adquisición de nacionalidad está sometida a condiciones muy diferentes dentro de la CE: en España (con la excepción de las nacionales de los países iberoamericanos, Filipinas, Guinea y Andorra) se requieren diez años de residencia continua, sometidos a condiciones especialmente duras en algunos supuestos —un mínimo de dinero y no encontrarse en paro—, mientras que, por ejemplo, en Portugal y la RFA tal concesión es un acto de discrecionalidad de las autoridades. Asimismo varía el reconocimiento de nacionalidad para el cónyuge y para los hijos del extranjero nacidos en el país de residencia (en Irlanda, Dinamarca o Portugal son nacionales; en España, también). Respecto al derecho a reagrupamiento familiar, aunque se trata de un derecho expresamente reconocido en el artículo 8.º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales¹⁶, sólo está expresamente considerado en Bélgica, la RFA y Francia, pero precisamente para hacerlo imposible (con matices: en el caso francés, y en virtud del Decreto de 4-XII-1986 no está negado, pero sí sometido a condiciones extremadamente onerosas que lo imposibilitan de facto, pese a la jurisprudencia del *Conseil d'Etat*). Otro tanto cabría decir del derecho de acceso a la función pública y del derecho a voto en el ámbito municipal o local similar, que tan sólo se reconoce en régimen de reciprocidad por instrumentos bilaterales (por ejemplo, en España entrará inmediatamente en vigor un convenio en esos términos con Suecia y Noruega) y, desde luego, exigiendo un mínimo de residencia, pero en cualquier caso restringido de hecho a ciudadanos comunitarios o extracomunitarios de países industrializados, del primer mundo.

IV.b) Las condiciones sociolaborales de los extranjeros no comunitarios emigrados a Europa por razones de trabajo (cuyo número se calcula en tor-

no a los 15 millones de personas, una población superior a buena parte de los Estados miembros de la Comunidad, como Bélgica, Holanda o Luxemburgo) es uno de los aspectos más significativos del problema que nos ocupa. Me referiré, en primer lugar, al marco legal de la cuestión, para abordar después el problema de los «clandestinos».

Se ha repetido hasta la saciedad que uno de los rasgos que caracterizan el estadio actual de las relaciones jurídico-políticas es la necesidad de tratar de hacer frente, de regular las consecuencias de los desplazamientos demográficos más o menos masivos, derivados en gran medida de las condiciones socioeconómicas: Estados que no pueden ofertar suficientes puestos de trabajo y crean por ello un excedente de mano de obra que intenta resituarse en el exterior, y Estados que, como consecuencia de diversos factores (entre ellos el fuerte descenso de natalidad), demandan mano de obra. Como recuerda Aurelia Alvarez, autora de un reciente y muy interesante trabajo sobre el problema¹⁷, cabe distinguir, de acuerdo con los ya clásicos estudios de Chiroux o Lyon-Caen, dos tipos de movimientos migratorios.

- a) De carácter definitivo: aunque inicialmente suele tratarse de un desplazamiento por tiempo indefinido, la propensión a integrarse en el país de acogida suele impedir de hecho el retorno.
- b) De carácter temporal: en estos casos el objetivo es conseguir con el desplazamiento una renta suficiente que permita una mejora en las condiciones de vida en el país de origen al que se vuelve.

Lo cierto es que uno y otro han predominado en diferentes momentos históricos. Así, en la segunda mitad del XIX y hasta el primer tercio del XX se produjo un fuerte movimiento migratorio transoceánico (se calcula que entre 1846 y 1924 emigraron 55 millones de europeos) desde Europa hacia los Estados Unidos y otros países americanos, que se tradujo en asentamientos definitivos. A partir de la crisis del 29, se implantó para los extranjeros el requisito de permiso previo para poder competir en el mercado de trabajo, como medida proteccionista contra el paro interno. Desde el final de la II Guerra Mundial, los países europeos más desarrollados comenzaron a absorber mano de obra y empezó a reducirse el flujo anterior que, en todo caso, se hizo de carácter temporal, como lo era también el desplazamiento intraeuropeo (sobre todo desde el Sur: Portugal, España, Italia, Grecia y Turquía) Con la crisis del petróleo, en 1973, se produce otro movimiento de repliegue, una caída de los mercados laborales internos, con la consecuencia inevitable del

¹⁵ Touraine, 1990, cit

¹⁶ «Derecho a llevar una vida familiar normal... a hacer venir junto a sí al cónyuge e hijos menores». Cfr., asimismo, el artículo XII del Convenio Europeo sobre Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante, de 24 de noviembre de 1977.

¹⁷ Alvarez, 1990, pags 23 y ss. Se trata de un estudio imprescindible para quien se ocupe de los aspectos más específicamente jurídicos de la cuestión, pero su interés rebasa el ámbito del especialista. En lo que sigue, he utilizado ampliamente ese bien documentado trabajo.

incremento del paro, y, por tanto, se tiende a restringir al máximo las situaciones de transitoriedad laboral, especialmente en la medida en que se produce el retorno de buena parte de quienes habían emigrado con anterioridad. A esos efectos se impone una política claramente restrictiva de la entrada de extranjeros (especialmente de los no comunitarios) buscando en todo caso que los desplazamientos sean definitivos. Es interesante hacer ver que el cambio de coyuntura económica, a partir de los ochenta, no ha supuesto una variación de esa orientación. Parece claro que el modelo actualmente vigente opta por la vía de restricción de la entrada y transformación del inmigrante en residente definitivo. En definitiva, lo que está en juego siempre es el enfrentamiento por la población nacional entendida como símbolo y fuente de la fortaleza y riqueza nacionales, lo que da lugar a los dos principios clásicamente enfrentados en materia de derecho de nacionalidad: *ius sanguinis* y *ius soli*, invocados, respectivamente, por los países que —como España— tradicionalmente han sido origen de emigración y tratan de no perder a los emigrantes y sus familias, y por los países de acogida, a los que interesa integrar a la población extranjera. En consonancia con ello, algunos Estados (generalmente los de acogida, ricos o en proceso de gran crecimiento, como el caso de buena parte de los países americanos hasta los años treinta) favorecen medidas asimilacionistas, mientras que los países de origen reaccionan en función de la legislación de nacionalidad y extranjería de los de destino. Jurídicamente, todo esto se traduce en una regulación nada flexible de la extranjería y en una reformulación de la adquisición de la nacionalidad, para la que se exigirán fuertes vínculos dentro del país, medidas tendentes, en todo caso, a evitar el problema de la plurinacionalidad o al menos de la doble nacionalidad. El problema es que esas medidas jurídicas, como veremos más detalladamente en el caso español, se revelan insuficientes y, sobre todo, no siempre coherentes con el principio básico de respeto de los derechos humanos, porque esto último, es decir, *la condición del trabajador extranjero en lo relativo a sus derechos fundamentales, queda muy en segundo plano*. Aquí se pone de manifiesto algo que me parece muy importante destacar: lo que más llama la atención en todo este problema de los extranjeros inmigrantes es que, desde un primer momento, lo que prima es el punto de vista estatal, o estatal-nacional. Efectivamente, el primer interés, como testimonian las respuestas jurídicas nacionales e internacionales, es salvaguardar, dejar muy claro lo que constituye el contenido, los requisitos y el alcance de la condición de nacional pues, como se ha visto, éste es el sim-

bolo decisivo de la soberanía estatal, bien porque se entiende que un volumen demográfico importante es el exponente (y la «cantera») de la fuerza (así, en su traducción directa, los ejércitos de conscripción) y de la productividad del Estado (por eso en no pocos países y regímenes se fomenta el crecimiento demográfico como una cuestión de interés nacional, de deber a la patria: desde los premios a familias numerosas al carnet de natalidad impuesto por Ceausescu), bien porque se quiera preservar la pureza o las excelsas condiciones de vida de pequeñas y privilegiadas naciones. En uno y otro caso las consecuencias son totalitarias. En todos esos supuestos, el individuo es sometido a criterios eugenésicos del padre Estado y parece que la obtención de un régimen de garantías efectivas de los derechos de los extranjeros que trabajan en un país diferente sea una tarea para el próximo siglo¹⁸.

En el caso europeo lo relevante es, por lo demás, que el instrumento jurídico básico con el que se aborda el mencionado problema primordial (evitar la doble nacionalidad), esto es, el Convenio de Estrasburgo de 6 de mayo de 1963, fracasa en su intento de poner orden en esa cuestión y ello, entre otras razones, por una que no se suele tener en cuenta, el proceso de asimilación e integración de los emigrantes, que es casi completo en la segunda generación, de modo que hoy día se trabaja más bien, como advierte Alvarez¹⁹, en la dirección opuesta: la elaboración de un Estatuto jurídico de la doble nacionalidad, como lo prueban los trabajos del Comité directivo de las migraciones intraeuropeas del Consejo de Europa, que desde 1988 se ocupa de la naturalización y doble nacionalidad de los trabajadores emigrantes y sus familias.

Dos buenos botones de muestra de cuanto se ha señalado son el problema de los «clandestinos» y la regulación que hacen los países comunitarios del llamado «derecho de reagrupamiento familiar» del que ya he señalado algunos rasgos generales con anterioridad. Las restricciones a ese derecho suelen basarse en el *irreproachable argumento* de que admitir la emigración de conyuge e hijos sin el correspondiente permiso de trabajo es abocarlos al trabajo clandestino y hacer de ellos un vivero de delincuencia y marginación. Ya vimos cómo Francia hace imposible en la práctica ese derecho, entre otras vías, a través de fuertes restricciones en materia de vivienda (construcción y distribución de viviendas sociales, alquileres, etc.). La RFA, que ni siquiera lo considera como tal, remite su regulación a convenios bilaterales: es significativo que en los convenios con España, Grecia y Portugal se permita, mientras que con Turquía, Marruecos o Yugoslavia no es así. En segundo lugar, por lo que se refiere a

¹⁸ Sobre el problema continua siendo esclarecedora la lectura del coloquio sobre derechos de los extranjeros en Europa, celebrado en octubre de 1983 bajo los auspicios del Consejo de Europa. Así, la intervención de Plender

¹⁹ Alvarez, 1990, págs. 111-114. Sobre el marco español, las págs. 254 y ss. Sobre el sistema español, además de lo que veremos en el apartado IV c), véase Pérez Vera y otros, 1985, págs. 167 y ss.

los comúnmente calificados, como «clandestinos», como denunciara Legouy en un excelente artículo publicado en *Le Monde*²⁰, hay que advertir que, en gran medida, es un problema falseado, tanto en Francia como en el resto de los países comunitarios. Lo cierto es que habría que reconocer que se trata de una situación inducida en un alto porcentaje, de una parte por el Gobierno y la Administración, y de otra por el propio modelo económico que impera en estos países. Tras ese término —uno más de los estigmas, que tan eficazmente se manejan en un lenguaje sociopolítico y, por ende, en el jurídico— se esconden al menos, de acuerdo con Legouy, cuatro categorías diferentes:

- a) Los miembros de la familia que marchan al país de acogida para unirse al cabeza de familia que reside desde varios años allí, y a quienes se niega la regularización de su situación (básicamente, al no tener permiso de trabajo).
- b) Quienes, habiendo solicitado asilo, y ya con tres o cuatro años de residencia y con intereses familiares y laborales asentados, finalmente ven rechazada su solicitud.
- c) Los trabajadores de economía sumergida (construcción, hostelería, confección, agricultura) que, al parecer, son imprescindibles para el crecimiento económico del país de acogida y de quienes los subemplean, pese a las invariables y decididas tomas de posición oficiales que afirman la necesidad de acabar con semejantes situaciones.
- d) Los terroristas, narcotraficantes, etc.: en realidad, habría que reconocer que, seguramente, son los menos clandestinos, pues suelen operar con la mayor legalidad formal (piénsese en la muy significativa expresión de «comandos legales»).

Resulta difícil proponer una solución al problema de los clandestinos que no pase al menos por dos principios: en primer lugar, el reconocimiento de que la presión migratoria del Sur hacia el Norte es un fenómeno ineluctable, y, por consiguiente, es erróneo pretender eliminarlo, impedirlo, a base de añadir metros al muro. Además, el camino elegido para cumplir esa misión imposible, hacer de Europa un búnker con una línea Maginot de la que España sería

uno de los fuertes, es, a la vez, un peligro y un procedimiento difícilmente conciliable con el respeto a los derechos humanos. Si algo puede evitar que un día este movimiento haga explosión, como advierte entre otros el propio Legouy, es precisamente el esfuerzo por organizar, regular y moderar tales desplazamientos, esfuerzo que debe ir presidido por el propósito de garantizar los derechos y libertades de los extranjeros y, en primer lugar, como apuntaba una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, siguiendo la *mejor* jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional²¹, «garantizar la igualdad en los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad de la persona»²².

IV.c) En lo que se refiere a nuestro país, resulta llamativo que las encuestas realizadas ofrezcan una imagen autocomplaciente de los ciudadanos (que en su inmensa mayoría consideran que España no es una sociedad racista; todo lo más se admite el «problema localizado» de los gitanos²³), mientras un reciente informe de la Comisión Europea reprocha precisamente a España su trato discriminatorio con los inmigrados, más del 50 por 100 de los cuales está sometido a discriminaciones económicas. Como se sabe, la polémica respecto a la comúnmente denominada «Ley de Extranjería» (que tiene un nombre oficial muy acorde con lo que señalaba antes: *Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*) no es de ayer, aunque apenas ayer se produjera de nuevo una toma de posición pública, el manifiesto de cien intelectuales exigiendo una reforma legal al respecto, casi simultáneamente con la publicación de los muy críticos informes de AI y de la APDH, que en su informe 89 la calificaba como concreción de la «xenofobia práctica de la Administración y del racismo de la sociedad española». Apenas publicado el texto de la ley, y cuando aún se albergaba la esperanza, finalmente frustrada, de que el entonces Defensor del Pueblo, el profesor Ruiz Jiménez (hoy, por fortuna, caídos los velos de antaño, una de las voces más críticas sobre el particular; más vale tarde que nunca...), interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra dicha ley, ya se alzaron voces exigiendo su reconsideración. En un trabajo que vio la luz gracias a la intervención del profesor Vives, en *Cuadernos de Política Criminal*²⁴, tratábamos de sis-

²⁰ «La Mythologie des *clandestins*», 3 de julio de 1990.

²¹ Así, las sentencias 107/84 de 23 de noviembre, o la 99/85 de 30 de septiembre.

²² Quiero agradecer a mi compañero de Departamento, el profesor Vidal Gil (con quien he colaborado en algunos artículos sobre problemas afines a éste), que fue ponente en dicha sentencia, su gentileza al facilitarme el texto del fallo.

²³ Sobre el racismo en España, y en particular sobre la situación de los gitanos en nuestro país, resulta imprescindible consultar los trabajos de Calvo Buezas, 1989, 1990a y 1990b. Cfr. también el de Temprano, 1990.

²⁴ «Notas sobre una legislación amenazante», CPC, 1986, págs. 269 y ss. Se trata del desarrollo de una comunicación presentada por quien suscribe en colaboración con los profesores Añón y Vidal, en un Congreso de Filosofía del Derecho en Si-

guenza, en diciembre de 1985, y que ahora traigo a la memoria por cuanto en aquel momento la posición expuesta fue duramente criticada por algunos colegas, como el profesor Truyol —entonces con responsabilidades de Estado, como miembro del Tribunal Constitucional—, que la calificaron como visionaria, al no advertir el justo peso del interés del Estado frente a la amenaza de invasión o «expropiación» del territorio por los extranjeros, o incluso, como el profesor Puy acudieron al argumento histórico del recuerdo de los Cien Mil Hijos de San Luis. Ciertamente, es curioso que el retrato robot de los «sospechosos» susceptibles de las medidas que dispone la ley no abarca, claro, a los extranjeros que se asientan en nuestro país como lugar de blanqueo de dinero que procede en no pocos casos de tráfico de armas o narcotráfico (eso sí, a gran escala, lo que quiere decir de «cuello blanco»).

tematizar las razones de la crítica. Por no repetir las en su integridad, me referiré a algunas de las cuestiones señaladas por la profesora Añón: en primer lugar, llama la atención que la ley parta de un punto de vista «realista», entendiéndolo por tal, como suele suceder, desgraciadamente, la primacía de la consideración del orden público y la ideología de la seguridad, un modelo de tratamiento «gubernativo» antes que «judicial»... Seguramente, una de las razones de la línea adoptada es la presión internacional; España se ha visto cogida entre la espada y la pared, de un lado, las exigencias de la CE y, según parece, hasta de la NATO (que podría *reconvertirse* en Gendarme hacia el Sur). De otro, su tradición de relaciones privilegiadas con los países iberoamericanos (reforzada tras la recuperación de la democracia, en un cierto proceso de justicia histórica) y con los árabes. Aunque sin alcanzar las cifras de Francia, la RFA y el Reino Unido (que juntas representan el 87 por 100 del total de la CE), en 1989 el número de extranjeros en España alcanzaba 482.000 legales, a los que había que sumar los aproximadamente 300.000 clandestinos. De estos últimos, el 80 por 100 proviene de antiguas colonias: países iberoamericanos (37 por 100), Marruecos (22 por 100), Filipinas (15 por 100), Guinea (4 por 100)²⁵. Precisamente ésa es la razón de que se presione al Gobierno español para que realice las tareas de muralla exterior de la Comunidad, en especial en lo que se refiere a la regulación de la emigración. Cuando aparece un planteamiento así, sucede inmediatamente —y ésta sería la segunda nota a señalar— que el respeto a los derechos parece contradictorio con las exigencias de orden: ante ese discurso, hay que sospechar siempre falta de legitimidad²⁶: efectivamente, los extranjeros —desde luego, ciertos extranjeros— aparecen como ciudadanos sometidos a sospecha (en el fondo, el viejo argumento del riesgo del «ejército de reserva de la delincuencia»)²⁷. Es como si el legislador ordinario hubiera entendido en cierto modo que el artículo 13 de la Constitución (que es el punto de partida que trata de desarrollar la Ley Orgánica de Extranjería) habilitaba una delegación que, en la práctica, siguiendo la letra de la ley, ha permitido, paradójicamente, una

«desconstitucionalización» de los derechos de los extranjeros²⁸. El problema es, de un lado, el criterio escogido por el legislador para entender cuáles entre esos derechos corresponden por igual a nacionales y extranjeros y cuáles pertenecerán a los extranjeros sólo cuando lo dispongan los tratados o las leyes. Lo cierto es que, en ningún caso se debería incurrir en regulaciones (*a fortiori*, en actuaciones judiciales o administrativas) que supusieran desvirtuar el contenido esencial de esos derechos, bien por someterlos a limitaciones que lo hacen impracticable, bien por despojarlos en la práctica de su protección o dificultar su realización. Como ponía de relieve el examen llevado a cabo por Añón, los derechos de residencia, reunión, asociación son alterados en ese contenido esencial por la regulación que lleva a cabo la ley²⁹, pese a que la intención, como advierte Santiago Varela³⁰, sea la legítima y aun aconsejable de «fortalecer un espacio de garantías para el ciudadano extranjero». Efectivamente, quienes defienden la regulación llevada a cabo en esta ley³¹ argumentan que para alcanzar ese objetivo garantista, el precio es una restricción de la capacidad de acogida, acorde con las circunstancias socioeconómicas, pues sólo así —razona, por ejemplo, Varela— se eliminan la subjetividad y ambigüedad y se reducen las situaciones de ilegalidad. Sin embargo, lo cierto es que cuando se examinan las garantías jurídicas y de protección, y, más concretamente, los procedimientos de expulsión de extranjeros, aparecen no pocos datos que permiten sostener que la ambigüedad y arbitrariedad no sólo no se han eliminado, sino que permanecen con fuerza en esta regulación. Veamos.

