

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

**M. A. Aparicio**, El control de los nombramientos de los consejeros del Poder Judicial. **G. Portilla Contreras**, La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial. **M. Carmona Ruano**, Aspectos administrativos de la Ley sobre Seguridad Ciudadana. **M. Fernández Bermejo**, Vigilantes jurados. **M. A. García Herrera**, Intereses difusos y función mediadora. **A. Vercher Noguera**, Convenio de Washington y nuevo delito contra el medio ambiente. **R. S. Manzana Laguarda**, Heráldica y autonomía universitaria. **J. B. Maier**, Víctima y sistema penal. **T. Iglesias**, Valor jurídico de las normas deontológicas. **J. A. Martín Pallín**, Barreras ético-jurídicas a la investigación clínica y farmacéutica. **M. Fernández Martín-Granizo**, Una edad familiar y socialmente menospreciada. **S. Senese**, Formación de los magistrados y asociaciones profesionales. **N. Casís Martínez**, La situación de la justicia en Ecuador.

**En este número:** Miguel A. Aparicio, *catedrático* de Derecho Constitucional (Barcelona).  
Miguel Carmona Ruano, *magistrado*. Tribunal Superior de Justicia (Sevilla).  
Nicolás Cassís Martínez, *magistrado* (Ecuador).  
Mariano Fernández Bermejo, *fiscal*. Tribunal Supremo.  
Mariano Fernández Martín-Granizo, *magistrado* jubilado del Tribunal Supremo.  
Miguel A. García Herrera, *catedrático* de Derecho Constitucional (Bilbao).  
Tomás Iglesias, *abogado* (Sevilla).  
Julio B. Maier, *catedrático* de Derecho Procesal (Buenos Aires).  
Rafael S. Manzana Laguarda, *magistrado*. Tribunal Superior de Justicia (Valencia).  
José Antonio Martín Pallín, *magistrado* del Tribunal Supremo.  
Guillermo Portilla Contreras, *profesor titular* de Derecho Penal (Granada).  
Salvatore Senese, *magistrado*. Corte di Cassazione (Roma).  
Antonio Vercher Noguera, *fiscal*. Tribunal Superior de Justicia (Valencia).

### **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: 800 ptas. (IVA incluido).

Suscripción anual: 2.000 ptas. (3 números).

Extranjero: 3.000 ptas.

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

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>Debate</b> .....	3
— <i>El control del nombramiento de los consejeros del Poder Judicial</i> , Miguel A. Aparicio.	
— <i>La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el proyecto de ley de protección de la seguridad ciudadana</i> , Guillermo Portilla Contreras.	
— <i>Notas de urgencia sobre aspectos administrativos del Proyecto de Ley Orgánica sobre «Protección de la Seguridad Ciudadana» (sic)</i> , Miguel Carmona Ruano.	
— <i>Vigilantes jurados: una normativa insuficiente</i> , Mariano Fernández Bermejo.	
— <i>Intereses difusos, intereses colectivos, función mediadora</i> , Miguel Angel García Herrera.	
— <i>El convenio de Washington y el nuevo delito contra el medio ambiente</i> , Antonio Vercher Noguera.	
— <i>La heráldica: un nuevo límite a la autonomía universitaria</i> , Rafael S. Manzana Laguarda.	
<b>Estudios</b> .....	31
— <i>La víctima y el sistema penal</i> , Julio B. Maier.	
— <i>El discutible valor jurídico de las normas deontológicas</i> , Tomás Iglesias.	
— <i>Barreras ético-jurídicas a la investigación clínica y farmacéutica</i> , José Antonio Martín Pallín.	
— <i>Reflexiones sobre una edad familiar y socialmente menospreciada</i> , Mariano Fernández Martín-Granizo.	
<b>Teoría/práctica de la Jurisdicción</b> .....	79
— <i>Asunción: jurisdicción y fuerza bruta</i> .	
<b>Internacional</b> .....	83
— <i>La formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales. ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad?</i> , Salvatore Senese.	
— <i>La situación de la justicia en Ecuador</i> , Nicolás Cassis Martínez.	
<b>Apuntes</b> .....	91
— <i>La Legión: orgullo y prejuicio</i> .	
— <i>A grandes males, grandes remedios</i> .	
— <i>Con versos al ministro</i> .	
— <i>Publicidad o espectáculo</i> .	
— <i>Aviso</i> .	
— <i>De un Juez miedoso en Donosti</i> .	
<b>SEPARATA: Materiales del VI Congreso de JUECES PARA LA DEMOCRACIA</b> .....	Páginas centrales

# DEBATE

## El control del nombramiento de los consejeros del Poder Judicial

Miguel A. APARICIO

Tal vez, cuando el entonces magistrado constitucional Angel Latorre redactó, como ponente, la sentencia 108/86 estaba convencido, dado su natural optimista, de que el otorgamiento de un exceso de poder no era necesariamente perverso. Y, quizás por eso también, la sentencia declaró la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (en que, como es sabido, se atribuye al Congreso y al Senado su propuesta en exclusiva por mayoría de tres quintos). Esta opinión la compartieron todos los demás miembros del Tribunal y, en consecuencia, no se produjo voto particular alguno.

Ahora bien, remedando a Gramsci, el optimismo de la voluntad no es incompatible con el pesimismo de la razón y, por ello, la sentencia se curaba en salud: venía a decir que, en sí misma, la Ley Orgánica no era inconstitucional, pero que todo dependía de cómo se aplicara; porque, efectivamente, se podía aplicar de forma inconstitucional. Y, para evitarlo, delimitaba el supuesto concreto de esa posible inconstitucionalidad: «se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada en la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido (el reflejar el pluralismo existente en el seno de la sociedad y muy en especial en el seno del Poder Judicial, había indicado antes) y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, *atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos*» (fundamento jurídico 13).

Con la perspectiva que conceden los meses transcurridos desde el último nombramiento de los miembros del Consejo, podemos preguntarnos: ¿Se olvidó ese objetivo y actuó con criterios no admisibles para proceder a la designación de tales miembros? Por todas las noticias de prensa así es como se procedió: los periódicos diarios llegaron a publicar el cupo concreto de cada uno de los partidos y los nombres que acompañaban al correspondiente lote («lottizzazione» en la práctica y denominación italianas; incluso la «conventio ad excludendum» sobre

Izquierda Unida añadió una pintoresca nota más de origen itálico). Si ello ha sido así —y así parece—, la conclusión es evidente: las Cortes Generales realizaron una conducta que el Tribunal Constitucional considera contraria a la Constitución.

Pero no basta disentir del parecer del Tribunal Constitucional para que la actuación de un Poder Público sea inconstitucional. Realiza aquél comentarios e incluso imparte frecuentes consejos que pueden ser desoídos sin que ello genere efecto negativo alguno: las observaciones hechas de pasada («obiter dicta») o las reflexiones generales sobre determinadas cuestiones que no sirvan de fundamento a la sentencia carecen de cualquier repercusión, salvo la que se derive de su propia autoridad moral. Existen, sin embargo, otros supuestos en que ese parecer es perfectamente vinculante: cuando interpreta la Constitución, esa interpretación se impone a todos (poderes públicos y personas privadas); y cuando esa interpretación es una propuesta normativa positiva o negativa (es decir, cuando delimita el ámbito de lo que es conforme a la Constitución y de lo que no lo es) está creando una auténtica norma jurídica con carácter superior incluso al de las disposiciones legislativas. Y ésta es justamente la operación que realizó el Tribunal Constitucional: admite de forma expresa que la ley «*hace posible, pero no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional*» y, a la vez, advierte que tal actuación, en los términos que se recogían al principio, sería inconstitucional. En definitiva, la norma que dicta es la siguiente: las Cámaras no pueden, bajo sanción de inconstitucionalidad, efectuar sus propuestas «*olvidan(do) el objetivo perseguido...*», etc. Y, precisamente, porque la ley no autoriza ese tipo de comportamiento, que el Tribunal prohíbe, esa misma ley es declarada constitucional.

¿Se equivocó el Tribunal?: no. Lo que pasa es que no se le ha hecho el menor caso.

Sucede, sin embargo, que nuestro sistema jurídico-constitucional puede dar bastante de sí y es reactivo a que puedan quedar inmunes e impunes los actos contrarios a la Constitución, aunque provengan formalmente de las Cortes Generales (en realidad, es bien sabido que materialmente provienen de los

partidos y, más aún, de los partidos que ejercen el poder). En todo caso, el que determinados actos queden sin control se debe, en la mayoría de las ocasiones, más a una falta de voluntad política o social que a una auténtica imposibilidad generada por el sistema constitucional.

A mi juicio, eso es lo que ocurre con el nombramiento de los consejeros del Poder Judicial. Tras la oleada de críticas de diverso signo y procedencia y las correspondientes justificaciones, más o menos afortunadas todas ellas, la cuestión se ha tranquilizado —cuando no olvidado— por el simple paso de los días; pero las frustraciones continúan, sin que el olvido sea la mejor arma para reforzar la legitimidad de las instituciones. Si lo que se está planteando es algo que afecta a la esencia misma de la recta interpretación de la Constitución, en tales casos puede y debe hacerse intervenir al Tribunal Constitucional como cauce abierto a la participación ciudadana directa (esa energía de la sociedad civil o ciudadana que con tanta frecuencia como vacuidad se invoca) y como instrumento de protección de las minorías.

Y —siempre en mi opinión— es evidente que, pese a determinadas pero sólo aparentes dificultades, ese control procedía en el caso de que estamos hablando: por un lado, las propuestas de nombramiento son actos o disposiciones sin valor de ley realizadas por cada una de las Cámaras (art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); por otro, inciden en el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 de la Constitución); finalmente, existen también personas directamente afectadas por tales decisiones: todos los jueces y magistrados, en cuanto reciben la acción de gobierno de un órgano nombrado con pretendido vicio de inconstitucional. Todo ello configura el supuesto típico de un *recurso de amparo* que podrá ser interpuesto *de manera directa* ante el Tribunal Constitucional por esas personas afectadas y, además, por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

El razonamiento de cada uno de esos puntos excede, como es lógico, a este tipo de comentarios. Sólo quiero poner de relieve el aspecto tal vez más discutible de la cuestión: se puede entender, en efecto, que no nos hallamos ante ningún supuesto de posible violación de un derecho fundamental porque aquí no se ha vulnerado derecho subjetivo alguno de los nombrados (hay que suponer que, unos más y otros menos, se encuentran satisfechos por ese nombramiento). Pero, si ese nombramiento se halla viciado de inconstitucionalidad, será jurídicamente nulo y, por lo tanto, habrá excluido ilegítimamente de la posibilidad de acceso a ese cargo público, al menos, a todos los demás jueces y magistrados que no han sido designados. Pero es que, además, el derecho fundamental no sólo configura facultades subjetivas: forma parte del orden objetivo constitucional (lo ha indicado repetidamente el Tribunal) y su lesión ha de ser sanada por los mecanismos que garantizan el contenido del derecho constitucionalmente declarado. Y, como la Ley Orgánica del Poder Judicial no permitía las propuestas

de nombramiento en la forma y con los fines en que se hizo (repito: si ello es cierto), se ha lesionado objetivamente el artículo 23.2 de la Constitución y el Tribunal Constitucional deberá amparar a los sujetos afectados declarando la nulidad del nombramiento.