En primer lugar, y respecto al carácter más restringido de la admisión de extranjeros, que sería, según el razonamiento expuesto, condición *sine qua non* de un auténtico régimen de garantías, la realidad es que el eufemismo se traduce en términos más reales: así lo expresaba recientemente el director general del Instituto Español de Emigración al anunciar que España debía restringir su número de inmigrantes al «contingente que necesite el mercado laboral» (en línea con el razonamiento de Varela), un concepto que viene a traducir de un modo todavía abstracto una realidad que las organizaciones internacionales de derechos humanos no dudan en

²⁵ Precisamente un reciente estudio de Cántas sobre la situación de los inmigrantes en España advierte que aproximadamente tres cuartos de los que proceden del Tercer Mundo —unos 140.000— trabajan en economía sumergida, hasta representar el 5 por 100 de la economía nacional (aunque sólo el 0,3 por 100 en los datos oficiales), mientras en el resto de la Comunidad sólo el 0,4 por 100 trabaja en economía sumergida.

²⁶ En ese sentido, el artículo de P. Andrés Ibañez, «Política de garantías y defensa de la democracia», *Leviathan*, 14, págs. 21 y ss.

²⁷ En ese sentido resulta revelador la actitud discriminatoria de hecho, seguido por las fuerzas policiales y de orden público, los primeros sujetos cacheados o registrados en casos de redadas policiales antidroga o de represión de prostitución son, infaliblemente, africanos, como ha quedado acreditado abrumadoramente en tantos reportajes en diferentes medios de comunicación, incluyendo casos que podrían haber desembocado en au-

ténticos incidentes diplomáticos, como el comportamiento con un dirigente sindical sudafricano que participaba en un congreso internacional

²⁸ Expresamente la sentencia 107/84 excluía tal interpretación, pero era asimismo tajante al afirmar que todos esos derechos, en su contenido, de conformidad con lo expresado en el artículo 13.1º de la Constitución, «son derechos de configuración legal»

²⁹ Añón; De Lucas, y Vidal, 1986, pag. 276. Así, en lo relativo a la residencia, la medida prevista en el artículo 6.c) recuerda y constituye el contenido efectivo de una pena de confinamiento agravada.

³⁰ «Una política de garantías», *El País*, 20 de junio de 1990

³¹ Cfr., p.ej., la postura de Pérez Vera, 1985, págs. 239 y ss., donde se valora positivamente la técnica empleada en la ley y se argumenta que es respetuosa con las exigencias constitucionales y con el estándar básico de respeto a los derechos humanos

denunciar: la existencia de bolsas de trabajo, con frecuencia clandestinas, en las que los marroquíes, guineanos, etc., viven en condiciones de alojamiento, manutención, sanidad y salario cercanas a la semiesclavitud³². A ello se unen las primeras expulsiones masivas de extranjeros (el pasado mes de junio 100 marroquíes que trabajaban *clandestinamente* en la industria textil en Cataluña, como en los años sesenta lo hacían los andaluces, fueron devueltos a Rabat)³³ y se anuncian similares medidas con sudamericanos y filipinos. La Asociación Pro Derechos Humanos, en su Informe de 1989, coincidente con el publicado por Amnesty, ha mostrado que en los últimos cinco años se ha practicado una política crecientemente expresiva respecto a los extranjeros no comunitarios: las cifras de detenciones policiales se han triplicado (casi 33.000 en 1989), y las de expulsiones se han quintuplicado (casi 5.000 en 1989). La propia regulación del procedimiento de expulsión es elocuente: el procedimiento de expulsión (el ordinario y el sumario) es iniciado, instruido y concluido por autoridad administrativa, que de facto vincula la actuación del juez: las decisiones esenciales las adopta la Administración. Los extranjeros a quienes se aplica un expediente de expulsión disponen de un plazo de cuarenta y ocho horas para presentar alegaciones, lo que es manifiestamente insuficiente en muchos casos. Además, la inmediata ejecutividad de las sanciones de expulsión (que no se ven suspendidas ni por la solicitud de asilo, por ejemplo) vulneran la presunción de inocencia y la tutela efectiva. En cuanto a la ambigüedad, permanecen preceptos que habilitan a las autoridades gubernativas a decisiones fácilmente arbitrarias, como cuando se establece que «no será necesario que los acuerdos de imposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior y exterior del Estado». En el mismo sentido, la utilización de la noción de «indeseables», como fundamento al que se acude cada vez más frecuentemente por parte de la policía en los expedientes de expulsión, o también el uso indiscriminado del término «clandestinos». Todo ello hace más que dudoso que mediante ese procedimiento no se esté facilitando de hecho que en las expulsiones se produzcan tratos inhumanos o degradantes, contra lo indicado reiteradamente por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En relación con la situación de los refugiados y asilados, el primer dato a señalar es que en España

—que cuenta con un número muy bajo de refugiados y asilados, en torno a 10.000 desde 1978, según fuentes de la oficina española del ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados), frente a los 180.000 de Francia, 150.000 de la RFA o los más de 100.000 del Reino Unido— ha crecido espectacularmente el rechazo de los derechos de asilo y refugio, sobre todo en relación con ciudadanos africanos (casi 36.000 extranjeros rechazados en 1989). La ley española reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, que data de marzo de 1984, es, según admiten incluso sus críticos, una de las más amplias de la Comunidad Europea, y así es de destacar su artículo 17.2 en virtud del cual nadie que haya solicitado asilo o refugio podrá ser expulsado a un tercer país donde haya «fundados motivos para tener persecución o castigo». Los problemas surgen por la aplicación administrativa de la ley; de una parte, las autoridades gubernativas tienden a aplicar el articulado de forma muy restrictiva, y eso explica, por ejemplo, el incremento de devolución de extranjeros indocumentados cuando se presentan para entrar en nuestros puestos fronterizos, pese a lo dispuesto en su artículo 4.2, que dispone la admisión provisional del extranjero que solicite asilo en cualquier frontera española. Si a ello se añaden los problemas ya mencionados relativos al procedimiento de expulsión, se comprende que llegue a hablarse de situaciones de indefensión.

Es obvio que las primeras medidas, las más sencillas de adoptar, pese a todo, consisten en modificaciones legislativas. En ese sentido, lo reitero, es esperanzador el apunte mostrado por la Comisión Ford, que podría convertirse en una resolución de la Asamblea parlamentaria. Por enumerar algunas, en primer lugar, respecto a los trabajadores inmigrantes, es preciso establecer medidas que contribuyan a su integración: empezando por el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, por la homologación del trato penal, que no debe incluir sin garantías penas adicionales para los extranjeros, como la de expulsión del territorio (así sucede hoy en Francia), ni aun la opción que puede tomar el juez español de sustituir la pena para un extranjero condenado por un *delito menor* por la expulsión del territorio nacional. Por supuesto, se trata de reconocer también de modo efectivo el derecho de reagrupamiento familiar y, en suma, de establecer y garantizar la igualdad de derechos de los extranjeros con los nacionales en aquellos que son imprescindibles para su dignidad, como recordábamos an-

³² Por no contar con el círculo vicioso que encierra a los inmigrantes clandestinos entre los Ministerios de Interior y Trabajo sin permiso para vivir legalmente, no cabe encontrar empleo; sólo hay autorización laboral por parte del Ministerio de Trabajo si alguien contrata, pero el contrato sólo es válido si Interior da el permiso. Sobre todo ello, Cardona Torres, 1989; Ramos Quintana, 1989, y Estrada Carrillo, 1989. Sobre el régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en España, he podido consultar, gracias a la amabilidad de su autor, el que me parece el trabajo más

completo sobre la materia me refiero al excelente estudio de Escuin Palop, V., *Régimen de entrada y permanencia de los extranjeros en España*, que se publicará en el CEC, 1991.

³³ Habría que señalar que este tipo de medidas son de dudosa legalidad, pues contravendrían la prohibición de expulsiones colectivas establecida en el artículo 4º del Protocolo número 4 de la Convención de Roma, recogido casi textualmente en el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería.

teriormente... En ese sentido, se propugnan la concesión de nacionalidad a los inmigrantes tras cinco años de residencia, con la posibilidad de que conserve la de origen con carácter pasivo (todo ello reforzado con la disposición de que todo nacido en un país de la Comunidad tenga esa nacionalidad), la elaboración de una carta de residente en la Comunidad para los inmigrados que permita la libre circulación por todos los países miembro la puesta en marcha del Foro de Emigrantes. El informe propone, asimismo, la adopción de leyes contra la discriminación y de persecución de actos racistas. Además, se trataría de reafirmar que los estatutos de asilo y refugio no pueden quedar restringidos por mor de la conservación de un status socioeconómico: Europa debe seguir siendo un lugar de acogida para quienes no tienen garantizados sus derechos, y ello exige modificar cuantas disposiciones permiten la arbitrariedad, la discriminación y la dilación en la concesión de dichas condiciones, así como el refuerzo de la garantía de que bajo ninguna circunstancia quienes lo soliciten se vean en el riesgo de ser devueltos a su país de origen. Pero esto no es siquiera la mitad del camino: Europa, a partir sobre todo de 1993, puede experimentar un recrudescimiento del racismo y la xenofobia. Esto no se impedirá sólo mediante medidas legislativas, ni —lo que resulta imprescindible— con la apertura de un debate lo más amplio posible sobre el particular, como empiezan a aportar algunos medios, ni aun por la más difícil tarea de educación de la sociedad civil, sino, sobre todo, por una voluntad política decididamente solidaria, que haga partícipe al Sur de la riqueza de la que disfrutamos y le permita desarrollarse, además, en la medida de lo posible, sin necesidad, quizá de rendir el tributo que ha pagado el primer mundo en detrimento de la ecología y del medio ambiente, del patrimonio de todos.

NOTA BIBLIOGRAFICA

- Alvarez Rodríguez (1990): *Nacionalidad y emigración*. Madrid, La Ley.
- Andrés Ibáñez, P. (1985): «Política de garantías y defensa de la democracia», *Leviathan*, n.º 14.
- Añón, De Lucas, Vidal (1986): «Notas sobre una legislación amenazante», *Cuadernos de Política Criminal*.
- Ballesteros (1989): *La postmodernidad: ¿decadencia o resistencia?* Madrid, Tecnos.
- Calvo Buezas (1989) *Los racistas son los otros*. Madrid, Ed. Popular.
- (1990a): *¿España racista?*, Barcelona, Anthropos.
- (1990b): *El racismo que viene*, Madrid, Tecnos.
- Cardona Torres (1989): *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch.
- De Lucas (1985): «La noción de defensa y la crisis de legitimidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, págs. 77-97.
- Díaz, E. (1987) *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate.
- (1990): *Los intelectuales y la política*, Madrid, CEC.
- Estrada Carrillo (1989): *Comentario a la Ley Orgánica y al Reglamento de Extranjería*, Madrid, Trivium.
- Fisas Armengol (1989): *Las armas de la democracia: las exportaciones españolas de armamento. 1980-88*, Madrid, Crítica.
- Fornari (1972) *Psicoanálisis de la guerra*, Madrid, Siglo XXI.
- Girard (1972): *La violence et le Sacré*, Paris, Grasset.
- Habermas (1989) *Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, Madrid.
- Haro Tecglen (1990): «Lo que vende Gorbachov», *El País*, 22-VII-90.
- Jaspers (1946): *Die Schuldfrage*, Heidelberg, Schneider.
- (1967) *Wohin treibt die Bundesrepublik?*, Munich, Piper & Co.
- Laporta (1988): «Violencia, nación, autodeterminación», *Leviathan*, n.º 34.
- (1990): «Ética y política. Algunas claves básicas», *Claves de la razón práctica*, n.º 3.
- Legouy (1990) «La mythologie des clandestins», *Le Monde*, 3-VII-1990.
- Offe, C. (1988): *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema 1988.
- Pérez Vera y otros (1990) *Derecho internacional Privado*, Madrid, UNED.
- Ramos Quintana (1989): *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos.
- Schnapper (1990): «Derecho europeo y Derecho nacional», *Liberación-El País*, 14-VII-1990.
- Temprano (1990): *La caverna racial europea*, Madrid, Cátedra.
- Touraine (1990). «Análisis de la xenofobia» *El País*, 12-VI-1990.
- Varela, P. (1990): «Una política de garantías» *El País*, 20-VI-1990.
- Wallraf, G. (1988) *Cabeza de turco*

El derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos

Celsa PICO LORENZO

I. INCIDENCIA COMUNITARIA

Con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica de Extranjería, de 1 de julio de 1985, se alzaron voces respecto a la restrictiva regulación del derecho de entrada y posterior ocupación laboral que la misma ofrecía a los ciudadanos procedentes de países ajenos a la Comunidad Económica Europea. Tal situación no es exclusiva de nuestro país, sino que responde a la idea común, hasta ahora establecida en todos los estados miembro de la CEE, de frenar el establecimiento de inmigrantes del Tercer Mundo, so excusa del alto grado de desempleo ya existente en los respectivos países.

No se está ante la situación acaecida al entrar en vigor el Tratado de Roma, en 1959, en que las tres cuartas partes de los trabajadores migrantes en la CEE eran originarios de Italia. La década de los ochenta ha supuesto para Italia el cambio de país emisor de emigrantes a estado receptor. Ha llegado a decirse que están instalados actualmente más de setecientos mil extranjeros. Idéntica situación se ha producido en España al descender, también en los ochenta, el saldo migratorio de forma drástica. El Ministerio del Interior, en 1989, informó que el número de extranjeros ilegales en nuestro país comprendía una cifra similar al de los instalados legalmente¹. Así pues, habría unos setecientos mil extranjeros residiendo en España, la mitad de los cuales carecería de permiso de todo tipo, residencia o trabajo. Sin embargo, no es fácil conocer el número exacto de los residentes ilegales. Organizaciones no gubernamentales que han denunciado la condición del inmigrante en España incrementan notoriamente su número².

Hasta la fecha no se vislumbra una acción conjunta de todos los miembros de la CEE tendente a hallar una solución justa a tal situación. Durante el año 1990, partiendo de los trabajos impulsados durante la presidencia española el año anterior, se ha acelerado el proyecto armonizador de una política común sólo en el ámbito del derecho de asilo. Se pretende que la unificación de las normas sobre con-

cesión de asilo evite demandas sucesivas, con resoluciones contradictorias. La concesión de asilo en un Estado miembro de la CEE será automáticamente válida en el resto. Sin embargo, tal encomiable labor, por otro lado de no gran incidencia real, no acaba de materializarse, pese a que cada vez que se reúne el Consejo Europeo se estime inminente.

La posición geográfica de España juega aquí un papel relevante. Era sabido que un alto porcentaje de la inmigración ilegal procedente de Africa, ya del Magreb ya de los países subsaharianos, con muchos de los cuales existe convenio de supresión de visado, utilizaba España como camino de paso hacia otros estados europeos. El papel de gendarme europeo exigido a España ha comportado la denuncia de tales convenios, con efectos a partir del 1 de marzo de 1991. Mientras esta inmigración sólo utilizaba España como camino de paso, antes de la integración en la CEE, los controles pudieron ser más laxos. Tras la adhesión a la CEE y el auge económico español, no sólo la normativa se ha endurecido, sino que también lo ha hecho la forma de llevarse a cabo. España debe realizar no sólo el control para frenar o impedir la estancia ilegal, y el consiguiente trabajo, en el territorio español, sino tomar medidas para evitar el desplazamiento ilegal hacia otro estado comunitario. Tales medidas pueden conllevar, en ocasiones, lesiones a la dignidad humana. No existe normativa pareja en los Estados miembro de la CEE, sino que cada autoridad nacional decide el tipo de medidas a utilizar para regular o combatir esta inmigración clandestina. Mientras España puede sancionar al inmigrante ilegal con la expulsión (art. 26.1.a) LOE), tras la incoación de un expediente administrativo en el que puede decretarse el internamiento no penitenciario, en Francia ha sido factible la imposición de una pena privativa de libertad de un mes a un año de prisión.