En contra de lo que acabo de afirmar puede invocarse la doctrina del propio Tribunal: precisamente, sobre este mismo tema, el auto número 943/1985, de 18 de diciembre, acordaba la inadmisión de un recurso de amparo, presentado por la Asociación Profesional de la Magistratura (recurso que encabezaba el actual magistrado constitucional J. Gabaldón López), en el que solicitaba amparo directo por pretendida vulneración del artículo 23.1 y 2. de la Constitución cometida por la LOPJ. La inadmisión se fundamentó en falta de legitimación activa de los recurrentes desplegando un razonamiento que, en principio, es del todo correcto. Extracto los dos párrafos que condensan la doctrina allí expuesta:

«... conviene observar que, si bien de un modo genérico el artículo 162 de la Constitución facilita el acceso al recurso de amparo a quienes tengan para ello interés legítimo, la norma constitucional ha de entenderse necesariamente coordinada con la del artículo 53, que instituye el recurso como un medio para recabar "la tutela de las libertades y derechos", de suerte que *no puede ser la misma situación cuando se trata de tutela de libertades que cuando se trata de tutela de genuinos y propios derechos subjetivos*. En el primer caso el círculo de los posibles sujetos de amparo lógicamente es más amplio. No ocurre lo mismo, sin embargo, en el segundo caso, en que *el amparo pertenece estrictamente al titular del derecho fundamental violado y sólo de manera excepcional a las personas a quienes la ley faculta para ejercitar el derecho ajeno* (v. gr., *Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal*).

»Así, el derecho reconocido por el artículo 23 de la Constitución sólo es ejercitable por los sujetos de tal derecho que lo hayan visto lesionado en un concreto momento, o que entiendan que ha sido lesionado, *sin que pueda extenderse la posibilidad de petición de amparo a terceras personas*, cualquiera que sea la relación que mantengan con los primeros y el interés que en términos generales puedan esgrimir» (f. j. 1).

A pesar de estas tajantes afirmaciones de las que pudiera desprenderse la falta de legitimación de quienes no hubieran sido propuestos para ocupar el cargo de consejero, a mi modo de ver no cabe extraer una conclusión de ese tipo. En primer lugar, porque, evidentemente, el supuesto concreto que ahora analizamos es muy distinto del que dio lugar a ese auto en que se pretendía nada menos que impugnar directamente la constitucionalidad de la LOPJ. En segundo lugar porque aquí sí existen unos titulares directos del derecho fundamental, designados incluso constitucionalmente (todos y cada uno de los jueces y magistrados, ex. art. 122.3 CE). Y, por último, porque el negar su legitimación activa supondría consagrar la inmunidad de las Cortes frente a la Constitución con la correspondiente grave quie-

# B.D.A.

BASE DE DATOS ARANZADI

## LEGISLACION

BASE DE DATOS ARANZADI

### Legislación

TEXTO COMPLETO  
E INDICES

ARANZADI  
EDITORIAL

## LA INFORMACION REFERENCIAL Y EN TEXTO INTEGRO MAS COMPLETA.



# UNICA BASE DE DATOS EN ESPAÑA CON INFORMACION LEGISLATIVA DESDE 1930.

## CONTENIDO:

Esta base de datos contiene:

1. Una **COMPLETA INFORMACION REFERENCIAL** sobre fechas, disposiciones, órganos emisores, publicaciones, y resúmenes desde 1930 hasta la actualidad. Permite la consulta de un total de más de 120.000 disposiciones: Leyes Orgánicas, Leyes, Reales Decretos, Decretos, Reglamentos, Ordenes Ministeriales, etc.
2. EL **TEXTO COMPLETO** de todas las disposiciones de los años 1990 y 1991 por lo que podrá **visualizar** cada disposición sin necesidad de acudir a los volúmenes ya que reproduce íntegramente su contenido. Cada disposición está referenciada al Repertorio Cronológico de Legislación y al B.O.E., y próximamente al Diccionario de Legislación y su Apéndice 1975-1985.

## INFORMACION COMPLETISIMA.



Este compact disc le permite consultar, visualizar e imprimir la siguiente información sobre disposiciones:



1.- Referencial por conceptos, fechas, disposición, publicación, órganos emisores y descriptores asociados.

2.- Textos sobre análisis y resúmenes.

3.- El texto Completo de cada disposición.

## LA PRIMERA Y UNICA CON TEXTO

## COMPLETO DE LEGISLACION.

Ya puede prescindir de la búsqueda en el volumen de las disposiciones deseadas porque ahora podrá consultar, visualizar e imprimir cualquier información en **TEXTO COMPLETO** con los gráficos, formularios o imágenes que contenga esa norma concreta.

# ARANZADI EDITORIAL

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

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

Solicite, sin compromiso, más información  
**BONO RESPUESTA** Ref. 1 S.  
Sr. Dirección  
Tel. Ciudad C. Postal

bra del Estado de Derecho que ella misma establece.

Sin duda, como digo, el razonamiento no debería quedarse aquí e, incluso, tendría que extenderse a otros elementos no contemplados (el curioso vaciamiento que se ha venido haciendo del concepto «reconocida competencia» en cuanto requisito de los candidatos al cargo de consejero, al entender que la competencia se les reconocía por el hecho de nombrarles (!); o el entender también que la exigencia de quince años de ejercicio en la profesión de jurista debía contabilizarse a partir de la obtención del

título de licenciado en derecho, como si el título —¡qué más quisieran los licenciados!— llevara aparejada la profesión, etc.). No extraña, así, que hace pocas fechas el presidente del Tribunal Constitucional —al hablar de la cercana renovación de algunos de sus miembros— advirtiera de la necesidad de que no se produzcan cuotas de reparto entre las diversas fuerzas políticas: a través de tal mecanismo se puede ir degradando la competencia técnica de los así nombrados y, desde luego, se pierde necesariamente no sólo independencia, sino también legitimidad y autoridad.

# La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el Proyecto de Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana

Guillermo PORTILLA CONTRERAS

El artículo 17.1 de la Constitución española establece que: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». El desarrollo de este precepto se encuentra, fundamentalmente, en los artículos 492 y 495 de la LECr que configura las dos únicas posibilidades de privación lícita de libertad: la detención por delitos y la detención por faltas.