La sensibilidad comunitaria hacia esta cuestión crece, pero no se materializa salvo en las actuaciones del Parlamento Europeo. Mas la ausencia de carácter legislativo en sus resoluciones resta eficacia a las mismas. El Parlamento Europeo adoptó el 18

¹ Según informó *El País* del 20 de abril de 1989.

² En el documento de denuncia presentado en Madrid el 15 de marzo de 1989 por diez organizaciones no gubernamentales

respecto a la condición inmigrante en España contemplaban la presencia de 366.500 clandestinos

de noviembre de 1983 una resolución sobre el problema de los trabajadores migrantes, mostrándose inquieto por el incremento del racismo en todos los países de la Comunidad. Constató la ausencia de una política coherente y coordinada a nivel comunitario. Su invitación a la Comisión para hacer nuevas propuestas de Directiva para reglamentar los problemas en curso dio lugar a una comunicación de la Comisión titulada *Orientaciones para una política comunitaria de las migraciones*. Se transmitió al Consejo el 7 de marzo de 1985, planteándose la necesidad de la adhesión individual de cada Estado miembro de la CEE a la Convención Europea del Estatuto del Trabajador Migrante, e incluso la adhesión de la propia Comunidad. La propuesta de directiva para luchar contra el empleo ilegal no llegó a buen término.

Con el antecedente de la resolución parlamentaria de 16 de enero de 1986, sobre el ascenso del racismo y el fascismo en Europa³, se produjo el 11 de junio de 1986 una declaración común de las tres instituciones comunitarias: Parlamento Europeo, Consejo de Ministros y la Comisión, contra el racismo y la xenofobia. Se partió también de la resolución del Consejo de 16 de julio de 1985, cuya naturaleza de acto ausente de compromiso político pone de relieve la ausencia de consenso entre los representantes de los gobiernos de los Estados miembro de la Comunidad. Se intentó una política de concertación en el control de la admisión de trabajadores migrantes provenientes de países terceros por la vía de una decisión de la Comisión, de fecha 8 de julio de 1985, mas el Tribunal de Justicia de las Comunidades, al conocer, el 9 de julio de 1987, de los recursos de anulación interpuestos por seis Estados miembro contra la Comisión, contestando la competencia de la misma en esta materia, ha interpretado el Tratado de Roma en el sentido de limitar la concertación de la política social por esta vía.

Está lejos, en el momento actual, de producirse una unificación de políticas migratorias. Sólo existe, en cuanto a controles fronterizos el controvertido y discutido Acuerdo de Schengen, de 1985, firmado entre el Benelux, la República Federal de Alemania y la República Francesa. En un momento significativo, como fue el de la suscripción del Acta Unica Europea, una de las declaraciones contenidas en el Acta final, al referirse a los artículos relativos a la consecución del mercado interior, establece que «nada de lo establecido en esas disposiciones afectara al derecho de los Estados miembro de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países».

En fecha reciente, el 10 de octubre de 1990, el

Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que pide al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembro que «estudien pormenorizadamente» las 77 recomendaciones incluidas en el extenso informe elaborado por la Comisión Parlamentaria de Investigación sobre el Racismo y la Xenofobia en la Comunidad Europea tras su trabajo durante un año⁴. Las informaciones publicadas en la prensa, con ocasión de la discusión en el hemisiciclo, pusieron de relieve la polémica levantada entre todos los parlamentarios. Todos los grupos, salvo los de ultraderecha, coincidieron en la necesidad de potenciar la lucha contra el racismo firmada por las tres instituciones comunitarias en 1986. Es significativa la recomendación incitando a la elaboración de una Carta de los residentes europeos que elimine las discriminaciones a que están sometidos los inmigrantes de terceros países y la concesión del derecho al voto en las elecciones municipales. En nuestro marco legal no son difícilmente asumibles tales recomendaciones. Los derechos y libertades públicas a los extranjeros están garantizados en virtud del principio de no discriminación del artículo 14 CE que ampara por igual a nacionales y extranjeros. El derecho de sufragio activo está contemplado legalmente en el artículo 23.1. CE en relación 13.2, el artículo 176 de la LO del Régimen Electoral General, 5-1985, de 19 de junio, y el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Extranjería, 7-1985, de 1 de julio, aunque todavía no se haya desarrollado.

2. NORMATIVA ESPAÑOLA

La cuestión de inconstitucionalidad planteada contra determinados artículos de la LOE resuelta por sentencia de 7 de julio de 1987 cuestiona aspectos del derecho de extranjería ajenos al acceso al empleo y a la residencia, en un sentido estricto. Centra su atención en el derecho de reunión, detención preventiva, disolución de asociaciones y expulsión del territorio nacional.

Con anterioridad a la promulgación de la LOE, bajo la vigencia de la normativa entonces en vigor⁵, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 107-84, de 23 de noviembre, sentó que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo» y que «la existencia de una legislación que, según la interpretación de los tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, pues, a la Constitución». Si bien el supuesto se discutía en el marco de un recurso de amparo individual, y, por

³ Cfr. las conclusiones publicadas por el Parlamento Europeo de la «Comisión de Investigación del ascenso del fascismo y del racismo en Europa» P.E. diciembre 1985, 186 pp.

⁴ Cfr. las conclusiones y recomendaciones del Informe de la

Comisión de Investigación del Racismo y la Xenofobia. Septiembre 1990. P.E. 141 205 def.

⁵ Véase Ley 118-69, de 30 de diciembre, BOE del 31 de diciembre y Orden Ministerial del 15 de enero de 1970, BOE del 26 de enero.

tanto, con efectos limitados a la parte interviniente, es importante la doctrina fijada. Hizo un distingo entre derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana...», como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» y «que existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); y existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio».

Así pues el derecho al trabajo del extranjero se integra en la categoría de los derechos no absolutos en contraposición a los derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana garantizados por los Tratados y Pactos internacionales a los ciudadanos extranjeros en pie de igualdad con los nacionales (art. 13 CE en relación art. 10.2 CE).

Es significativo que en la sentencia, antes citada, del 7 de julio de 1987, al igual que en una anterior, la 93-85, del 30 de noviembre, el máximo intérprete de la Constitución haya señalado que el derecho a la tutela efectiva y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales son disfrutadas sin consideración de nacionalidad por españoles y extranjeros. Tal pronunciamiento es trascendente en orden a las amplias y discretivas facultades de los Ministerios del Interior y de Trabajo⁶ en el ámbito de la concesión de los permisos de trabajo y de residencia a fin de controlar las consiguientes expulsiones que pueden colocar al extranjero ante una cierta indefensión.

Siempre han existido, aunque fuera a través de circulares internas, orientaciones del Ministerio del Interior para el control de los extranjeros que pretendieran entrar en España sin la aparente calidad de turistas. La doctrina⁷ ha puesto de relieve las contradicciones en orden a fijar los objetivos de la nueva ordenación de la extranjería, pues al tiempo que determina una política selectiva al objeto de controlar el mercado nacional de trabajo y la delincuencia en el contexto de seguridad pública ha de practicar una «política de puertas abiertas» en razón a la acostumbrada avalancha turística de todos los años. Mas la incorporación a la Comunidad Europea ha propiciado no sólo un mayor desarrollo de las medidas, sino también su publicidad abandonando la práctica de «las órdenes comunicadas». Así la or-

den del Ministerio del Interior del 22 de febrero de 1989, publicada en el BOE del 6 de marzo, comporta un auténtico filtro sobre ciudadanos de países no miembros de la Comunidad Económica Europea⁸. Los nacionales de países extracomunitarios han de justificar, con independencia del tiempo de estancia previsto, billete de vuelta y un mínimo de 50.000 pesetas o su equivalente en divisas, o 5.000 pesetas diarias por cada día de estancia previsto. Este control de medios económicos suficientes implica una limitación a la entrada de nacionales del Tercer Mundo provocando el rechazo en frontera de un elevado número de personas que pretenden acceder a territorio español.

Hemos visto antes que la interpretación dada por el Tribunal Constitucional al artículo 13 de la Constitución, norma suprema que regula el contenido de los derechos de los extranjeros en España, comporta la equiparación de los derechos de los extranjeros en España con los españoles en el ámbito de las libertades públicas. Mas los derechos no inherentes a la persona humana, en virtud de los pactos internacionales, como el derecho a residir o trabajar en un país que no es el propio, es un derecho de configuración legal, actualmente limitado por voluntad del legislador en aras a las restricciones derivadas de la adhesión a la CEE.

El derecho a la tutela efectiva no está cercenado. La actuación administrativa en materia de denegaciones de permisos de trabajo, de residencia y expulsiones, es fiscalizable por los tribunales de justicia. De la múltiple jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de permisos de trabajo a extranjeros concedidos con arreglo a la normativa anterior a la Ley Orgánica de Extranjería es paradigma de una parte de la doctrina seguida por dicho tribunal la sentencia de 20 de noviembre de 1987 (RA 8227). Se afirma, siguiendo pronunciamientos anteriores, «que la facultad concedida por la legislación a la Administración para otorgar o denegar el permiso de trabajo, le exige motivar su resolución a la vista de los informes requeridos en la tramitación del expediente, toda vez que el juicio valorativo de la Administración no es puramente discrecional, sino fundado en conceptos indeterminados». Posición análoga está manteniendo a partir de la vigencia de la Ley de Extranjería. Dado que la posición habitual de la administración laboral es denegar las peticiones de permiso de trabajo transcribiendo, pura y simplemente, el apartado a) del inciso cuarto del artículo 37 del RD 1119-86, del 26 de mayo, que establece que podrán ser desestimados las solicitudes de concesión de permisos de trabajo cuando lo aconseje la situación nacional de empleo entiende el Tribunal Supremo (sentencias del 27 y 28 de febrero de 1990, RA

⁶ Cfr. Segarra Trias, E.: El derecho de extranjería en España. *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987-1, pág. 139.

⁷ *Legislación básica sobre extranjeros*, prólogo del profesor Fernández Rozas. Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

⁸ No constituye una disposición de escasa aplicación. Es ob-

servable el cumplimiento de las exigencias de la OM citada, en los aeropuertos en que arriban vuelos de países cuyos nacionales son estadísticamente más sensibles a la emigración ilegal y con los que no existe acuerdo de supresión de visado.

783 y 784) no se ha producido la motivación suficiente que permita al recurrente hacer defensa de sus derechos.

En esta labor de control judicial de la actuación administrativa es relevante el tema de la suspensión del acto administrativo. Así, en cuanto a la suspensión de la ejecución del acto denegatorio del permiso de trabajo, se aplica la doctrina general, perfectamente lógica, de la no suspensión de los actos negativos, pues «dada la naturaleza del acto impugnado, no surge del mismo la posibilidad de ejecución» (auto del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1989, RA 8746), pues «por vía de suspensión de la ejecución no puede establecerse una especie de permiso de trabajo transitorio» y, además «el eventual acto de expulsión tendría su propia identidad, pudiendo ser objeto del adecuado recurso, en el que podría solicitarse la suspensión».

En cuanto a la suspensión de la medida de expulsión de un ciudadano extranjero⁹, la posición jurisprudencial es divergente. Así se ha dicho que «si no viola el artículo 24 CE la ejecución inmediata de una sanción una vez finalizada la vía administrativa, con mayor razón ha de estimarse la falta de violación cuando, como en el caso, no se trata propiamente de una sanción, sino de restablecer la legalidad infringida por extranjera que, provista únicamente de visado ordinario para estancia de noventa días, continúa en España una vez rebasado dicho plazo, y a quien fue denegada la exención de visado para legalizar su situación (auto de 17 de septiembre de 1987, RA 6037), y en igual sentido el de 1 de septiembre de 1987, RA 7707. Posteriormente, en auto de 27 de octubre de 1989 (RA 9290) el Tribunal Supremo ha dicho «que la suspensión del cumplimiento de la orden de expulsión de un extranjero, por un tiempo que se supone breve, por su escasísima incidencia en el mercado de trabajo, si se tienen en cuenta las estadísticas que periódicamente se conocen, no puede ser catalogado como perjuicio grave para el interés general favorable a la suspensión». Este último pronunciamiento fue dictado en el marco de la Ley 62-78, de protección de los derechos fundamentales, en que la suspensión del acto administrativo objeto de impugnación es el principio básico, salvo que cause un perjuicio grave al interés general, mientras la anterior resolución se dictó en el ámbito ordinario de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa en que la suspensión constituye la excepción, artículo 122, salvo que la no suspensión produzca un perjuicio grave o irreparable al interés general. No obstante, en fecha mucho más reciente, el Tribunal Supremo rechaza los recursos de apela-

ción interpuestos por el letrado contra sendas suspensiones de expulsiones acordadas por los tribunales de instancia en el marco del proceso jurisdiccional ordinario. Así en el auto de 3 de abril de 1990 (RA 2853) sienta que «la ejecución de la decisión gubernativa recurrida —expulsión de la actora del territorio nacional— es susceptible de irrogar a aquella los daños o perjuicios de reparación imposible o difícil a que se refiere el artículo 122.2 de la LJCA, bastando al efecto ponderar cuantos necesariamente le causara el obligado cambio de residencia, de difícil evaluación económica, advirtiendo además que tales consecuencias dañosas o perjudiciales resultan conaturales y se producirían automáticamente con la ejecución material de la orden de expulsión». Mientras en el dictado el 4 de abril de 1990 (RA 2854) dice que «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar aquella suspensión», por lo que «dada la naturaleza de la infracción por la que se decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente, al haber éste realizado, según la Administración actividades laborales sin estar en posesión del correspondiente permiso de trabajo, y siendo evidente, por la propia naturaleza de ese acuerdo, que se podrían inferir perjuicios al recurrente no sólo reales, sino de muy difícil, aunque no imposible reparación, en tanto por sentencia firme, judicialmente, no se dilucide la legalidad de la medida adoptada por la Administración, procede, ponderando la incidencia del interés público y el del interesado, declarar adecuada la resolución del Tribunal de instancia». Esta nueva posición comporta una mayor tutela al ciudadano extranjero al no obligarla a abandonar el país mientras pende la resolución judicial de la medida en su contra acordada.

3. CONVENIOS INTERNACIONALES

Así ante esta normativa nacional, de indudable naturaleza restrictiva, surge la cuestión de cuál es la posición mantenida por los convenios suscritos por España que inciden en este ámbito. Ha de resaltarse que las principales declaraciones y pactos signados, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, el 10 de diciembre de 1966, y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, no contemplan más que la

⁹ El Ministerio del Interior informó en *El País*, de 7 de julio de 1989, que 24.729 personas fueron rechazadas en las fronteras. Al tiempo informó que 111.652.629 millones de personas, entre turistas, trabajadores y personas en tránsito, atravesaron las fronteras españolas.

El número de expulsiones es elevado, aunque no abarca la totalidad de la inmigración clandestina. Así el Ministerio del Interior

informó que en 1989 expulsó 4 739 extranjeros quintuplicando las cifras de 1985 en que fueron 975, según publica *El País* del 6 de julio de 1990. Las cifras se concentran en pocas provincias, pues el Gobierno Civil de Barcelona informó a *El País* del 13 de marzo de 1989 que 1.120 personas habían sido expulsadas en 1988 de la citada provincia

atribución formal del derecho al trabajo, pues al igual que la Carta Social Europea, hecha en Turin el 18 de octubre de 1961 y el Convenio Europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 24 de noviembre de 1977, no confieren al extranjero más derecho que el de no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la Seguridad Social y de la legislación laboral (desempleo, despido...) ¹⁰. En las relaciones laborales, una vez producida la contratación, se reconoce la igualdad del extranjero con el nacional. Mas se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo o, en su caso, a la residencia legal en cada país.

Aun cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha dictado recomendaciones, como las de 29 de junio de 1966 y 18 de noviembre de 1977 ¹¹, incitando a los gobiernos a hacer prueba de un espíritu humanitario en el ámbito del derecho al trabajo, al asumir como objetivo que toda persona debe tener la posibilidad de ganar su vida mediante un trabajo libremente elegido, el derecho de entrar en un país sólo se garantiza a los nacionales del mismo, tanto en el Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 12.4) como en el Protocolo Cuarto a la Convención del 2 de mayo de 1968.

El derecho de entrar o volver al propio país, aspecto este último muy influenciado por la Declaración de Principios que rige las relaciones entre los Estados participantes, aneja al Acta final de Helsinki de 1975 ¹², es un derecho reconocido, mas no existe un derecho partiendo del cual pueda exigir la entrada en un país con el que se carece de vínculo. Incluso el llamado «derecho de asilo» y el regulador del «estatuto del refugiado» no merecerían, «strictu sensu», tal nombre al depender la discrecionalidad en la concesión del país de acogida. Ni la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU (art. 14) ni nuestra Constitución (art. 13.4) reconocen propiamente un «derecho de asilo», sino que el contenido queda deferido a su regulación legal.

Así la Ley 5-1984, de 26 de marzo, reguladora de la concesión del derecho de asilo y de la condición de refugiado, atribuye al Gobierno tal competencia, a propuesta de la Comisión interministerial creada en el seno del Ministerio del Interior y compuesta por representantes de los departamentos ministeriales afectados por la concesión del asilo. Se entiende que la concesión, revocación y condiciones constituyen un acto de ejercicio de la soberanía del Esta-

do. La regulación de la condición de refugiado en España está complementada por el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el mismo tema, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967, más el Acuerdo Europeo relativo a la transferencia de responsabilidad con respecto a los refugiados, hecho en Estrasburgo el 16 de octubre de 1980, por mor de su ratificación. Procede remarcar que, aunque la Ley 5-1984, de 26 de marzo, en su artículo 17, y el Reglamento de ejecución de 20 de febrero de 1985, en su artículo 36.2, tratan privilegiadamente al refugiado a la hora de acceder a un empleo, al no tener en cuenta la situación nacional, es una declaración de escasa incidencia real, dada la política restrictiva del Ministerio del Interior a la hora de la concesión del status de refugiado ¹³. También aquí es remarcable la labor de control de la discrecionalidad administrativa llevada a cabo por los tribunales de justicia al pronunciarse sobre los efectos internos del reconocimiento de la condición de refugiado, según la Convención de Ginebra, efectuada por el Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas (así en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1988, RA 4074 y 28 de septiembre de 1988, RA 6945).

El derecho de circular libremente y elegir su residencia sólo se admite, tanto en Protocolo Cuarto a la Convención de 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 23 de febrero de 1978, mas sin ratificar, como en el Pacto de los Derechos Civiles de Nueva York, a los individuos que se encuentren regularmente sobre el territorio de un Estado ¹⁴. En los citados convenios, aun hallándose prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros, en alguna ocasión practicadas por algún Estado firmante ¹⁵, las garantías mínimas sólo cubren al residente regularmente o al extranjero entrado regularmente cuya situación haya sido regularizada. No hay que olvidarse que la Ley Orgánica de Extranjería sanciona, en su artículo 26.1.a), como infracción que lleva aparejada la expulsión del territorio nacional, la entrada irregular en el país. Las nuevas garantías introducidas a la Convención de Roma por el Protocolo Séptimo goza de escasas firmas por parte de los Estados suscriptores del convenio originario. La expulsión individual queda sometida a las normas de cada legislación interna, que, en el momento actual, parece tener una interpretación favorable de los tribunales en cuanto a la concesión del máximo de garantías al ciudadano extranjero. Se ha visto al co-

¹⁰ Cfr. todos los tratados internacionales citados en *Legislación básica sobre extranjeros*, op. cit.

¹¹ Cfr. Cohen-Jonathan «Convention europeene des droits de l'homme». Edit. Economie, Marseille, 1989

¹² Cfr. *Liberte de Circulation de Personne en Droit International*. Sous la direction de M. Flory et R. Higgins, Edit. Economica, 1988. Paris.

¹³ El Ministerio de Asuntos Sociales informó el 8 de junio de 1989, según publicó *La Vanguardia*, que los usuarios de los programas de refugio y asilo pasaron de 7.065 en 1986 a 13.662 en 1988. Por su parte, el Ministerio del Interior informó el 17 de di-

ciembre de 1990, según publicó *El País*, que, durante 1990, 8.000 extranjeros pidieron refugio o asilo político en España. El año anterior, 1989, tramitó 2.721 solicitudes de refugio, de las que se concedieron seis, mientras que las de 1.183 peticiones de asilo se otorgaron 175.

¹⁴ Cfr. Ferrer Peña, R. Los derechos de los extranjeros en España. Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁵ En *El País* del 1 de julio de 1990 se pone de relieve la expulsión masiva de marroquíes que trabajaban ilegalmente en empresas textiles en Vic.

mentar la posibilidad de suspender los actos administrativos de expulsión.

Existen una serie de principios formulados en la Carta Social Europea que todavía no han sido sustantivados. Así la consecución como objetivo, en su Parte I, 1, «el ejercicio efectivo del derecho de toda persona a tener la posibilidad de ganarse su vida mediante un trabajo libremente elegido». Otro tanto acontece con el vertido en la Parte I, 18 «los nacionales de cualquiera de las partes contratantes tienen el derecho de ejercer sobre el territorio de la otra parte una actividad lucrativa en pie de igualdad con los nacionales de este último, bajo reserva de restricciones fundadas en razones serias de carácter económico o social».

La ausencia de normas convencionales respecto a la regularización de los trabajadores entrados ilegalmente dejan al criterio de cada país los criterios a seguir. Así la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Extranjería fijó un plazo para poder peticionar la regularización. Mas no se ha logrado lo pretendido. Es impropio de un Estado democrático de derecho que los plazos administrativos en la regularización de los inmigrantes sean inaceptablemente largos en la resolución cuando no lo han

sido en el término de petición. También lo es que, en la práctica, la regularización haya tenido escasa trascendencia¹⁶.

Cabría concluir que debería ser en el marco internacional protector de los derechos del hombre, incluyendo el derecho a un trabajo digno, donde los ciudadanos procedentes de países no desarrollados encuentren protección. De lo contrario la posición individualizada de los Estados desarrollados es negar cada vez más ese derecho. Es obvia la dificultad de posturas nacionales de los Estados comunitarios en este ámbito, en un momento en que las instituciones de la Comunidad asumen cada vez más poderes de sus Estados miembro¹⁷. La necesidad de que los derechos reconocidos formalmente asuman un contenido material se hace cada vez más patente. Se está ante un reto de la Europa de los noventa en que, pasado el bicentenario de la Revolución Francesa y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, queda mucha labor por realizar. Es preciso que las actividades comunitarias conducentes a fijar una política en tal sentido no se trate, tal cual ha denunciado el Parlamento Europeo¹⁸, en foros intergubernamentales como el Grupo de Trabajo «ad hoc» y el de Trevi, sino en el seno de la propia Comunidad.

¹⁶ En la denuncia antes citada del 15 de marzo de 1989 las organizaciones no gubernamentales pusieron de manifiesto el fracaso de la regularización. Sólo 43.000 de los 366.500 clandestinos pudieron presentar su solicitud. Hace hincapié en que la misma Administración no está en condiciones de afirmar cuantas de estas solicitudes fueron contestadas en uno u otro sentido. La denuncia ha vuelto a repetirse, pidiendo la sustitución de la LOE, en el informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Espa-

ña, sobre 1989, hecho publico el 5 de julio de 1990, según informa *El País* del 6 de julio de 1990

¹⁷ El empleo de los no comunitarios se analiza, desde una perspectiva económica, en *Le Monde Economie*, 25 de julio de 1989.

¹⁸ En tal sentido el pronunciamiento del Parlamento Europeo citado en la nota 4.

INTERNACIONAL

Juristas en favor de la paz

ITALIA

Un importante número de juristas, entre ellos muchos magistrados, han suscrito el documento titulado *Contra la guerra, las razones del derecho*, ampliamente difundido a través de la prensa el día 26 de enero de 1991, que dice así:

«1. La guerra que está teniendo lugar en el golfo Pérsico ha sido presentada como una acción no sólo legítima, sino obligada, en tanto que dirigida a restablecer la paz y la legalidad internacional.

Entendemos que semejante justificación resulta jurídicamente infundada. La anexión de Kuwait por parte de Irak constituye un gravísimo e inaceptable ilícito internacional. Pero ningún ilícito justifica la guerra que representa, por el contrario, una ruptura tanto del orden internacional como de nuestro sistema constitucional.

La guerra —y que la que está teniendo lugar es una guerra es algo ya unánimemente reconocido— viola sobre todo la Carta de la ONU, que se abre con el solemne compromiso de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra” e indica, desde su primer artículo, el fin primario de “mantener la paz y la seguridad internacional” y “lograr por medios pacíficos el ajuste o arreglo de las controversias internacionales”.

2. La ONU, por consiguiente, no puede ni hacer ni autorizar la guerra. Puede sólo emprender, en base al artículo 42 de su Estatuto, acciones militares circunscritas dirigidas a mantener o restablecer la paz: estas acciones deben desarrollarse bajo el directo control del Consejo de Seguridad, según los planes establecidos por el mismo y con el auxilio de un Comité de Estado Mayor al que está confiado el empleo y el mando de las fuerzas armadas.

Pero la que se está desarrollando en el golfo Pérsico no es una intervención de las Naciones Unidas, sino una guerra que escapa por completo al control del Consejo de Seguridad, que no ha sido ni siquiera informado del inicio de las hostilidades, decidido directamente por los Estados Unidos. No se trata de una cuestión formal. Lo que diferencia una guerra de una acción militar de la ONU es su carácter desmesurado, desproporcionado e incontrolado, y el he-

cho de que aquélla se dirige por su propia naturaleza al aniquilamiento del adversario e implica inevitablemente a las poblaciones civiles, provocando aquéllos “sufrimientos indecibles”, de que la Carta de la ONU ha querido salvar a la humanidad.

3. La ONU ha abdicado, por tanto, de sus poderes y de sus responsabilidades. La resolución n.º 678, que “autoriza a los Estados miembro a usar todos los medios necesarios para actuar la resolución 660 y a restaurar la paz”, no puede ciertamente legitimar la guerra, cuya evitación representa la razón de ser de la ONU. En efecto, pueden darse dos supuestos: o entre los “medios necesarios” mencionados por la resolución está incluida la guerra, y entonces la resolución es ilegítima por contraria al principio fundamental de la Carta de la ONU; o de entre tales medios está excluida la guerra, y entonces la acción en curso carece de toda legitimación de derecho internacional.

En todos los casos es ilusorio pensar que de la guerra pueda surgir mañana un nuevo orden internacional basado en la igualdad y en la paz

4. De forma todavía más evidente la participación de nuestro país en la guerra es contraria a la Constitución italiana, la cual, como las de otros países occidentales (Alemania) que coherentemente no han entrado en la guerra, está inspirada en los mismos principios de la Carta de la ONU. En efecto, el artículo 11 de nuestra Constitución repudia solemnemente la guerra como “medio de solución de las controversias internacionales”, es decir, con independencia de la culpa del adversario.

La mayoría gobernante, escondiéndose tras una mísera estafa de las palabras, no ha votado la guerra, que la Constitución le impide votar, sino “el empleo de la misión militar italiana en el Golfo para la actuación de la resolución 678”: semejante reticencia verbal no cambia la sustancia de la decisión.

Así se ha pisoteado uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución, que ninguna mayoría y ningún acuerdo internacional pueden alterar. Se trata, en efecto, de un principio absolutamente básico de nuestro ordenamiento con el que, en coherencia con el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, nuestros constituyentes suscribieron un

pacto de paz con nuestro pueblo y de fraternidad con todos los pueblos de la tierra, en garantía de los derechos fundamentales de todos y de nuestra propia unidad nacional. El repudio de la guerra y, en consecuencia, el derecho a la paz, no es negociable, ni comprimible o derogable en favor de organismos supranacionales.

5. Frente a semejante ruptura de la legalidad internacional y constitucional, los firmantes invitamos a los juristas, las mujeres y los hombres de la cultura y a todos aquellos que sienten las razones del derecho y de la paz:

- a suscribir este llamamiento;
- a expresar activamente su adhesión a los valores pacifistas de nuestra Constitución y de la Carta de las Naciones Unidas;
- a solicitar de nuestro Gobierno que pida la urgente convocatoria del Consejo de Seguridad para ordenar el cese inmediato del fuego, circunscribir y definir la naturaleza de todos los "medios necesarios" de que habla la resolución 678, en coherencia con la letra y el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas;
- a trabajar para que el Gobierno y el Parlamento restablezcan la legalidad constitucional, retirando a Italia de la guerra y comprometiéndose con una acción incisiva dirigida a establecer, incluso con la promoción de una conferencia de paz sobre Oriente Medio, un orden internacional justo y que no esté dominado por las lógicas de poder;
- a contestar, en esta dramática situación, cualquier eventual restricción y condicionamiento de los derechos y de la libertad constitucional de los individuos y de las formaciones sociales.»

El presidente de la República italiana, Cossiga, que es también presidente del *Consiglio Superiore della Magistratura*, a raíz de la publicación del *appello*, se dirigió por escrito al ministro de Justicia y al *procuratore generale presso la Corte di Cassazione*, manifestando su respeto por los derechos constitucionales —entre ellos el de libertad de opinión— de los magistrados, pero poniendo de relieve lo mucho que al parecer le habían desagradado determinadas expresiones del texto, que entendía debía dar lugar al ejercicio de acciones disciplinarias contra los firmantes jueces. Por otra parte, concluyó, «la extrema delicadeza de la cuestión y la gravedad del momento me han inducido a no expresar públicamente mis preocupaciones».

Sin embargo, poco después, cuando se dirigía a las fuerzas italianas que regresaban del Golfo, contagiado quizás de su ardor bélico, faltó al autocompromiso de prudencia para referirse al *appello* de los juristas como «dolorosa manifestación de vileza, de deslealtad para con las instituciones, a menudo revestidas de pedantería y supuesto empeño moral».

No contento con eso, terminó llamando «granuja»

y «gran hijo de... cualquier cosa» a un periodista inglés que le preguntó si la aportación italiana a la guerra del Golfo no había sido más bien simbólica.

Como se ha recordado en estos días, contrasta el reproche de ahora con la carta que el mismo Cossiga escribió al *Consiglio Superiore* el 26 de marzo del año pasado, defendiendo la licitud de la adscripción de los jueces a la masonería, donde afirmaba «que la calidad de magistrado no priva a los magistrados de sus derechos fundamentales en cuanto ciudadanos, sino en los casos previstos por la Constitución».

Sucede que Cossiga tendría que explicar —y precisamente a los jueces— muchas cosas sobre el asunto Gladio. Y ahí le duele.

Por eso Ferrajoli, a preguntas del diario *La Repubblica*, ha declarado al respecto: «Desgraciadamente las declaraciones de Cossiga ya no sorprenden. Lo único que sí asombra es que Cossiga, que entiende que quien ocupa "ciertos cargos" debería estar callado o marcharse, no se aplique él mismo esta máxima»

ALEMANIA

En torno a 1.200 juristas, entre ellos unos 400 magistrados, suscribieron en este país el siguiente documento, difundido a través de los medios de comunicación junto con el nombre de los signatarios.

«Magistrados, abogados y otros juristas han protestado desde hace años públicamente contra el hecho de que armamento intensivo y guerra sean aceptados como medios de la política.

Como personas cuyo trabajo diario es la regulación de conflictos exclusivamente con medios pacíficos, declaramos:

- Todos los implicados en la guerra del Golfo deben cesar inmediatamente las hostilidades e iniciar también de inmediato conversaciones para la solución del conflicto en torno a Kuwait.

Además pedimos la convocatoria de una conferencia internacional sobre Oriente Medio en la que todos los conflictos de esta región tendrán que resolverse mediante la negociación. Condenamos la anexión de Kuwait por parte de Irak. Esta no puede mantenerse; pero ello no justifica la guerra que ha comenzado. La guerra no resuelve nunca los conflictos políticos, sino que produce otros.

- Pedimos a los Estados Unidos y a sus aliados que se limiten, conforme a la resolución n.º 678 del Consejo de Seguridad de la ONU, al empleo de sanciones que no impliquen intervención de las fuerzas armadas.
- No deben intervenir las tropas alemanas. Entendemos que en el conflicto del Golfo no cabe el caso de socorro dentro de la OTAN.
- No existe justificación para la guerra contra

Irak en el derecho internacional. Las graves lesiones del derecho internacional cometidas por parte de Irak (agresión militar contra Kuwait, toma de diplomáticos y de particulares como rehenes, ataques con misiles contra Israel) no justifican (nuevas) lesiones del derecho internacional por parte de otros Estados. Todo el derecho internacional está dominado por el principio de proporcionalidad. También, según la Carta de la ONU, el empleo de los medios más enérgicos sólo es admisible cuando el uso de otros que lo son menos ha resultado ineficaz.

Es necesario sopesar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, el objetivo de la liberación de Kuwait y las consecuencias de un ataque militar para las poblaciones y los territo-

rios de los países implicados. La muerte de muchas personas, sobre todo civiles, a causa de los bombardeos planimétricos y los daños irreparables para el ambiente a escala mundial, debidos a los bombardeos de las instalaciones petrolíferas y nucleares, no guardan proporción con el objetivo de la liberación de Kuwait.

- Declaramos que no se debe cuestionar el derecho a la existencia del Estado de Israel. Pero la paz para Israel y sus habitantes sólo podrá obtenerse si se reconocen los derechos humanos y el derecho a la autodeterminación del pueblo palestino.

(P. ANDRES IBAÑEZ Y Ch. STRECKER)

Las tres jornadas de huelga de la magistratura en Francia

François GUICHARD

En tres ocasiones —el 21 de junio, el 23 de octubre y el 30 de noviembre de 1990— la institución judicial ha estado totalmente paralizada por tres movimientos de protesta. ¿De qué manera puede analizarse este hecho sin precedentes en los anales de la historia de la justicia francesa?

Las razones de la cólera del colectivo de profesionales de la justicia son fácilmente identificables. La justicia conoce, en efecto, después de numerosos años una triple crisis: crisis en las relaciones entre el judicial y el ejecutivo, crisis de identidad de la magistratura, crisis de medios presupuestarios y materiales en el conjunto de la institución.

Hagamos un diagnóstico sobre estos tres elementos de la crisis antes de examinar las modalidades de reacción del colectivo judicial

1.º LAS CAUSAS DE LA HUELGA

A) La sujeción del juez al poder político

La independencia de la magistratura es, sin duda, en primer lugar una cuestión de tradición histórica. Por ello, la historia de la magistratura francesa, desde la Revolución de 1789 hasta nuestros días, está marcada por el sello de la dependencia con relación al poder ejecutivo. En los albores de la Revolución Francesa, la magistratura había dado pruebas de una gran voluntad de independencia, pero para oponerse a todas las reformas acometidas por la monarquía para «modernizar» la sociedad. El rey Luis XVI utilizó entonces la fuerza para someter la oposición del Parlamento de París, la jurisdicción más alta de la época. De hecho, Francia desde el siglo XVII había pasado de un Estado de justicia a un Estado de las finanzas y de la policía. No es extraño, por ello, que los «pliegos de quejas» redactados por los ciudadanos para la reunión de los Estados Generales revelaran como las dos principales preocupaciones las de las finanzas y la justicia. Todos clamaron por la mala administración de justicia, fustigaron sus feroces leyes, reclamaron la simplificación de su sistema oscuro y clamaron por el juez natural. Todos exigieron procesos más rápidos, más accesibles, menos caros y que se terminara con los magistrados omnipotentes al lado de acusados sin ninguna oportunidad. Se produjo además un deseo generalizado: que los ciudadanos fueran juzgados por sus pares. Toda una nación se pronunció a favor del jurado popular, del cual, más tarde, no tuvo siempre motivos para felicitarse (vid. Paul Lombard. «Historia de la represión política. 1670-1799». Flammarion).