Ahora bien, junto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Orden Público de 1959 ha venido regulando tradicionalmente tres clases de detención: la efectuada por cometer o intentar cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, la basada en la desobediencia a las órdenes dadas directamente por la autoridad o sus agentes en relación con actos de orden público y, finalmente, la privación de libertad derivada de la responsabilidad penal subsidiaria, como consecuencia de no hacer efectiva la multa impuesta por razones de orden público. De los tres tipos de detención expuestos, el último, referente a la responsabilidad penal subsidiaria, fue derogado por el decreto de 25 de enero de 1977.

Pese a esta regulación, en el ordenamiento jurídico español no existe, hasta el momento, precepto alguno que permita a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado llevar a cabo «retenciones» individuales a efectos de identificación, ni «redadas» masivas con finalidad de identificación y registro.

En relación directa con estas materias, en el Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, —que pretende, entre otros objetivos, la derogación de la actual Ley de Orden Público—, aparecen ciertas formas de privación de libertad que son las siguientes:

- a) La detención de perturbadores del orden.
- b) La detención con finalidad de identificación y confiscación de pruebas mediante la existencia de controles policiales.
- c) La detención efectuada en redadas.
- d) La detención de sospechosos con la finalidad de efectuar registros.
- e) La detención realizada con la finalidad de investigar la identidad de un ciudadano.

Estas figuras, inspiradas algunas en el decreto procesal-penal alemán —*Kontrollstelle*, detención de perturbadores y sospechosos, retención administrativa— y otras en el derecho procesal-penal italia-

no —acompañamiento coactivo—, responden a la idea, desgraciadamente generalizada en los países pertenecientes a la fase del capitalismo tardío, consistente en la creación de una legislación que transforma lo excepcional en normal y la «seguridad jurídica» en «seguridad ciudadana».

El primero de los métodos de privación de libertad que establece el Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana aparece descrito en el apartado primero del artículo 19 y consiste en la posibilidad que se otorga a los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad de «limitar» o «restringir», *durante el tiempo que sea imprescindible*, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos de aquellas personas que alteren el orden público, la seguridad ciudadana o la tranquilidad pública.

Esta clase de detención, basada en el párrafo 164 del StPO alemán que regula la detención del *Anscheinsturger*, presenta ciertas dudas en cuanto a su probable inconstitucionalidad. En primer lugar, si se asimila el concepto de seguridad ciudadana, previsto en el artículo 104.1 de la Constitución, a los de orden público, seguridad y tranquilidad pública en los artículos 1 y 149.1.29 de la LOCE y la Constitución, respectivamente, la conclusión no puede ser otra que la ampliación de la privación de libertad no sólo a aquellos casos caracterizados por la presencia de indicios racionales de criminalidad, sino también a supuestos en los que no se sospecha que el autor de la acción haya cometido un ilícito penal.

Cabe realizar, por tanto, dos planteamientos diferentes. Por un lado, puede interpretarse que cuando el artículo 19 apartado primero hace referencia a la detención por actos contrarios al orden público, está limitando el ámbito de actuación gubernativa a la necesidad de que tales conductas se hallen ya reguladas en la LECr en los supuestos que se mencionan a continuación: delito con flagrancia del artículo 492 en relación al número 2 del 490, cuando no siendo flagrante existen motivos bastantes de criminalidad (492.4), o finalmente, en el 495, cuando siendo constitutiva de falta no se identifique o entregue la fianza solicitada.

Por otra parte, un segundo planteamiento se basa en que la detención del artículo 19 del proyecto abarca, no sólo los desórdenes públicos con carácter delictivo, sino también cualquier otra cosa de actos contrarios al orden público con independencia de su naturaleza penal.

Ahora bien, esta última tesis, no sólo infringe el sistema de garantías procesales establecido en la

LECr que faculta el empleo de la medida precauteladora por razón de delito y, excepcionalmente, por falta, sino que, además, no se respeta el artículo 25.3 de la Constitución que prohíbe a la Administración imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad.

Por todo ello, sólo será posible la detención que se efectúe por la realización de conductas que en el momento de llevarse a cabo supongan, al mismo tiempo, un atentado al orden público y al ordenamiento penal, es decir, entre en la esfera de los preceptos 246-249 del c.p. En cualquier otro caso, el funcionario únicamente podrá tomar nota del nombre y apellidos del ciudadano que realice una infracción del orden público en virtud del artículo 493 de la LECr, incurriendo en el delito de detención ilegal del artículo 184 del c.p. si aplica una medida diferente.

De no aceptarse estas conclusiones, las diferencias entre el ilícito penal y el administrativo llegarían a ser irrelevantes, lo que contribuiría a un amplio margen de discrecionalidad policial y de indefensión del ciudadano.

Pero si es criticable el fundamento de la restricción de libertad que configura el artículo 19 del proyecto, aún lo es más el que no se respete el plazo legal de detención que establece el artículo 17.2 de la Constitución y desarrolla el 520.1 de la LECr, al considerar que las medidas de restricción o limitación durarán el tiempo que sea imprescindible sin llegar a determinar el contenido del mismo.

En conclusión, puede afirmarse que será ilegal la limitación o restricción de libertad que, practicada en función del apartado primero del artículo 19 del proyecto, infrinja las garantías procesales en cuanto al motivo y al plazo legal de detención.

El segundo de los métodos restrictivos de la libertad de movimiento aparece regulado en el apartado segundo del artículo 19 del proyecto que hace referencia a la existencia de controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos, con la finalidad de proceder al descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social. En estos controles se procederá a la identificación de personas, que transiten o se encuentren en aquellos lugares, al registro de vehículos y al control superficial de los efectos personales.

Esta figura puede dar lugar a la adopción de dos técnicas diferentes de privación de libertad: el control policial y las redadas.

En relación a la primera de ellas, puede decirse que la detención realizada en puestos de control sin orden previa judicial o del Ministerio Fiscal, salvo que respondan a las necesidades creadas por la comisión de un delito o existan indicios objetivos de criminalidad en el detenido, representa un claro ataque al principio de seguridad personal al permitirse la privación de libertad con la finalidad, casi exclusiva, de asegurar los medios de prueba.