Los revolucionarios supieron amordazar el poder exorbitante de la magistratura del Antiguo Régimen decidiendo que en adelante el juez no sería más que la boca de la ley. Aplicar el derecho se convertiría por ello en un ejercicio mecánico que excluía cualquier interpretación política de la ley. La necesidad de defender la Revolución mediante el «terror» acentuó aún más esta evolución; los jueces populares se convirtieron en simples brazos al servicio de los Comités de Salud Pública. La Revolución Francesa llevó a cabo así una construcción paradójica y contradictoria: al tiempo que afirmaba los derechos inalienables y emancipadores del individuo a través de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sojuzgaba a la institución encargada de hacerlos respetar.

Pero, de hecho, desde Napoleón, que jerarquizó la magistratura al estilo militar, hasta De Gaulle, que rebajó a la magistratura a simple autoridad, los jueces siempre se han terminado acomodando bien a los poderes fuertes

Así, no existió ni un solo magistrado que rechazara en 1941 el alineamiento con el régimen colaborador de Vichy. Todos los demás juraron fidelidad a la persona del jefe del Estado, el mariscal Petain. Al dar su visto bueno a las perversas leyes sobre el estatuto de los judíos, o los tribunales de excepción encargados de juzgar a la resistencia, la magistratura francesa, colocada bajo la autoridad del ministro de Justicia, también magistrado, rindió más bien servicios antes que dictar sentencias.

Al regresar al poder en 1958, el general De Gaulle recordó esta complaciente dejación de funciones de la magistratura, por otro lado poco depurada tras la liberación. Además, el padre de la Constitución de 1958 no hubiera sabido tener un «poder judicial». En efecto —dijo— «debe quedar entendido que la autoridad indivisible del Estado ha sido confiada en su totalidad al presidente de la República por el pueblo que le ha elegido. No existe ninguna otra autoridad ni ministerial, ni civil, ni militar, ni judicial que no se otorgue y se mantenga por él. La Constitución de 1958 proclama en su artículo 64 que: «El presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial. Está asistido por el Consejo Superior de la Magistratura».»

Es de resaltar, como significativo, que el CSM no sirve más que de «asistente» al presidente de la República y que es éste el auténtico «garante» de la independencia de los jueces.

Además, el presidente de la República está investido de un papel primordial en la composición del CSM. En efecto, a él le corresponde nombrar los nueve miembros que lo constituyen.

De los nueve miembros del CSM, el presidente tiene absoluta libertad para designar a las dos personas que no pertenecen a la Magistratura. Su elección está condicionada, sin embargo, en cuanto a la elección de los seis miembros magistrados que son elegidos por el presidente de entre una lista de 18 nombres propuesta por el Gabinete del Tribunal Supremo. En cuanto al consejero de Estado, es elegido, asimismo, de entre los tres nombres que propone la Asamblea General del Consejo de Estado.

Es de destacar que ninguno de los magistrados judiciales se elige por sus pares, sino que es cooptado por la alta jerarquía judicial antes de tener el honor de la unción presidencial. Ello implica que este modo de designación priva a los miembros del CSM de la legitimidad democrática sobre la que apoyarse a la hora de resistir al presidente que, por su parte, goza de la legitimidad conferida por el sufragio universal.

En cuanto a las prerrogativas del CSM, aparecen sensiblemente reducidas siempre que designan sólo a los consejeros del Tribunal Supremo y a los presidentes de las Salas de Apelación. Para el nombramiento de los demás magistrados, el CSM no hace sino ofrecer su «opinión», que jurídicamente no es vinculante, a quien hace los nombramientos, y ello aunque, en palabras de F. Mitterrand, «jamás se le ha ocurrido en nueve años modificar una sola de las propuestas de nombramiento llevadas a cabo por esta alta institución».

Es importante resaltar que el nombramiento y la carrera de los magistrados del ministerio público escapa totalmente al CSM, por estar atribuida en exclusiva al Ministerio de Justicia.

Efectivamente, se trata de uno de los más perversos males de la justicia francesa; los miembros de la fiscalía son «colocados bajo la dirección y el control de sus superiores jerárquicos y bajo la autoridad del ministro de Justicia».

El ministro de Justicia está facultado para dar a los ¿magistrados? del ministerio público instrucciones generales pero también particulares sobre un asunto en concreto. El poder ejecutivo puede, pues, intervenir, vía fiscal, en el desarrollo de un procedimiento. Teóricamente, la única orden que el ministro de Justicia puede dar a un fiscal es la de persecución (el ordenamiento francés se rige por el principio de oportunidad y no por el de legalidad). Pero, en la práctica, las intervenciones del ministro de Justicia se refieren a todo el desarrollo del proceso penal. Bien entendido que estas instrucciones muy pocas veces son escritas sino verbales... para no dejar pistas.

Evidentemente las instrucciones ministeriales sólo se refieren a un pequeño número de asuntos, aquellos que son «sensibles»; es decir, los que cuestionan los principios fundamentales o a personalidades relevantes. Sin embargo, estos asuntos son reveladores ante la opinión pública para apreciar el grado de independencia de los jueces que obran «en nombre del pueblo francés».

B) Los asuntos que revelan la impotencia de los jueces

El candidato François Mitterrand se comprometió en su campaña de 1981 a reformar el Estatuto de la Magistratura para asegurar su independencia mediante la reforma del Consejo Superior de la Magistratura.

Diez años más tarde permanece este *statu quo*. La explicación oficial ha sido desde entonces que la independencia del poder judicial «depende de la conciencia de los jueces» y no de su estatuto. Esto no es totalmente falso, pero al propio tiempo resulta un poco «corto» para explicar por qué la justicia francesa es la única en Europa que se muestra actualmente incapaz para poder acometer o terminar todos los asuntos que conciernen a personajes políticos de primera fila. Los ejemplos se suceden en estos últimos tiempos. Así, en 1986, un juez de instrucción, dotado por cierto de una excepcional conciencia de su independencia, vio oponer por el ministro del Interior el secreto de defensa para prohibirle el acceso al pasaporte falso que este ministro podría haber proporcionado a un inculpado para facilitarse su huida al extranjero.

En estos momentos, el ministro de Justicia ha bloqueado la apertura de unas diligencias judiciales que hubieran podido acreditar que la última campaña electoral de François Mitterrand fue en parte financiada con dinero extraído fraudulentamente de la tesorería de empresas privadas. En fin, y sobre todo, cuando el poder político ha temido que el arsenal —por cierto, considerable— de los medios de presión sobre la Justicia no fuera suficiente para impedir la averiguación de verdades molestas, no ha dudado, con la complacencia de la casi totalidad de la clase política, en someter a votación leyes de amnistía que han detenido la investigación de sórdidos asuntos político-financieros. Esta autoamnistía de la clase política fue, a tenor de los sondeos de opinión, el acontecimiento más chocante para los franceses en el año 1990. Esta funesta ley de amnistía ha servido de detonante para la explosión de la cólera de los jueces por ser ilustrativa de una justicia con dos caras: implacable con los débiles, complaciente con los poderosos.

C) La crisis de identidad del juez

La desazón y el tormento que invaden hoy a los jueces en Francia provienen sin duda de que no pueden tener una concepción precisa de su misión. ¿Es la justicia *auctoritas*, *potestas*, valor, virtud, servicio público o empresa? La palabra «justicia» está cargada (puede que demasiado) de sentido. Esta palabra proclama la aspiración de toda sociedad democrática a encontrar un punto de equilibrio entre las fuerzas antagónicas que la animan y que, desde la noche de los tiempos, no cesan de agitarla y de transformarla como si estuviera fermentando.

El acto de juzgar se encuentra en el corazón de la justicia con todo lo que puede tener no sólo de exorbitante por la coacción que impone, sino por lo que tiene de vital en una sociedad deseosa de autorregulación pacífica y de cohesión.

Desde entonces el acto de juzgar tiende a la socialización del individuo por su integración en un orden jurídico. Pero con demasiada frecuencia, desgraciadamente, la acción de la justicia, por una mala aprehensión de la realidad social, contribuye también a agravar la exclusión de la sociedad de los justiciables más débiles.

La evolución económica de estos últimos tiempos ha generado una precarización cada vez más apreciable en capas enteras de la población que se encuentran enfrentadas a dificultades financieras, conduciendo a la justicia a intervenir para restablecer el orden público turbado por las desviaciones de los marginados.

El juez se convierte entonces en un gestor de las situaciones de precariedad, dedicado a salvar aquellos vínculos que impiden al individuo romper las pocas amarras que le retienen aún a la vida en sociedad. Pero, al mismo tiempo, el juez está cada día más atrapado por las demandas de reclamación de cantidad o de desahucio de los múltiples acreedores de los económicamente débiles. Frente a esta explosión de los asuntos contenciosos, la justicia, pobre en medios humanos y materiales, debe multiplicar los procesos expeditivos poco respetuosos de los derechos del ciudadano para absorber esta proliferación de pleitos. La justicia se convierte inexorablemente en un instrumento en las manos de los acreedores institucionales (bancos, aseguradoras, grandes propietarios de edificios, compañías de crédito).

Esta situación es dolorosamente vivida por los jueces de menores, los jueces de familia; en resumen, por todos los jueces que han de intervenir en los litigios de la vida cotidiana.

Al lado de los jueces «gerentes» de las dificultades de la gente, queda una minoría de jueces encargados de funciones «nobles» consistentes en decir el derecho, precisar las normas jurídicas o morales con ocasión de «grandes procesos» fuertemente mediatizados. Se produce así una fractura entre los jueces garantes de los principios fundamentales —los grandes jueces— y los jueces que manejan las dificultades cotidianas —los pequeños jueces.

Asimismo, se puede observar en Francia que el contencioso «noble» escapa decididamente al poder judicial. En efecto, el juez francés es, en primer lugar, incompetente para conocer sobre la contormidad de la ley a la Constitución; esta tarea se atribuye en exclusiva al Consejo Constitucional. Seguidamente, todo el contencioso administrativo, que trata de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, escapa al juego judicial al ser encomendado a la jurisdicción administrativa. En fin, desde hace algunos años, se constata la creación de «autoridades administrativas independientes» que privan al poder judicial de un buen número de competencias, singularmente en los contenciosos especialmente sensibles como los referentes a los medios audiovisuales, a las operaciones bursátiles...

Además, se ha producido una verdadera dispersión de competencias en el poder judicial que, con la ayuda de la explosión de las diversas instancias en su propio campo de intervención, contribuye a una complejidad en la que incluso un profesional del derecho se pierde.

Para poner fin a la desintegración de la institución judicial, es importante diseñar de nuevo el campo de su intervención.

Determinados magistrados franceses padecen una verdadera «esquizofrenia» orgánica. Así ocurre con un miembro del ministerio público, a la vez magistrado, cuya legitimidad proviene de la ley, pero al tiempo es agente del ejecutivo y recibe sus instrucciones de él. Lo mismo ocurre con el juez de instrucción, al tiempo magistrado protector de los derechos fundamentales y policía encargado de investigar para la averiguación de la verdad.

En fin, el juez francés pierde a veces la brújula —instrumento, sin embargo, indispensable para encontrarse en su propio territorio— que se va remodelando en un movimiento sincronizado hacia arriba y hacia abajo. Efectivamente —y esto es positivo— se exige de un juez al tiempo que unos conocimientos cada vez más profundos en derechos supranacionales (derecho comunitario, Convenio Europeo de los Derechos del Hombre...) y una capacidad para insertarse en la realidad local de la ciudad en la que ejerce para convertirse en protagonista asociado —aun un nuevo papel— del movimiento de descentralización política y administrativa que se está desarrollando en Francia.

A falta de una reflexión teórica exigente en cuanto al papel del poder judicial, enfrentando además a una penuria de medios, el juez francés se convierte sin reparos y padece una dolorosa crisis de identidad. Examinemos, ahora el tercer factor de la crisis de la justicia francesa: la penuria de medios.

Este análisis será breve porque el fenómeno no es exclusivo de Francia.

D) La penuria de medios

a) El presupuesto de la Justicia

En 1981 el presupuesto del Ministerio de Justicia «se elevó» a 6,5 billones de francos, y representaba el 1,05 por 100 de los presupuestos del Estado. El presupuesto votado por el Parlamento para el año 1991 sobrepasa los 18 billones y representa el 1,41 por 100 de los presupuestos del Estado. Aun admitiendo que se ha producido un esfuerzo en los últimos tiempos, no hay que sobreestimarlo. En efecto, el crecimiento del presupuesto de justicia es debido principalmente al aumento considerable de los créditos atribuidos a la Administración penitenciaria para la construcción —al asombroso costo de cinco billones de francos— de 13.000 nuevas plazas carcelarias. La participación de la Administración penitenciaria en el presupuesto de Justicia es ¡de un tercio!

Por otra parte, la comparación entre el presupuesto de justicia y el de otros ministerios es revelador de las prioridades del poder político. Así, el presupuesto de Defensa es del orden de 230 billones de francos. En cuanto al de Ex Combatientes es superior en un 50 por 100 al de Justicia.

El Estado francés gasta dos veces menos para la asistencia judicial a los desvalidos que la ciudad de Filadelfia. En cuanto a un abogado francés percibe

230 francos del Estado para asistir a un acusado en un largo procedimiento; un abogado americano percibe 350 francos, ¡por hora!

b) *Los merlos materiales*

Los tribunales son, por lo general, palacios vetustos y poco adaptados. La mayor parte de los jueces de París no tienen despacho. A veces hacen falta varios meses de espera para que las actas de juicio sean mecanografiadas.

Paremos la letanía que es de todos conocida.

c) *Los efectivos*

Tomando aparente conciencia del estado de deterioro de la justicia, el primer ministro, Miguel Rocard, declaró en enero de 1990: «Pretendo hacer de la justicia una prioridad para 1991» ¡Sin embargo, el proyecto de presupuestos para 1991 no preveía más que un aumento irrisorio del 6 por 100! Esta promesa no cumplida no podía sino exasperar aún más a los jueces.

Francia cuenta con 6.500 magistrados para 56 millones de habitantes, o sea, algunos más que en 1914 y tres veces menos que la RFA.

Al 1 de enero de 1991, hay más de 200 puestos de magistrados vacantes. Doscientos cincuenta y cinco puestos de funcionarios de justicia han sido suprimidos entre 1981 y 1988, al tiempo que se creaban 1.000 plazas de funcionarios de prisiones. De 1981 a 1988, el nivel de litigiosidad ha aumentado en un 33 por 100, al tiempo que los efectivos de jueces no aumentaban más que en un 7,8 por 100.

2.º LA RESPUESTA DE LAS GENTES DE LA JUSTICIA

El 21 de junio de 1990 el *Syndicat de la Magistrature* lanzaba una consigna de huelga. Sin llamar claramente a la huelga, otras organizaciones de magistrados, de funcionarios y de abogados se unieron al llamamiento.

Desde 1958 las escasas huelgas de magistrados habían tenido causas y efectos más limitados.

Así, el 18 de febrero de 1971 la jerarquía judicial había dado consignas de trabajo «simbólicas» para protestar contra las declaraciones de un político conservador que había tildado a los magistrados de «cobardes».

El 10 de junio de 1976 el *Syndicat de la Magistrature* llamaba a la huelga para protestar contra un proyecto de modificación del sistema de reclutamiento de magistrados.

El 12 de febrero de 1981 el *Syndicat de la Magistrature* reincidía en la huelga como consecuencia de la destitución de uno de sus asociados.

Estas diferentes huelgas tuvieron efectos limitados: participaron en ellas menos de 1.000 jueces.

La posibilidad de la huelga no está completamente clara para los magistrados, ya que el artículo 10

de su estatuto proclama que «está prohibida toda acción concertada para parar o dificultar el funcionamiento de la jurisdicción». La legalidad de la huelga es por ello dudosa. Recordemos, sin embargo, que la Constitución francesa garantiza el derecho de huelga y que los principios adoptados por la ONU reconocen expresamente a los magistrados el derecho de huelga.

Según un sondeo efectuado con ocasión de la huelga del 21 de junio de 1990, el 49 por 100 de los encuestados consideraban normal el recurso a la huelga por los jueces, mientras que el 40 por 100 era de la opinión contraria. Además, el 70 por 100 de los franceses encuestados aprobaban la protesta de los jueces, mientras que el 16 por 100 se oponía.

El éxito de esta jornada de huelga fue considerable, al estar paralizados numerosos tribunales.

Tras este éxito, el *Syndicat* tomó la iniciativa de organizar un amplio frente con el conjunto de las organizaciones profesionales del personal de la justicia. Por ello se creó una intersindical que representaba al 90 por 100 de los participantes de la institución judicial (abogados, magistrados, secretarios, trabajadores sociales, funcionarios de prisiones).

Si en el momento de su creación la intersindical avanzó esencialmente en las reivindicaciones de orden presupuestario, rápidamente puso sobre el tapete de forma global la cuestión de la independencia de la Justicia y su lugar dentro de las instituciones de la República.

Se constituyeron intersindicales en la mayor parte de los tribunales para preparar otra jornada de acción para el 23 de octubre. Esta fue la mejor ocasión para que los diferentes actores de la justicia conocieran las dificultades de cada uno.

El cambio del ministro de Justicia, días antes del 23 de octubre, no contribuyó en forma alguna a la desmovilización, y esta vez la protesta se extendió al conjunto de los jueces.

El nuevo ministro (Henri Nallet) anunció una serie de medidas presupuestas significativas y prometió una reforma parcial del Estatuto de la Magistratura destinado a democratizar la organización jerárquica de los tribunales.

Estas medidas, aunque no puedan ser subestimadas, fueron juzgadas insuficientes para la intersindical, que decidió llamar a una manifestación nacional en París el 30 de noviembre con ocasión de la ceremonia del bicentenario del Tribunal Supremo.

Por primera vez en su historia, la *Unione Syndicale des Magistrats* (USM), mayoritaria en la profesión, lanzó una consigna de huelga para el 30 de noviembre.

La intersindical había previsto que la manifestación se desarrollara en la proximidad del Tribunal Supremo, pero el prefecto de Policía de París decidió prohibir esta reunión.

Por ello, más de 2.000 representantes de las profesiones jurídicas se manifestaron ante las rejas del Palacio de Justicia de París, rodeados de un impresionante dispositivo policial que no dudó en dar algunos porrazos a magistrados y abogados con toga. La reacción fue considerable y obligó al primer ministro, que por fin había aceptado recibir a la Inter-

sindical, a deplorar públicamente el exceso policial. Después de esta loca jornada del 30 de noviembre, la Intersindical decidió mantener la presión para obtener la satisfacción de sus reivindicaciones.

Desde ese momento, magistrados, funcionarios y abogados observan una huelga de celo aplicando estrictamente las leyes de procedimiento, lo que conduce a una rápida asfixia de los Tribunales.

Hay que resaltar que estas tres jornadas de lucha han obtenido un gran eco en los medios de comunicación, mereciendo a menudo primeras páginas.

CONCLUSION

Sujeta al poder político en sus dos siglos de historia, a sus antiguas renunciadas y al estatuto más arcaico de la Europa occidental, la magistratura francesa ha sacado la cabeza vigorosamente. Por primera vez desde hacía lustros, se ha sentido apoya-

da por la opinión pública. La independencia y los medios de la justicia son desde ahora temas por los que se interesa el ciudadano. Esta victoria sobre nuestro pasado, esta simpatía de la opinión pública, constituyen un estímulo para proseguir nuestras acciones. En este nuevo contexto los magistrados han encontrado el camino de la unidad, incluso constatando importantes desacuerdos persistentes entre el *Syndicat de la Magistrature* y la *Union Syndicale des Magistrats* sobre la democratización y el funcionamiento de los Tribunales, sobre todo sobre el papel de los presidentes de las distintas jurisdicciones y sobre el Estatuto y particularmente sobre la separación de grados y empleos.

Pero, por encima de las divergencias y de las ambigüedades, está claro que estas tres jornadas de lucha del 21 de junio, 23 de octubre y 30 de noviembre de 1990 constituyen los «tres días gloriosos» de la magistratura francesa.

(Traducción: Fernando ESCRIBANO)

Huelga en la justicia italiana

Pier Luigi ZANCHETTA

El 14 de diciembre del año pasado la magistratura italiana participó compacta en una huelga.

No es la primera vez que esto sucede, aun cuando la huelga de magistrados es un hecho poco frecuente. En el pasado se produjeron huelgas por reivindicaciones económicas y una, en junio de 1989, para reivindicar no dinero, sino estructuras, reformas y, en definitiva, mejores posibilidades de trabajo.

Lo decididamente nuevo es que la huelga fue convocada por el *Comitato avvocati e giudici per la giustizia*. Un comité nacido recientemente que tiene como objetivo la intervención unitaria en los temas y problemas de la justicia. Lo integran la casi totalidad de las asociaciones de abogados, con mucho las más representativas, y la *Associazione Nazionale Magistrati (ANM)*.

Como es sabido, la ANM es el organismo unitario de los magistrados italianos, compuesto por las tres corrientes mayoritarias: *Unità per la Costituzione*, de centro; *Magistratura Indipendente*, de derecha, y *Magistratura Democrática*, de izquierda.

Así, por vez primera, se paró durante un día la actividad judicial (con la única excepción de las causas con preso, y las medidas cautelares y urgentes) por común acuerdo de todos los operadores de la justicia.

Una participación unitaria de este carácter no podía dejar de proyectarse sobre los objetivos de la iniciativa misma. Y aquí radica el segundo elemento de novedad. Entre las reivindicaciones no había, no podía haber, ningún objetivo corporativo, exigencias económicas o reformas sectoriales que interesasen a esta o aquella categoría, este o aquel grupo. Abogados y jueces han tenido como objetivo general el funcionamiento de la justicia, entendida como servicio para los ciudadanos.

De este modo, en el primer lugar de las reivindicaciones figuraba un «consistente aumento de la partida destinada a la justicia, en cualquier caso no inferior al 3 por 100 de los presupuestos del Estado». Se recuerda que sólo en la ley de Presupuestos para 1991 se prevé un gasto para justicia que supera escasamente el 1,1 por 100 del presupuesto. Hasta ahora siempre había girado en torno al 0,70 por 100.

A partir del 24 de octubre de 1989 entró en vigor el nuevo Código procesal penal que ha modificado completamente el proceso penal, llevándolo del modelo inquisitivo a uno tendencialmente acusatorio. Una reforma semejante presupone estructuras e instrumentos bastante más eficientes y eficaces que los actuales. Entre otras muchas cosas, baste pensar en la necesidad de formas de transcripción integral (grabaciones, estenotipia, transcripción escrita ne-

cesariamente rápida, etc.). El 1 de enero del próximo año entrarán en vigor amplias reformas del proceso civil. Y también estas reformas cuestan en términos de eficiencia, y, por consiguiente, de instrumentos y de personal.

Por eso en el segundo lugar de los objetivos de la huelga estaba «la urgente puesta a punto de todas las estructuras necesarias para que puedan funcionar efectivamente la reforma del proceso civil y el nuevo Código procesal penal; también mediante el indispensable potenciamiento de la Policía judicial y la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar la incolumidad de quienes colaboran con la justicia» (estos últimos son los imputados que denuncian a sus cómplices, los «testigos de la corona» del sistema inglés o, como se dice en Italia, los *pentiti*).

En la actualidad gran parte de los territorios de muchos tribunales y preturas —las circunscripciones judiciales— ya no se corresponden con el peso socioeconómico o demográfico de las realidades que comprenden. Se encuentran así tribunales sin ningún problema, mientras lugares significativos, vivos económicamente y considerablemente poblados, no cuentan con una sede judicial próxima. En febrero de 1989 se publicó una ley que preveía una reforma de las circunscripciones de las preturas para adecuarlas a la nueva situación; pero las fuertes reacciones (de los magistrados afectados, de los abogados interesados, de los representantes políticos de las localidades que perdían el *prestigio* de tener una pretura, etc.) hicieron que el Parlamento volviese rápidamente sobre sus propios pasos y restableciera en la práctica la situación precedente.

Es la razón de que se haya pedido con la huelga «una revisión orgánica de las circunscripciones judiciales, sustraída a cualquier interés electoralista y a mezquinas exigencias pueblerinas».

Como se sabe, todos los países están teniendo que salir al paso de una creciente demanda de justicia, tanto civil como penal. En este último sector son varias las soluciones: desde la despenalización a la discrecionalidad de la acción penal. Se considera irrenunciable en cualquier sistema jurídico, pero sobre todo en Italia (en vista de la intensidad de los conflictos políticos y en previsión de posibles abusos), la obligatoriedad de la acción penal.

Así el Comité pide «una revisión orgánica de la legislación penal, con particular referencia a la delimitación de los ilícitos penales»; en la práctica, se pide una consistente despenalización. Pero la justicia penal puede funcionar sólo si una serie de funciones judiciales (las relativas a los delitos menos graves) se atribuyen a magistrados no profesionales: de ahí

el objetivo de la «pronta definición del juez de paz con modalidades aptas para asegurarle un funcionamiento eficaz». E incluso «la actuación de lo previsto en el artículo 106.3 de la Constitución» que prevé «el acceso de los abogados y profesores universitarios a la función jurisdiccional de legitimidad», es decir, la posibilidad de su nombramiento como magistrados de la Corte de casación.

Y, en fin, se ha pedido «una adecuación de la profesionalidad de los operadores de la justicia» y «una mayor y más frecuente consulta preventiva... sobre las disposiciones legislativas y ejecutivas que afecten a la justicia» con las asociaciones de los operadores del derecho.

Se recordará que en 1988 tuvo lugar en Italia el referéndum sobre la modificación de la normativa sobre la responsabilidad civil de los magistrados*. Sobre un tema secundario y de casi nulos efectos prácticos se desencadenó de hecho una campaña contra la magistratura, vista como responsable de los males de la justicia. A favor del SI al referéndum se alinearon los partidos más importantes (subrayando así el aislamiento de la magistratura), mientras se producía una profunda fractura entre la magistratura y la abogacía.

Magistratura Democrática se ha esforzado siempre por llevar la cuestión por el camino de la racionalidad: el resultado del referéndum, equivocado, pero con el que ya se contaba, debía servir como señal de alarma. Era una respuesta errónea a una exigencia justa: la crítica al sistema judicial italiano. Y, sobre todo, los magistrados no debían, no deben, cerrarse en su corporación, sino aceptar el diálogo, en primer lugar con los abogados.

Es lo que se ha hecho, se está haciendo con el Comité, y los resultados positivos se advierten, comenzando por las reivindicaciones recordadas. De este modo se ha llegado a mover sobre objetivos cualificados a la mayoría de la magistratura (que no es ciertamente un ejemplo de progresismo) y de la abogacía.

Al fin, por consiguiente, dentro de la magistratura ha prevalecido la línea de la apertura. Y esto ha sido bien entendido por el gobierno, que ha tratado siempre de presentar la iniciativa como una huelga de magistrados, olvidando deliberadamente la presencia de los abogados. Se quería en la práctica reproducir el esquema del referéndum, cuando la magistratura, la progresista y la otra, se encontraba cercada por el mundo político y los otros componentes de la justicia.

El presidente de la *Associazione Nazionale Magistrati*, Bertoni, representante, de *Unità per la Costituzione*, se ha afanado en decir que ésta no era una huelga política, sin lograr hacerse entender sobre las características de la misma. Contra él se han empleado bien en el medio televisivo los representantes del gobierno. Pero, no obstante las contorsiones de Bertoni, es evidente el carácter rigurosamente político de esta huelga. Basta evocar las reivindicaciones ante aludidas: constituyen una acusación al Gobierno y una exigencia de cambio en la política de la justicia. ¿Qué son éstas sino reivindicaciones políticas?

Como de costumbre, el problema tiene que ver con el futuro, el futuro del Comité y el futuro de las opciones gubernativas sobre la justicia. Es indudable que el Comité tiene una debilidad intrínseca debida al hecho de que de él forman parte sectores de magistrados y abogados integrados, culturalmente o de hecho, en el área del gobierno. De este modo, las tomas de posición que se han producido no cuentan con una fuerza adecuada y persistente.

Quizá por esto, quizá por las vicisitudes internacionales, por problemas internos de la mayoría gobernante, no se ve nada de las reformas invocadas.

Se plantea la exigencia de otra huelga o, tal vez mejor, de formas de lucha y de presión más incisivas.

(Traducción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

* Cfr. P. L. Zanchetta, «Referéndum en Italia: la responsabilidad judicial como pretexto», en esta revista, n.º 2, octubre 1987, págs 53 y ss (*N del T.*).

La justicia argentina en 1991

Horacio N. J. VACCARI

El análisis de la situación de la justicia en un país sólo puede efectuarse desde una concepción política global.

Mi punto de vista es el de una profunda confianza en los métodos democráticos como último fundamento válido del poder.

En tal orden de ideas será ineludible que me refiera a la situación general de la Argentina y a las particulares condiciones en que se desarrolla la lucha por consolidar las instituciones de la democracia, para analizar luego la situación de la justicia. Aclaro que esto es sólo un esquema aproximativo al tema.

La pretensión de algunos estudiosos de limitar la cuestión a los aspectos técnico-jurídicos es, en el mejor de los casos, una ilusión, y en la realidad de la experiencia, un intento de ocultar las raíces de los problemas. En todo aspecto técnico está siempre explícita o implícita una ideología y ningún enfoque teórico puede prescindir de esta verdad.

DEFICIT DE LA DEMOCRACIA ARGENTINA

En primer lugar deben ser mencionadas las sucesivas rupturas del orden constitucional, a partir del golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930, convalidado por la Corte Suprema de Justicia cuando reconoció al gobierno de allí surgido. Fue una decisión que se plegó a los hechos consumados, un acto de los que podríamos llamar meramente formales, pero que evidencia una clara opción por legitimar el poder de facto. Nadie ignora hoy la importancia ética y política que habría tenido el desconocimiento por la Corte de los poderes asumidos por las Fuerzas Armadas.

En cada irrupción de los gobiernos de facto (1943, 1955, 1966, 1976), los jueces perdieron estabilidad y quedaron a merced del poder que los confirmó o designó, según el más crudo sistema de recomendaciones de amigos o por adhesión a la ideología de turno, generalmente variantes del fascismo con distintos rótulos, inclusive aquel de 1955, llamado «Revolución Libertadora». Es notorio que en la República Argentina se da el nombre de liberal a una simbiosis de liberalismo económico con fascismo político, mezcla por demás retrógrada.

La magistratura surgida de los golpes militares fue siempre opuesta a una mentalidad abierta a las corrientes renovadoras y progresistas que soplaron en el mundo después de la segunda guerra mundial.

Otro factor histórico social importantísimo es el nepotismo imperante en por lo menos 8 de las 23 provincias que integran el sistema federal argentino. El

presidente actual proviene de una de ellas y en su estilo de conducción personalista se advierte su origen.

Se trata en general de provincias extensas, poco pobladas, con una fuerte concentración en la propiedad de la tierra y del capital industrial. Una o dos familias unen el poder económico al político y ocupan todos los puestos clave en los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, practicando un feudalismo de hecho. Las constituciones locales, redactadas a semejanza de la nacional, son en la práctica, en gran medida, letra muerta. Las mismas personas rotan de un puesto a otro, según las conveniencias del momento o de las exigencias legales. Ellas designan a los candidatos que serán electos en comicios provinciales o nacionales, de modo que aun cuando no se produzca fraude en los comicios mismos, tanto los parlamentos provinciales como el nacional adolecen de vicios de constitución en cuanto están integrados por representantes de origen fraudulento.

Las familias dominantes son dueñas, además, de todos los medios de comunicación locales: prensa, radio, televisión. Sólo las nuevas condiciones de la técnica, que posibilitan un periodismo ágil y presente en todos los rincones del país, han roto en parte este monopolio informativo. Por lo demás, el nepotismo, con sus crímenes, engendra en el seno de la comunidad reacciones que repercuten en el plano nacional.

El resto de las provincias, especialmente las del centro y del litoral, donde se encuentran la mayor parte de la población del país, si bien son más democráticas, sufren de todos modos los efectos de una política generada en solidaridades familiares, de grupo o de partido, en términos sectarios.

Este funcionamiento anómalo de las instituciones republicanas se traduce en gobiernos provinciales o nacionales divorciados del país real, por el que no evidencian mayor preocupación.

Recuerda Jose Ignacio García Hamilton en *Los orígenes de nuestra cultura autoritaria* (Calbino y Asociados, Editores, Buenos Aires, 1990) que, siguiendo el consejo de las Juntas de Valladolid, el emperador Carlos V dispuso que en México no se hicieran repartimientos de indios, pero cuando la orden llegó a América ya Hernán Cortés había otorgado encomiendas a todos sus subalternos. Agrega que se limitó a alzar sobre su cabeza la real cédula, como signo de sumisión a la Corona y declaró que «se acataba pero no se cumplía», ejerciendo esta paradójica institución de «legal desobediencia» que refleja el espíritu de la colonización hispanica.

Esta dualidad que consagró la esclavitud que de hecho sufrieron los aborígenes fue el punto de par-

tida de una mentalidad que perdura hasta nuestros días, en que los crímenes mayores se realizan «en defensa de la constitución y de las leyes». La estructura política formal, inspirada en las democracias más desarrolladas, convive con otra que es la realmente vigente y que se funda en burdos manejos de partido o de secta, que hacen que el interés de los grupos o de las corporaciones predomina sobre el interés general. Esta falta de respeto a los principios constitucionales básicos ha permitido que se dicten leyes como las llamadas de «punto final» y de «obediencia debida». La primera acortó arbitrariamente los plazos de prescripción de delitos aberrantes cometidos bajo el terrorismo de estado. La segunda estableció la presunción *juris et de jure* de que esos crímenes se cometieron en situaciones de obediencia irresistible. Se invadió así la esfera propia del poder judicial al imponer a los jueces un criterio procesal reñido con el principio de la sana crítica. Esto ocurrió por iniciativa del gobierno democrático del presidente Alfonsín. El indulto de los jefes máximos del terrorismo de estado y de sus cómplices objetivos, los terroristas subversivos, concedido por el presidente Menem inclusive a quienes todavía no tenían condena firme, constituyó otra clara violación de principios consagrados por la Constitución nacional, que una vez más «se acata pero no se cumple», a pesar de los más solemnes juramentos. Resulta trágicamente significativo que ambos líderes conducen los dos partidos mayoritarios y populares del país.

A pesar de todo, debe destacarse el generalizado repudio de la opinión pública a esas medidas, actitud que sólo puede entenderse si se rescatan algunos aspectos fundamentales de la sociedad argentina. Se trata de un país que fue vanguardia en la lucha contra el analfabetismo, que desarrolló centros educativos importantes y que conservó en su seno fuerzas culturales que resistieron con lucidez las sucesivas dictaduras y se sobrepusieron a la notoria mediocridad de dirigentes encumbrados por la trama de los intereses antes referidos. Estas fuerzas siguen actuando y constituyen el punto de partida para un renacimiento tan dificultoso como deseable. En él tenemos puesta nuestra esperanza muchos argentinos.

ESTADO DE LA JUSTICIA

Desprestigio

La justicia argentina es hoy exasperantemente lenta, insegura y, en cierto modo, imprevisible en sus resultados.