En la medida en que estos controles cumplen una función preventiva, deberían limitarse a intervenciones restrictivas de la libertad de movimiento sólo en aquellos supuestos en los que aparezcan indicios racionales y objetivos de criminalidad. Exigencia que se incumple en la práctica de detenciones indiscriminadas en controles públicos con la finalidad de comprobar la identidad del detenido sin que exista

la menor presunción delictiva. En efecto, las medidas de identificación y registro personal afectarán, en esos casos, no sólo al sospechoso de haber participado en la comisión de un delito que cause grave alarma social sino también al que no lo es y, simplemente, «transite» o se encuentre casualmente en aquel lugar o establecimiento, lo que supone un atentado al principio de inviolabilidad personal.

Otro de los métodos que se derivan del apartado segundo del artículo 19 del proyecto es la redada policial. Esta técnica consiste en la detención de un gran número de personas con la finalidad de efectuar la identificación de las mismas, configurándose, en realidad, como un paquete de medidas entre las que se encuentran la comprobación de identidad, la detención provisional, el registro de personas y cosas, su confiscación..., aplicadas todas ellas según los criterios de peligrosidad y sospecha.

Se trata de privaciones de libertad no sometidas al principio de presunción de inocencia y, por consiguiente, a las exigencias de indicios racionales de criminalidad. De este modo, la excepción se convierte en regla general, es decir, la detención se realiza precisamente para comprobar la existencia o no de indicios bastantes de criminalidad en el detenido. La ilegalidad de tales detenciones deriva, en consecuencia, de la infracción de dos principios que son esenciales en la conformación del concepto de seguridad individual del ciudadano frente al Estado; se trata de la lesión del principio de presunción de inocencia dada la inexistencia, en la mayoría de los supuestos, de «motivos bastantes de criminalidad» y del principio de menor lesividad al efectuarse la detención de tales supuestos, generalmente, no en la forma en que menos perjudique la persona y reputación del detenido, sino con una clara finalidad ejemplificadora e intimidadora con la pretensión de mostrar una imagen de eficacia de los cuerpos y fuerzas de seguridad, cuando, en realidad, sería suficiente con una mayor y mejor información policial.

En resumen, la detención así practicada infringe el principio de proporcionalidad y, además, conculca el criterio de la necesidad de un grave e inminente peligro, y no de mera peligrosidad para efectuar la privación de libertad. Al admitirse la detención por sospechas se evidencia un razonamiento policial que obliga al ciudadano a soportar todas las medidas que sean necesarias en la confirmación o revocación de la sospecha judicial.

La tercera de las medidas restrictivas de la libertad de movimiento prevista en el proyecto aparece regulada en el artículo 20 cuando dispone, que los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden requerir la identificación de las personas en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad. De no lograrse la identificación, los agentes podrán instar a quienes no pudieren ser identificados por otro medio, a ser acompañados a dependencias próximas durante el tiempo imprescindible. Ahora bien, en los supuestos de negativa infundada o resistencia a identificarse o realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación se estará a lo

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

Cástor Díaz Barrado

**LA APROPIACION COMERCIAL  
DE LA IMAGEN Y DEL NOMBRE  
AJENOS**

Fernando Igartua Arregui

**¿EN QUE CASOS PUEDE EL  
GOBIERNO DICTAR  
DECRETOS-LEYES?**

Agustín S. de Vega García

**LA DECLARACION DEL  
FALLECIMIENTO**

Hernán F. Corral Talciani

**DECLARACION DE RUINA Y  
PROTECCION DEL PATRIMONIO  
HISTORICO INMOBILIARIO**

Tomás Quintana López

**CONDUCCION  
AUTOMOVILISTICA Y PRUEBA DE  
ALCOHOLEMIA**

Francisco Cabello Mohedano

**ENSAYO SOBRE PROCESOS  
COMPLEJOS**

Víctor Fairén Guillén

**LAS TRANSFORMACIONES DE  
LOS DERECHOS HUMANOS**

Ignacio Ara Pinilla

**LAS DIMENSIONES  
INTERNACIONALES DEL  
DERECHO HUMANITARIO  
UNESCO**

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL EN MATERIA  
FINANCIERA Y TRIBUTARIA**

Javier Lasarte y otros

**TEORIA DE LAS CONSECUENCIAS  
JURIDICAS DEL DELITO**

Lorenzo Morillas Cueva

**PROCESOS PENALES  
ORDINARIOS Y ESPECIALES**

M. Gómez del Castillo y J. I. Ugalde

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

Bernd Schünemann

**LA PREVARICACION JUDICIAL**

Mercedes García Arán

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

Carlos Fernández de Casadevante

**LA MEDIACION MERCANTIL EN  
EL ORDENAMIENTO LABORAL**

Tebelia Huertas Bartolomé

**EL DERECHO A LA TUTELA  
JUDICIAL**

Angela Figueruelo Burrieza

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

Angel Chucca Sancho

**EL TRABAJO DE LOS  
EXTRANJEROS EN ESPAÑA**

Margarita Ramos Quintana

**JUSTICIA/CONFLICTO**

Perfecto Andrés Ibáñez



EDITORIAL TECNOS

Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID  
Tel 320 01 19

De venta en las principales librerías Solicite catalogo al  
apdo 14632 Ref D de C 28080 MADRID

Comercializa

GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.

Ferrer del Río, 35 Tel (91) 564 34 12

28028 MADRID

dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta figura es quizás la más difícil de interpretar ya que, aparentemente, se trata de un híbrido entre la «retención», prevista en el derecho alemán (párrafo 163c del StPO) y francés (artículos 61-63) del Código de Procedimiento Penal), el «acompañamiento coactivo» italiano (artículo 11 del decreto-ley de 21 de marzo de 1978), y la detención por faltas del artículo 495 de la LECr española. Digo que sólo en apariencia, ya que, en realidad, aunque la pretensión del legislador fuese otra bien distinta, lo que finalmente ha regulado no es otra cosa que una de las variantes que puede adoptar la detención por faltas del artículo 495 de la LECr. Con la finalidad de demostrar aquella afirmación, paso a continuación al análisis de las figuras citadas.