Una encuesta realizada en diciembre de 1990 indica que de los tres poderes que componen el Gobierno argentino, el más desprestigiado es el judicial. El ciudadano común piensa que la justicia argentina es lenta e ineficaz y no faltan los que afirman, además, que es corrupta. Algunos casos resonantes de corrupción en juicios contra empresas públicas han confirmado este punto de vista para la generalidad

La experiencia que he recogido durante veintise-

te años de ejercicio libre de la profesión, unida a la que tengo como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, me permite afirmar que en esta actividad estatal no existe mayor ineficacia o corrupción que en otras. Por el contrario, he conocido y conozco muchos magistrados de altísimo nivel intelectual y moral, que han contribuido a crear un cuerpo de doctrina y han sido y son ejemplo para el resto.

Quizá las deficiencias apuntadas son más notorias por la mayor cuota de esperanza que se pone en la posibilidad de encontrar una reparación justa al interés que se considera dañado.

Para consuelo, baste recordar que el desprestigio no es reciente. Dice García Hamilton (*op. cit.*, págs. 127-28) sobre el período colonial:

«En México la situación no era distinta: "La culpa de los males de las Indias es de los jueces, que no han ejecutado jamás las leyes que les mandan ni las provisiones e instrucciones de buen gobierno", puntualizaba un informe del bachiller Sánchez al Consejo de Indias. El licenciado Cerrato, miembro de la Audiencia de Guatemala, señalaba en 1548 al monarca: "Sepa V.M. que después que vinieron aquí presidentes y oidores ninguna ley ni ordenanza de las nuevas y viejas guardaron ni pusieron en ejecución".»

Mecanismo para el nombramiento de los jueces

Según la Constitución, el nombramiento de los jueces nacionales se efectúa por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, que está compuesto por dos senadores elegidos por cada provincia y dos por la capital federal. Como antes dije, algunas de estas personas son designadas en el marco de los más mezquinos intereses del nepotismo local o de la secta política correspondiente. A menudo un gobernador intercambia el puesto de senador con un hermano, la esposa o cualquier otro pariente que le es incondicional. Por ello, no es difícil pensar que algunos jueces son nombrados en medio de difíciles negociaciones, en un riguroso juego de reciprocidades políticas. Aun cuando, no obstante ello, son designados jueces de indudable mérito profesional, existen los que acceden a la función con una absoluta falta de antecedentes profesionales o académicos. No por casualidad, entre éstos se reclutan los casos más resonantes de corrupción.

En cuanto a los jueces de carrera, se llama así a los que han desarrollado toda su actividad profesional en la justicia, pero esto no significa que exista una genuina carrera judicial en términos estrictos. Esta es una de las metas por la que debe luchar la *Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades* de la República Argentina.

La remoción de los jueces sólo puede hacerse por juicio político en el que la Cámara de Diputados actúa como acusadora y la de senadores como tribunal. Esta es una garantía de inamovilidad que constituye una verdadera barrera contra las arbitranedades del poder administrador, una sabia previsión de la Constitución de 1853. Paradójicamente, la lentitud del procedimiento hace que a veces sea difícil remover a magistrados cuyo desprestigio llega con razón al límite del escándalo.

Ausencia de reflexión crítica sobre la función judicial

La falta de espíritu autocrítico de los jueces tiene su origen en un estilo de pensamiento acuñado hace mucho tiempo, cuando el carácter clasista de la justicia era más evidente y más ingenuo. Existía entonces una casta a la que se ingresaba por herencia o por prosapia. Aun cuando con el tiempo y por las circunstancias antes apuntadas, esa casta sufrió la infiltración de los advenedizos, demostró una gran ubicuidad y adoptó un estatuto tácito, cuya violación merecía el desprecio unánime de los colegas y que se manifestó en el cuidado de las formas, en los acuerdos de caballeros, en el silencio complaciente frente a las dictaduras.

A menudo los jueces se debaten en una notoria orfandad crítica conceptual y recaen en el empirismo más absoluto. Saben combinar mecánicamente principios elaborados por algunos pensadores clásicos, pero son incapaces de someterlos a crítica para renovar la doctrina en función de las nuevas realidades.

Obsolescencia

El aparato judicial, pensado para otro tiempo histórico, no se ha renovado en más de cien años. Se han profundizado los vicios, por una suerte de degradación progresiva que el poder político no pudo y tal vez no quiso evitar, ya que se limitó a aumentar el número de tribunales en lugar de propiciar el estudio de los problemas y encarar su solución con métodos nacionales. Por ejemplo, no se calculó la relación entre número de juzgados y población, redistribuyendo la competencia territorial sobre base matemática. Tampoco se adoptó una racional asignación de la competencia por materias que tuviera en cuenta los cambios operados en la vida moderna. La confusión en las normas procesales ha movido a los jueces a una obsesiva preocupación por fijar los límites de su competencia, lo que se traduce en una verdadera puja por declararse incompetentes, olvidando que su principal obligación es asumir la voluntad de juzgar. Las sucesivas reformas procesales han introducido progresos parciales que no modificaron la situación de fondo.

Por otra parte, la justicia ha sido mitificada como la instancia en la que se puede hallar solución mágica a problemas que el poder político no se ha atrevido a enfrentar. Por ejemplo, decenas de miles de jubilados han debido acudir a la justicia para que se les paguen los haberes como corresponde. El resul-

tado es el atascamiento de los órganos jurisdiccionales con trámites que sólo tienen carácter dilatorio, ya que empiezan con recursos impresos contestados en la misma forma por los institutos provisionales y resueltos también mediante sentencias impresas por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo o por la nueva Cámara de Seguridad Social. Habría sido más sencillo reconocer que las Cajas de Previsión están sin fondos y presentar al pueblo un plan honesto de pagos y de recomposición del capital social. Pero esto podría tener malas consecuencias electorales, según el cálculo de los responsables, porque significaría reconocer la pésima administración del sistema.

Otro ejemplo se da en el ámbito penal

Durante mucho tiempo los juristas lucharon para que las figuras delictivas dejaran fuera los casos que caían en la zona de penumbra de las formulaciones lingüísticas. Pero no advirtieron que llegaron al extremo de recortar tanto los tipos, que la realidad quedaba muy a menudo sin posibilidad de ajustarse a ellos.

Esta línea de pensamiento tuvo implicancias trágicas en el reciente pasado argentino. Los grupos que intentaban cambiar por la fuerza las estructuras políticas y sociales quisieron justificarse en la inoperancia de los jueces para lograr una sociedad mejor. Por su parte, los militares que ejercieron el terrorismo de estado desconfiaron de la supuesta debilidad de los mecanismos legales para mantener el orden y encontraron allí el pretexto para su fanatismo.

Más recientemente se dieron casos de justicia por propia mano de las víctimas de delitos, lo que originó polémica y fallos de dudoso valor, puesto que convalidaron los hechos consumados.

REFLEXION FINAL

El orden jurídico debe ser considerado como una unidad dinámica cuyos diversos elementos se integran armónicamente para lograr el ideal de justicia de la comunidad. En el sistema de división de poderes en que vivimos, cada sector tiene una porción no estática de la capacidad de decidir. El equilibrio es inestable y el resultado de fuerzas divergentes. El poder se desplaza alternativamente de una a otra institución que, según las circunstancias, debe asumirlo plenamente para no generar vacíos donde imperen el azar y la segura injusticia impuesta por los más fuertes.

En ese juego dinámico es esencial el poder de los jueces, que debe funcionar como reaseguro de la buena marcha de las instituciones y constituir un bastión en la defensa de los derechos humanos.

«La independencia judicial en Latinoamérica», Seminario Internacional en Buenos Aires. (Breve reseña de su génesis y realización)

Durante los días 25, 26 y 27 de marzo último ha tenido lugar en Buenos Aires (Argentina) un Seminario Internacional sobre «La Independencia Judicial en Latinoamérica».

Qué duda cabe que el tema de debate ha sido objeto de análisis en otros foros internacionales, pero en esta ocasión han concurrido más circunstancias especiales; que todos los participantes en el seminario eran jueces, que procedían de tres continentes: América, África y Europa, y que su número ha alcanzado la elocuente cifra de 150.

Difícilmente podía pensarse que este seminario pudiera ser realidad en tan corto espacio de tiempo, cuando en junio de 1988, en el III Congreso de la Asociación en Santiago de Compostela, se constituyó la Comisión de Relaciones con Latinoamérica, con el objetivo inicial de localizar y entrar en relación con jueces o asociaciones de jueces de Centro y Sudamérica, inequívocamente demócratas y progresistas, en la perspectiva de una asociación internacional de magistrados por la democracia y las libertades.

Tras un año de gestiones, se consiguió invitar al IV Congreso de San Sebastián, en junio de 1989, a nueve jueces de Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia y Nicaragua, gracias a la colaboración del Instituto de Cooperación Iberoamericana. De este primer encuentro de jueces latinoamericanos integrantes de MEDL, surgió la firma por los asistentes del llamado «Documento de Intenciones de San Sebastián». Diez delegaciones, cinco de ellas con asociación ya organizada (cuatro europeas, Italia, Portugal, Francia y España, y una americana, Colombia), una en representación de la regional europea MEDL, otra, la argentina, en período constituyente, y las tres restantes (Uruguay, Brasil y Nicaragua) a título personal, tras afirmar la necesidad de crear, desarrollar y reforzar vínculos de mutua cooperación, apoyo y solidaridad, se comprometieron a buscar canales de asociación, intercambio cultural y apoyo recíproco.

En tres direcciones esenciales se movían los objetivos de los firmantes del documento. De un lado, a promover y facilitar la difusión de los principios democráticos y pluralistas en sus distintos sistemas judiciales, bajo el presupuesto implícito de que ello no es posible sin la existencia previa de un estado de Derecho.

De otra parte, en la dirección de asegurar la independencia interna y externa de los jueces. Y asimismo, a promover una mayor conciencia de éstos en su función de tutela y protección efectiva de los derechos humanos y consiguientemente de la realización sustancial y no formal de los valores y garan-

tías constitucionales en un estado social y democrático de Derecho.

Se recogía también en dicho documento, sin duda alguna, la primera piedra del gran edificio asociativo en construcción, el motivo impulsor de la asunción de tales compromisos. Todos los asistentes compartían inquietudes sobre la administración de justicia en sus respectivos países, pues ni la justicia, ni el modelo en que se organizaban los respectivos colectivos judiciales les dejaba indiferentes. Como asimismo les animaba la necesidad de desarrollar los valores e ideales de la democracia.

Justicia y democracia latían como dinámica propulsora y objetivo esencial al mismo tiempo.

A lo largo de las sesiones de trabajo que culminaron en este documento de intenciones, se tomaron otros dos acuerdos importantes para el desarrollo de tales intenciones. De un lado, la confección de un anteproyecto de estatutos de una futura Asociación de Magistrados de ámbito internacional, que estuviese animada por las mismas inquietudes y objetivos. Y de otro, la convocatoria de un seminario a celebrar en Buenos Aires, en que se debatiese la independencia judicial en Latinoamérica.

Las aportaciones de los compañeros latinoamericanos allí presentes y las experiencias vividas por algunos de los miembros de *Jueces para la Democracia*, formando parte de comisiones de estudio sobre la situación de los derechos humanos en Centro y Sudamérica y el papel jugado por el Poder Judicial en los países visitados, fueron determinantes de la elección del tema de debate.

Se concibió así que en el seminario, el tema general se desglosase en tres ponencias: la primera, «Juez y sociedad», donde se examinaría la función judicial como tutela de derechos individuales y colectivos y como impulso de progreso democrático, así como la participación del pueblo en la administración de justicia.

La segunda, «Juez y Constitución», para analizar la relación del Poder Judicial con los demás poderes del Estado, así como su función de control y equilibrio constitucional.

Y la tercera, «Estatuto del juez», donde se debatiese sobre la independencia, inamovilidad y responsabilidad del juez, como también sobre el sistema de selección y formación del mismo.

Los compañeros argentinos asumieron el compromiso de proporcionar la infraestructura necesaria para la celebración del seminario, en tanto los españoles aceptamos la tarea de entrar en relación con los otros países del área latinoamericana que no estaban presentes en San Sebastián. Por su par-

te, la delegación portuguesa se responsabilizó de la posible asistencia al seminario de los jueces de África de habla portuguesa.

El proyecto se vio como positivo por el Consejo de Administración de la Asociación Regional Europea MEDL en su reunión en Lisboa con motivo de la celebración del Congreso de la asociación portuguesa de 1990, donde ya asistieron asimismo jueces de Angola y Mozambique.

La Comisión de Relaciones con Latinoamérica de *Jueces para la Democracia*, continuó sus gestiones de entrar en contacto con otros países del área y de recabar los fondos necesarios para su celebración ante la imposibilidad de contar con los provenientes de los posibles países asistentes, dada la inexistencia de asociaciones o estar en período inicial de constitución.

Se realizaron viajes con esta finalidad a Perú, Chile, Paraguay y Ecuador, y se entró en contacto telefónico y epistolar con Venezuela y México. El eco a las propuestas que se les formularon fue rápido y cargado de interés y salvo México, por dificultades ajenas a la voluntad de los jueces contactados, todos estuvieron presentes en Buenos Aires. Participaron asimismo delegaciones de Argentina, Colombia, Brasil, Angola, Mozambique, Portugal, Italia, Holanda, Alemania y España, y una representación de MEDL.

La respuesta económica vino del Gobierno español a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional, del Ayuntamiento de Barcelona, de la Consellería de Justicia de la Generalitat de Catalunya, y de la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid por parte española, y municipalidad de la capital federal y Banco Ciudad de Buenos Aires por parte argentina, que supieron entender la importancia de este encuentro internacional, y a cuyos órganos rectores hacemos llegar desde aquí nuestro reconocimiento.

Finalmente, señalar que el Consejo General del Poder Judicial de España prestó su apoyo institucional al seminario, correspondiendo a la invitación que le cursó la comisión, con la presencia en el mismo de la vocal delegada de Relaciones Internacionales de dicho Consejo.

Como valoración urgente de carácter general,

puede señalarse que se han cumplido los dos objetivos básicos atribuidos a este seminario internacional. En primer lugar, nadie duda del intercambio cultural que se ha producido entre los asistentes, que, partiendo de realidades distintas, han logrado plasmar unas interesantes conclusiones sobre el tema debatido, que se recogen en esta misma revista y que, junto con las ponencias y comunicaciones, serán objeto de la pertinente publicación. Y en segundo lugar, y en la vertiente asociativa, se ha facilitado el conocimiento mutuo de 150 jueces, se ha asumido el compromiso de propulsar el movimiento asociativo de jueces en aquellos países donde no existe o lo es de manera exclusivamente gremialista, y asimismo se ha constituido una comisión gestora, integrada por un representante de Argentina, Ecuador, Brasil y España. A esta comisión gestora le han sido señalados dos líneas de actuación: una, de potenciación y extensión del asociacionismo judicial en Centro, Sudamérica y el Caribe, y otra, del seguimiento de las respectivas realidades asociativas, nacionales y regionales en la perspectiva de la futura constitución de una asociación de magistrados de ámbito mundial.

Será esta comisión gestora la que fijará el próximo encuentro y sus objetivos, habiéndose ofrecido como sede la ciudad de Barcelona (España), dado el papel que la misma va a jugar a escala internacional durante el año 1992.

Para terminar esta reseña del seminario, señalar que fueron aprobadas dos declaraciones finales que asimismo recoge la revista; una, de condena de los nuevos embates racistas y xenófobos que se están detectando en el llamado primer mundo, y la otra, de solidaridad con los jueces colombianos, una de cuyas más apremiantes reivindicaciones como colectivo judicial en la hora presente, es la protección del derecho a la vida y a la integridad física.

Puede afirmarse, por tanto, que el balance del seminario es francamente positivo, obviamente que la responsabilidad asumida por nuestra asociación al aceptar este reto de apertura hacia América Latina ha aumentado de modo importante.

(Antonio DOÑATE MARTIN)

I Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica

Conclusiones

PRIMERA PONENCIA: «JUEZ Y SOCIEDAD»

1. El fortalecimiento del Poder Judicial de los derechos y libertades de los ciudadanos, dentro de un sistema de separación de poderes y en el marco de un Estado soberano pasa por la democratización de la administración de justicia, propiciando la participación institucional del ciudadano en la misma a través de múltiples medios y por la creación de mecanismos que aseguren la transparencia de la actividad judicial.

2. Se reivindica la utilización del proceso como medio de acercamiento entre juez y sociedad y se subraya el papel legitimador de aquél a través de la profundización en los principios de publicidad e inmediatez, así como la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

3. Se considera necesario un proceso de culturalización del juez que además de atender a su formación técnico-jurídica, de relevancia al conocimiento de otras disciplinas sociales, económicas, culturales, etc., que sirvan a una mejor comprensión de la realidad social y contribuyan a adquirir un mayor compromiso con aquélla.

4. Aunque el Poder Judicial necesita de un marco de democracia política y económica para cumplir con su real finalidad garantista, ello no significa que en situaciones de desigualdad e injusticia como las existentes en muchos lugares de la tierra, los jueces deban abdicar de su compromiso en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.

5. Los jueces deben utilizar todas las posibilidades que suministran las Constituciones y los tratados internacionales, para aplicarlos con preferencia a las leyes ordinarias que en tantas ocasiones resultan contradictorias con aquéllos, superando así el legalismo positivista y la concepción de la función de juzgar como una tarea aséptica y neutral descomprometida de la realidad social y las necesidades de la persona.

6. Se rechaza la interesada identificación entre independencia y apolitismo del juez y se reivindica el ingrediente político de la actividad judicial en razón de los márgenes de discrecionalidad que inevitablemente deja abierta la norma, postulando al propio tiempo un estatuto del juez que no mutile o reduzca su condición de ciudadano.

7. Se insiste en el papel de las asociaciones ju-

diciales como instrumentos de participación política de los jueces en la vida social, tanto en el plano nacional como el internacional, a través de un permanente debate sobre la justicia y de la formulación de modelos sobre política judicial.

SEGUNDA PONENCIA: «JUEZ Y CONSTITUCION»

1. No existe Estado de derecho sin la consagración constitucional de un catálogo de derechos y libertades fundamentales, que sea efectivamente vinculante para todos los poderes públicos.