La *retención* es una institución, solicitada por sectores básicamente policiales, con la que se pretende, *dicen*, cubrir una laguna legal que les permitiese, a efectos de identificación, detener a un ciudadano sobre el que no recaen indicios racionales de criminalidad. Se trata, por tanto, de una privación de libertad basada en la sospecha, es decir, en una intuición del funcionario elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción no delictiva. Esta clase de detención estaría sometida al límite temporal necesario que exija el desarrollo de las diligencias preliminares policiales de comprobación de identidad u otras semejantes, sin que en ningún caso pueda superar el plazo de veinticuatro horas. Durante tal plazo el detenido carece de las garantías previstas en los artículos 17 de la CE y 520 de la LECr, exigencia constitucional que se elude mediante la ficción de considerar que en estos supuestos no estamos en presencia de casos de detención sino de retención.

Esta figura, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, es inviable ya que la privación de libertad cautelar sólo puede reconducirse a las vías de la detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, sin que quepa alguna delimitación de la libertad diferente de aquéllas.

Por estos motivos, la reivindicación citada es peligrosa porque lo que se pretende es un espacio temporal de absoluta discrecionalidad policial en el que se puedan efectuar, sin ningún tipo de interferencia, las diligencias preliminares.

Las dudas que planteaba esta medida restrictiva de la libertad han quedado disipadas, tras la aparición de la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1986 que considera 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 y que, siendo admisible teóricamente, la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona». Este planteamiento del TC coincide con los del Tribunal Europeo de Derechos Hu-

manos en la sentencia de 6 de noviembre de 1980 relativa al caso Guzzardi.

En consecuencia, estaremos en presencia de una detención en el instante en que no sea posible la elección de la situación en el espacio físico debido a una actuación policial, siendo indiferente, a efectos de calificación, la duración de aquélla. Seguir una opción diferente, es decir, aceptar la necesidad procesal de la «retención» y, por tanto, la inexistencia de control sobre las actuaciones policiales, no sólo supondría un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en los artículos 17 de la CE y 520 de la LECr sino que significaría la consagración de un estado policial.

Tras la exposición de lo que se entiende por «retención», parece evidente que la técnica de restricción de libertad que introduce el artículo 20 del proyecto no se corresponde con aquella figura. En efecto, lo que se plantea en el proyecto no es la privación de libertad del ciudadano que se niega a la identificación sino, por el contrario, la simple petición realizada por el funcionario por motivos de seguridad para que aquél se identifique; a esta petición, sigue la solicitud de ser acompañado a las dependencias más próximas, en el supuesto de no poder proceder, por diferentes circunstancias, a la comprobación. Parece evidente que durante estas fases el ciudadano puede negarse a la identificación, sin que el agente pueda practicar la detención por ese motivo. En caso de proceder voluntariamente a la comprobación de identidad o acompañar libremente al funcionario a las dependencias policiales, no puede hablarse de detención ya que no existe privación de libertad al decidirlo así el particular.

Tampoco coincide con la modalidad de «acompañamiento coactivo» del Derecho italiano, que consiste en un instituto autónomo de detención caracterizado por su brevedad en el tiempo, mediante el cual se realiza la «invitación formal» del funcionario a comparecer en las oficinas policiales como consecuencia de la ausencia de claridad en la declaración sobre la identidad, sin ningún control judicial. Con ello, se pretende eludir la materialidad de un verdadero arresto ilegal, sin que la dulzura del término empleado, «acompañamiento», pueda ocultar la realidad de una medida basada en la mera sospecha y discrecionalidad policial.

En definitiva, en mi opinión, nos encontraríamos ante una modalidad de detención por la comisión de una falta. En efecto, si bien parece desprenderse del apartado cuarto del artículo 20 del proyecto, que el agente, en el caso de resistencia o negativa del ciudadano a llevar a cabo las comprobaciones sobre su identidad, puede efectuar la detención, esto no es así. En ese apartado se realiza una remisión al Código penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que habrá que estar a lo que tales textos dispongan; en este sentido, la legislación procesal-penal es muy clara: si un ciudadano oculta su verdadero nombre, vecindad, estado o domicilio a la autoridad o funcionario público que se lo pregunte en el ejercicio de sus funciones, cometerá una falta prevista en el artículo 571 del c.p., sancionada con una multa de 5.000 a 25.000 pesetas. En los supuestos

de comisión de faltas hay que seguir el régimen que para estas acciones prevé la LECr. De esta forma, el artículo 495 parte de un principio general consistente en la prohibición inicial de privación de libertad por comisión de faltas, principio que está sometido a la excepción que representa el hecho de caer de domicilio conocido y no dar la fianza exigida por el funcionario público.

El agente, en aquellos supuestos en los que el ciudadano se identifique, pese a la comisión de una falta, sólo podrá tomar nota del nombre, apellidos y demás circunstancias para la averiguación e identificación del mismo. Igualmente, en el caso de que no llegara a identificarse pero tuviere domicilio, tampoco sería posible la detención, que exclusivamente podría efectuarse en el supuesto de negarse a la identificación, no tener domicilio conocido o no pagar la fianza proporcional a la falta cometida —que imponga el funcionario.

En definitiva, en ninguno de los dos supuestos previstos por el proyecto de ley para la protección de la seguridad ciudadana puede el funcionario ejecutar lícitamente la detención; en el supuesto de negarse a llevar a cabo voluntariamente las comprobaciones de identidad, el ciudadano incurre en la comisión de la falta prevista en el artículo 571 del c.p.,

sin que sea factible la detención sólo por esa causa. En el segundo supuesto, cuando se produzca la resistencia a los agentes de la autoridad, tampoco será posible la detención ya que el ciudadano actuaría en legítima defensa frente a la agresión ilegítima que supone cualquier detención por negarse al procedimiento de identificación.