2. Los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos tienen carácter vinculante para todos los poderes públicos.

3. La Constitución y los instrumentos internacionales en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales, como normas de carácter positivo, son de aplicación directa por los jueces y tribunales.

4. Corresponde a la jurisdicción en el Estado de Derecho la tutela y garantía de la efectividad de los derechos fundamentales frente a todos, comprendidos los demás poderes del Estado. No es admisible la existencia de zonas opacas frente al control judicial.

5. Se rechaza expresamente el recurso a fórmulas de legalidad excepcional —estados de excepción o similares— como técnicas de limitación o supresión de las garantías y libertades y de la tutela jurisdiccional de las mismas.

6. Sólo podrá hablarse de jurisdicción como función del Estado de Derecho allí donde se encuentre constitucionalmente garantizada la independencia judicial.

7. La independencia judicial exige que los jueces y tribunales gocen a su vez de un estatuto de verdadera independencia dentro de la propia organización judicial, que sitúe su quehacer jurisdiccional a salvo de interferencias jerárquicas y administrativas.

8. La independencia judicial requiere que constitucionalmente se garantice la suficiente dotación presupuestaria para el ejercicio de la función jurisdiccional y una retribución digna para los integrantes del poder judicial. Las correspondientes partidas

presupuestarias serán objeto de reajustes periódicos.

9. La función jurisdiccional se ejerce a través del proceso. Por eso, las garantías procesales tendrán rango constitucional. Entre éstas, en concreto, las de presunción de inocencia, derecho de defensa, oralidad, intermediación, publicidad, contradicción e igualdad de partes.

10. La observancia de las garantías procesales es condición imprescindible para la averiguación de la verdad, a la que debe orientarse la función jurisdiccional.

11. La función jurisdiccional comprende el control de constitucionalidad de las leyes. A tal efecto, corresponderá a los jueces y tribunales la facultad de declarar la eventual inconstitucionalidad de la ley en el caso concreto. Asimismo la de promover cuestiones de inconstitucionalidad ante el órgano que corresponda. Es también función de la jurisdicción ejercer el control de legalidad de los actos de la administración.

12. Se estima imprescindible promover la participación popular en la administración de justicia, a través de fórmulas como la implantación del jurado y el potenciamiento de la figura del juez de paz comunal o vecinal, siempre a tenor de las distintas realidades nacionales.

13. Es obligación del Estado garantizar las condiciones que hagan posible el ejercicio de la función con verdadera independencia. Ante el carácter especialmente dramático de algunas realidades nacionales, es preciso señalar que la primera garantía que el Estado debe prestar al juez es la de la propia vida y la integridad personal.

14. Los jueces tienen el deber constitucional ineludible de velar por la efectividad de los derechos fundamentales.

15. Los jueces resolverán las cuestiones que se les sometan con riguroso respeto de las garantías procesales e inspirándose para la composición de los intereses materiales en conflicto en los valores superiores de libertad e igualdad sustanciales.

16. Los valores del ordenamiento democrático deberán informar el ejercicio de la función jurisdiccional. Así los jueces están obligados a dar a ésta el máximo de transparencia.

17. Los jueces motivarán cuidadosamente sus resoluciones. Tanto en lo que se refiere al tratamiento de las cuestiones de hecho —adquisición y valoración de las pruebas— como a los aspectos de derecho. Y lo harán dando cuenta de la verdadera razón de sus decisiones y de modo que, no obstante las exigencias técnico-jurídicas, aquéllas puedan ser comprendidas por los ciudadanos.

18. Los jueces tienen como ciudadanos el derecho y el deber de ejercer la crítica de las resoluciones judiciales.

TERCERA PONENCIA: «ESTATUTO DEL JUEZ»

1. Que las garantías de independencia, inamovilidad e intangibilidad de remuneraciones, así como el aseguramiento de adecuadas prestaciones sociales o previsionales de los jueces para asegurar el ejercicio de la magistratura en la preservación de los derechos humanos e individuales, constituya un capítulo de las constituciones que se dicten por asambleas constituyentes, o que se incorporen en las constituciones vigentes, o que se mantengan en aquellas que lo tienen así consagrado.

2. La garantía de independencia de los jueces debe consistir en la previsión de mecanismos institucionales, capaces de asegurar que el juez sea efectivamente sujeto, sólo a la *Constitución* y *ley*. En particular organizando el acceso a la función a los diversos puestos de la magistratura, de modo que sean sustraídos a cualquier forma de discrecionalidad de los otros poderes, incluido el propio vértice del poder judicial.

3. Esta garantía incluye prever, además, que las acciones de carácter disciplinario que se emprendan contra los magistrados sean juzgadas por órganos independientes del poder legislativo, del ejecutivo y del vértice del poder judicial, mediante juicio que les garantice el pleno ejercicio del derecho de defensa.

Las infracciones disciplinarias y las sanciones de ese carácter deberán ser previamente determinadas por la ley. No podrán ser sancionados disciplinariamente aquellos comportamientos que consistan en el ejercicio de libertades fundamentales. En ningún caso el contenido de la decisión podrá ser objeto de sanción disciplinaria.

Deberá asegurarse a los jueces el disfrute de las libertades fundamentales y en particular la de asociarse libremente entre sí y la de expresar libremente su propio pensamiento.

4. Debe preverse que el mismo estatuto de independencia estipulado para los jueces sea de aplicación a los integrantes del ministerio público.

5. La autoridad judicial debe disponer de una policía judicial y de cuerpos técnicos periciales, totalmente independientes de los otros poderes.

Aclaración: todas las conclusiones precedentes han sido adoptadas por unanimidad, a excepción de la relativa al acceso a la función, que ha sido adoptada por mayoría.

I Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica

Declaración sobre Colombia

Reunidos en Buenos Aires, República Argentina, durante los días 25, 26 y 27 de marzo de 1991, ante la situación por que atraviesa el Poder Judicial de Colombia, resuelve declarar lo siguiente:

1. Condenar la violación generalizada de los derechos humanos en ese país, lo cual constituye una afrenta directa contra la democracia y las libertades, la cual se agrava con el asesinato perpetrado en las personas de magistrados, jueces y empleados, así como las amenazas actuales contra jurisdicciones enteras, en lo que significa un proceso acelerado de deterioro de las bases del Estado de Derecho.

2. Declarar la preocupación por la orientación que en la actualidad ha dado el ejecutivo de Colombia a la legislación, expresada en:

2.1. La expedición de decretos excepcionales, con base en la antidemocrática institución del «estado de sitio», que terminan con los principios generales del derecho procesal y de defensa, tal como lo plantea el recientemente expedido Estatuto para la Defensa de la Justicia, que en última subvierte la estructura democrática de las instituciones y abre las posibilidades de estructuración autoritaria de la aplicación de justicia.

2.2. La presentación ante las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, reuni-

da en estos días, en la ciudad de Bogotá, de un proyecto de reforma a la constitución política del Estado, que busca casi que con exclusividad, terminar con la relativa independencia de que goza el Poder Judicial, al pretender la creación de una Fiscalía General de la Nación, una Corte Constitucional y un Consejo Superior de Administración de Justicia, mecanismos mediante los cuales se busca desligar al juez del control de las investigaciones criminales, ejercer un control eminentemente político sobre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia e introducir el manejo del ejecutivo en la designación de magistrados y jueces.

3. Exhortar al Gobierno de la República a que se comprometa decididamente en la preservación de la unión de los jueces de Colombia, porque sólo así se logrará salvar el Estado de Derecho y la democracia, mediante la demostración de una voluntad política tendente a encontrar mecanismos expeditivos para garantizar lo más preciado de los jueces: su existencia.

4. Hacer un llamamiento democrático al Gobierno de Colombia, y a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, para que las nuevas reformas a la Constitución política impliquen el respeto a la transmisión del poder público, la independencia de la función judicial y el remozamiento democrático del Poder Judicial.

I Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica

DECLARACION SOBRE RACISMO Y XENOFOBIA

Este colectivo judicial manifiesta su expreso y rotundo rechazo a las corrientes de xenofobia y racismo que nuevamente vuelven a recorrer los países del llamado primer mundo y que se plasman en emergentes barreras de tipo ideológico, económico,

policial o contra la inmigración y permanencia en aquél de ciudadanos procedentes de países marginados en el concierto mundial.

Asimismo se repudia la discriminación que tiene lugar en algunos países latinoamericanos frente a comunidades nativas y campesinas, lo que genera formas de justicia paralelas que suponen una quiebra en el monopolio estatal de la función de juzgar.

APUNTES*

• Prudencia, coordinación, el Pisuerga y Valladolid

El presidente del Consejo General del Poder Judicial, Pascual Sala, parece que la ha armado casi nada más empezar.

Primero recomienda *prudencia* en Granada, con el asunto del PER como telón de fondo. Después, para arreglarlo, lo repite y explica en el Centro de Estudios Judiciales —la Escuela, para entendernos—; donde, además, encarece a los alumnos de la última promoción que ejerzan su función jurisdiccional «no frente a los otros poderes, sino en coordinación con los otros poderes».

Ocorre, aunque quizá no se halle escrito en ninguna parte, que las palabras, como las pistolas, las carga el diablo.

Eso cuando no están ya cargadas... de pasado. Y es que invitar en este país a los jueces a la «coordinación», después del artículo 2.11 de la franquista Ley Orgánica del Estado, ¡es una pasada! Presidencial, pero una pasada.

Sucede lo mismo con la *prudencia*. Porque dicho, por ejemplo en latín, aderezado con aquello del jurista como *iusprudens* o incluso *prudentialis*, para rematar la faena con lo de *divinarum atque humanorum rerum notitia*; en la atmósfera intemporal del Parador de Sigüenza y en el discurso de clausura de una convención de jueces de paz, es un ejemplo, habría quedado tan propio.

Pero *prudencia* a secas en castellano, en Granada, y precisamente ahora... Es como animar al Pisuerga a darse un vuelta por Valladolid.

• También presos

La mezquindad de ciertos afiliados a UGT de prisiones y la ligereza de algún periodista de una conocida agencia de noticias, han hecho posible que tuviera eco en los medios de comunicación un infundio que, si no por imperativo deontológico, al menos por prudencia debería haber sido contrastado con la vilipendiada: en este caso la juez Manuela Carmena.

La juez de vigilancia penitenciaria n.º 1 de Madrid, al decir de sus difamadores, no perseguiría con su trabajo otro objetivo que obstaculizar el de la Administración penitenciaria, en particular dispensando

un claro trato de favor a los internos más peligrosos...

Manuela Carmena ha respondido que se limita a interpretar la legislación vigente con criterios constitucionales. Y en el orden práctico ha puesto de relieve que en varios años y después de más de 300 permisos de salida concedidos sólo tres o cuatro de los favorecidos por ellos dejaron de regresar a la prisión.

Curiosamente ha tenido que recordar a los irresponsables funcionarios sindicados que, a pesar de la coincidencia en el nombre, uno de los más conocidos jefes de fila de la mafia colombiana de la coca no tiene nada que ver con un señor de Toledo. Mal que no sepan a quién tienen dentro, pero ¡que no lean la prensa!

La lectura del libelo, aparte otro tipo de consideraciones, lleva a una desalentadora conclusión: sus autores podrían estar aún más presos que aquéllos a cuya vigilancia se dedican profesionalmente. Presos de una concepción retro-carcelaria de su cometido profesional; de un sentido bastante miserable de la libertad de crítica y del derecho a la información; presos, por tanto, de un preocupante déficit de cultura democrática... Circunstancias todas que hacen de ellos unos *internos* de muy difícil rehabilitación.

• Presunción de inocencia reforzada (y remunerada)

Una gestora de seguros, a través de la *Asociación Profesional de la Magistratura*, ha ofrecido a los miembros de la judicatura una fórmula particularmente beneficiosa en el ramo del automóvil, que dos compañías estarían dispuestas a dispensar.

La oferta de una sustanciosa rebaja en la prima —que es de lo que se trata— tiene una sutil fundamentación ético-jurídico-estadística, que adopta la forma de una presunción favorable al estamento judicial considerado *sub specie* de colectivo al volante.

Las aseguradoras, al parecer y según informa la *APM*, han decidido orientar su política comercial por el criterio del *bonus-malus* (¿traducción a términos de *marketing* de la lógica amigo-enemigo?), con el objeto de elaborar una lista negra de conductores de alto riesgo por la forma imprudente de comportarse. Estos resultarían debidamente penalizados

* Sección a cargo de la Redacción

mediante la elevación del precio de su seguro.

De este modo, el común de los mortales va a ser adecuadamente calificado y clasificado por los aseguradores —¿un censor más?—, evidentemente, a la vista de su modo de conducirse. Es decir, *a posteriori*.

Ahora bien, las dos compañías a que se ha hecho mención han decidido eximir de semejante enjuiciamiento a los jueces, reconociéndoles *a priori* una presunción de no siniestralidad que los hace merecedores de la directa integración en el área del *bonus*. O lo que es lo mismo, los discrimina favorablemente con una presunción de inocencia reforzada. Y, consecuentemente, *remunerada* como se ha dicho.

Se da la circunstancia de que los jueces, aparte de por su prudencia, templanza, ponderación, morigeración, decoro y otras virtudes orgánicas, se caracterizan también por ser los encargados de *administrar* una parte sustanciosa de los fondos de las atribuladas —y en este caso comprensivas— aseguradoras. ¿Es posible que la APM no haya caído en la cuenta? Las generosas entidades diríase que sí.

• ¿Tenencia lícita de armas?

La Audiencia Provincial de Santander dicto en 1986 sentencia en un truculento asunto. En ella el tribunal llegaba a la conclusión de que R, separado de su esposa y ligado sentimentalmente a otra mujer, no pudo, sin embargo, soportar que aquella hiciera lo propio con un tercero. Por eso, tomó la decisión de contratar por persona interpuesta a un *killer* que diera un escarmiento al entrometido, sin excluir la más radical de las posibilidades. Al fin fueron dos los contratados y, por lo que parece, pusieron manos a la obra mediante una serie de operaciones de vigilancia y seguimiento.

En esas andaban, cuando la Policía, merced a una intervención telefónica autorizada, tuvo conocimiento del asunto y detuvo a todos los implicados; encontrando en poder de uno de ellos un revólver para cuya posesión no estaba habilitado.

La sentencia fue condenatoria por el delito de conspiración para el asesinato en el caso de todos los implicados y también por tenencia ilícita de armas, en el supuesto de uno de ellos.

Recurrida la sentencia en casación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, tras una serie de consideraciones acerca de la naturaleza de la conspiración delictiva y de su previsible tratamiento limitativo en el futuro Código penal, así como por entender que no hay mucha base para inferir qué tipo de delito quera llevarse a cabo, decide casarla... *en su totalidad*.

Después, dicta la segunda sentencia que, naturalmente, es absolutoria.

En los medios del tribunal de instancia ha cundido cierta perplejidad y se preguntan que habrá sido de ese contundente elemento objetivo del atestado que debió ser el revólver.

En fin, pelillos a la mar. Y tratándose de Santander... pues al Cantábrico.

• Tener o no tener... un pincho

El jefe de Servicios del Centro Penitenciario de Preventivos de Salamanca formuló pliego de cargos el pasado mes de diciembre contra un interno, debido a que «tenía en su poder un pincho» y puesto que esa conducta podría, a la luz del artículo 109.F del Reglamento Penitenciario, constituir falta grave.

La Junta de Régimen y Administración de ese establecimiento, días después, acordaba por unanimidad imponer al denunciado la sanción de dos fines de semana de aislamiento, al considerarle responsable de aquella infracción.

Vistas así las cosas, cualquiera diría que no fue para menos.

Y será por eso por lo que el fiscal, al recibir el traslado de la impugnación formulada por el preso, solicitó la confirmación de la sanción.

El curso de este aparentemente anodino y, como se verá en seguida, descabellado expediente encontró su momento de racionalidad en la intervención del juez de vigilancia penitenciaria de Valladolid. Este, sin más esfuerzo que el de leer el parte del funcionario que sorprendió al interno en la situación sancionable, pudo comprobar que el denunciado tenía, sí, un pincho, pero, como el mismo decía al recurrir: *clavado en la pared abdominal de mi cuerpo*.

• Otra de presunción de inocencia

El director general de la Guardia Civil ha comparecido en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, donde ha tenido que informar de la situación del teniente coronel Masa, condenado a pena de seis años de inhabilitación por sus responsabilidades en el «caso Linaza». Con un criterio constitucionalista a ultranza que le honra, ha sostenido que los miembros de la benemérita institución, aún condenados en primera instancia, siguen gozando del derecho a la presunción de inocencia en tanto que la sentencia no adquiera firmeza. Es la razón de que aquel oficial siga desempeñando sus funciones en ese instituto y en este momento en el extranjero.

Por coherencia, a partir de esa toma de posición, ha cursado —se dice— órdenes a todas las fuerzas que de él dependen para que —dado el carácter irreversible de la privación de libertad incluso cuando es provisional— se abstengan de practicar detenciones, limitándose en lo sucesivo a facilitar las señas de identidad y el domicilio de los denunciados como posibles infractores de normas penales.

Y puesto que para el director general de la Guardia Civil merece tanto respeto como el de presunción de inocencia el principio de igualdad, tiene previsto sugerir al Fiscal del Estado que los fiscales soliciten de los jueces a partir de ahora el cese de todas las medidas que impliquen privación cautelar de derechos, incluso cuando los imputados no pertenecan a la Guardia Civil.

Se estudia también la posibilidad de establecer un sistema de colocaciones temporales en el extranjero a cargo del Estado para quienes se encuentren en ese tipo de situaciones, como forma de favorecer ya anticipadamente los procesos de reinserción. Esto en vista del excelente resultado que, al parecer, está obteniéndose en un caso piloto que en estos momentos se ensaya con carácter experimental.