En conclusión, con este proyecto puede iniciarse en nuestro país el desarrollo de una perturbadora legislación basada, no en la presunción de inocencia, sino, —como dice Palazzo—, en la «lógica del sospechoso», en un ordenamiento procesal-policial en el que el impulso se encuentra a merced de la discrecionalidad. La confirmación de estos planteamientos representa un retroceso en el desarrollo de las garantías que conforman el concepto de seguridad jurídica y que se plasmaban en la Ley de Asistencia letrada al detenido o en la Ley de Habeas Corpus.

Lamentablemente, al amparo de «los casos excepcionales de necesidad y urgencia», se ha asentado las razones de seguridad de Estado y orden público —menos urgentes— y, sin duda, nada excepcionales que posibilitan el desarrollo de toda una serie de medidas privativas de la libertad del ciudadano que no responden al principio constitucional de la inviolabilidad de la libertad personal.

# 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: \_\_\_\_\_

Ciudad: \_\_\_\_\_

C. Postal: \_\_\_\_\_

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



# Notas de urgencia sobre aspectos administrativos del Proyecto de Ley Orgánica sobre «Protección de la Seguridad Ciudadana» (sic)

Miguel CARMONA RUANO

El debate sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana se ha centrado hasta ahora en sus aspectos más llamativos, todos ellos referidos a las facultades policiales preprocesales en la investigación y prevención penales.

Sin embargo, existen en él aspectos no penales que resultan tanto o más preocupantes.

Sobresale entre ellos la prevista ejecutividad inmediata de las sanciones, contenida en el artículo 38.1.

Se podrá decir que la regulación que se propone en dicho artículo del Proyecto —ejecutividad inmediata del acto, no suspensión automática por la mera interposición de recursos, posibilidad excepcional de suspensión fundada en la imposible o difícil reparación del perjuicio— no es sino una inocente reproducción de los artículos 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pero, como ocurre tantas veces, lo trascendente aquí no son las palabras más o menos asépticas del texto legal, sino lo que, a través de ellas, realmente se establece. Y lo que aquí se establece es pura y simplemente una vuelta al espíritu de la vieja Ley de Orden Público, sobre cuya derogación formal tan hipócritamente se autofelicitan los autores del Proyecto, y una regresión respecto de la evolución que se venía produciendo en materia de sanciones administrativas desde la transición democrática.

En efecto, cuando se firmaron en 1977 los Pactos de la Moncloa, los partidos Políticos de todo el espectro parlamentario que consensuaron la transición democrática se preocuparon de eliminar los obstáculos más evidentes para la consecución de las libertades. Para ello pactaron, además del establecimiento de un proceso preferente y sumario para garantizar jurisdiccionalmente las libertades de expresión, reunión y asociación (o sea, aquéllas con mayor incidencia directa en la vida política), la suspensión de la ejecutividad de las sanciones en materia de orden público en caso de recurso. Percibían así los autores del consenso constitucional que posponer la ejecución de la sanción a su firmeza representaba nada menos que una de las garantías jurídicas que posibilitarían el establecimiento definitivo de un sistema democrático en España. Como es sabido, la suspensión automática de la resolución sancionadora dictada al amparo de la Ley de Orden Público por la interposición del recurso contencioso-administrativo, se incorporó a la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, en su artículo 7.5. Pero, como se ha apuntado, la introducción de este precepto en nuestro ordenamiento jurídico supuso igualmente el inicio de una línea jurisprudencial que, fundada en la prevalencia de los

derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva sobre los principios de eficacia de la acción administrativa y ejecutividad de sus actos, llegó a la conclusión de que «tal ejecutividad debe ceder en favor del derecho fundamental de toda persona a ser considerado inocente en tanto una resolución firme no establezca lo contrario» (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1989).

En definitiva, se había producido en materia sancionadora una evolución, primero legislativa y luego jurisprudencial, a través de la cual se llegó al criterio general de que la ejecución sólo puede seguir a la firmeza, lo que es la norma general de todo ordenamiento punitivo. De aprobarse el Proyecto en los términos remitidos por el Gobierno, con su aparentemente aséptica redacción de del ya citado artículo 38 de la no tan aséptica derogación expresa del también citado artículo 7.5 de la Ley 62/78, el resultado sería, ni más ni menos, una vuelta al franquismo legal en las sanciones administrativas, no paliado en absoluto porque antes se hablase de «orden público» y ahora, para seguir la moda terminológica, de «seguridad ciudadana».

Por lo demás, como ocurre tantas veces, tanto o más grave que lo que se regula expresamente es lo que se ha dejado de regular.

El Proyecto, además de las ya señaladas entrada-y-registro-con-patada-en-la-puerta e identificación-invitación-acompañamiento, y de la antes aludida regresión en cuanto a ejecutividad de las sanciones, se limita a prestar rango normativo a lo que ya disponían los Reglamentos de Armas y Explosivos y de Policía de Espectáculos y a tratar de adecuar a las actuales exigencias del principio de tipicidad el contenido de la vieja Ley de Orden Público.

Así, se reproducen literalmente tipos sancionadores de tanta raigambre racial como la *infracción de Joselito «el Gallo»* (art. 23, : negativa a actuar en un espectáculo), o el más moderno *tipo Hugo Sánchez* (art. 23,h: la provocación de reacciones en el público). Sin embargo, la totalidad de las infracciones muy graves (art. 24) se consideran como tipos cualificados por circunstancias tan abiertas y atentatorias a la seguridad jurídica como «la entidad del riesgo producido», con la nada desdeñable consecuencia de poder elevar la sanción hasta  *cien millones de pesetas*, o sea, hasta una penalidad material muy superior a la de muchas conductas tipificadas como delito en el Código Penal.

Se trata exclusivamente de dotar al Ministerio del Interior y a las autoridades que de él dependen (no existen Comunidades Autónomas ni Ayuntamientos) de un expeditivo instrumento de poder y de control de los ciudadanos. El resto, como podría ser enfren-

tar de una buena vez una parte general y un procedimiento común para las infracciones administrativas vienen a ser, al aparecer, problema menor que no merece la atención de los autores del Proyecto.

Tan anclado en el pasado se encuentra el texto remitido a la Cortes que, pese a esgrimir como pantalla-reclamo de las medidas más expeditivas el problema del tráfico y consumo de drogas, ni siquiera se preocupa de regular aspectos tan trascendentales al respecto como el control de fabricación y distribución de las sustancias indispensables para la

elaboración de aquéllas, o de los movimientos de capital que tal comercio genera.

En definitiva, en un momento en que la vieja Ley de Orden Público, «tan emblemática del régimen político anterior», como se dice en la exposición de motivos del proyecto, había «caído prácticamente en desuso», lo que se nos propone es recuperar su contenido, con todas sus características originarias, en una nueva ley. De este modo, la derogación formal de la vieja LOP viene a constituir un mero maquillaje legislativo.

# CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

## NOVEDADES

- **¿ES CONVENIENTE ENGAÑAR AL PUEBLO?** Condorcet, Castellón y Becker
- **REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION.** G. Jelinek.
- **EL SILENCIO DE LA ESCRITURA.** Emilio Lledó
- **LO RACIONAL COMO RAZONABLE.** Aulis Aarnio.
- **REGIMEN JURIDICO DE LA ENTRADA Y PERMANENCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA.** Vicente Escuin Palop.
- **RAZON DE ESTADO, RAZON DE INDIVIDUO, RAZON DE HISTORIA.** Bartolomé Clavero Salvador.
- **LOS DERECHO LABORALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.** Manuel Carlos Palomeque.
- **FUNDAMENTOS Y ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** Centro de Estudios Institucionales.
- **EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Manuel J. Terol Becerra.
- **EL MERCADO DE LAS IDEAS.** Pablo Salvador Cocherch y otros.
- **EL VOTO PARTICULAR.** Francisco J. Ezquiaga Ganuzas.
- **ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elías Díaz.
- **LA EFICACIA DEL DERECHO.** Pablo Eugenio Navarro
- **OBEDIENCIA AL DERECHO Y OBJECCION DE CONCIENCIA.** Marina Gascón Abellán
- **JURISDICCION Y NORMAS.** Juan Ruiz Manero
- **EL ABORTO: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.** Alfonso Ruiz Miguel.

**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

## Vigilantes jurados: una normativa insuficiente

Mariano FERNANDEZ BERMEJO

Cada vez con más frecuencia los medios de comunicación social dan cuenta de incidentes protagonizados por algunos de los innumerables —se habla de unos 50.000— «vigilantes jurados de seguridad», que durante el último decenio han poblado la geografía urbana conformando ya, con la monotonía propia de lo ordinario, el decorado habitual de todo tipo de ambientes, desde las oficinas bancarias hasta los pasillos del metropolitano, pasando por edificios públicos de toda condición, lo que permite aventurar, sin casi ironía, que quizás no esté lejano el momento en que a tales guardianes les sea encomendada la vigilancia de los establecimientos militares y hasta —¿quién sabe?— de los cuarteles de la Guardia Civil.

Nada sorprendente resultaría todo ello de no ser por el hecho —nadie es perfecto— de que constituyen un verdadero ejército privado, o mejor decir, un conjunto de ejércitos privados mantenidos por empresas que han hecho de la seguridad —más bien del sentimiento de inseguridad— su negocio, hasta el punto de ser ahora, cada vez más, quienes prestan ¡al propio Estado! la seguridad que, teóricamente, éste debía proporcionarles.

Por mucho que ello pueda resultar contrario a esquemas todavía comúnmente aceptados, no parece razonable pretender detener los procesos sociales espontáneos o negar evidencias tan palpables, y menos aún hacerlo desde posicionamientos dogmáticos acerca de la soberanía —y su expresión interior: la autoridad— tan superados en los días que corren, en que el modelo de relaciones locales y exteriores encuentra uno de sus pilares en el fraccionamiento de la soberanía, de la que cada vez más participan personas y grupos no gubernamentales, que así recuperan parte de lo que, a la postre, no es sino suyo.

Aceptar eso no es incompatible, sin embargo, con un mínimo ejercicio de responsabilidad: tales cambios se insertan en una estructura jurídica cristalizada, que exige modificaciones para que la asimilación de aquéllos se produzca sin excesivos traumas.

Puede afirmarse, en tal sentido, que el súbito despliegue de tales efectivos parapoliciales no ha venido acompañado de la necesaria cobertura legislativa, lo que aun siendo expresión de un principio sociológico que sitúa al Derecho siempre en pos de los procesos sociales en permanente cambio, no deja de presentar aspectos preocupantes, que alcanzan gravedad en una de las esferas más sensibles del acervo legal: el Derecho penal.

Y es que a pesar de existir diversas normas que regulan el ser y actuar de tales colectivos, su deficiente inserción en el conjunto normativo permite

afirmar la existencia de lagunas importantes que afectan precisamente al ámbito del ejercicio del derecho de castigar.

### NORMATIVA BASICA

No es momento de examinar las causas del fenómeno —inserto en los desajustes inevitables que acarrea el paso de un sistema político autoritario a un régimen de libertades—, pero lo cierto es que en los años 1977 y 1978 se produce la regulación básica del que podemos denominar sistema de seguridad privada, que esencialmente se traduce en el reconocimiento estatal de la licitud de creación de empresas mercantiles cuyo objeto es precisamente la prestación de servicios de seguridad, financiados directamente por el usuario.

Con el modestísimo rango normativo de Decreto (el 2113/77, de 23 de julio) aparece así en nuestro panorama legal la primera regulación de tales compañías, que tendrá su complemento en otro de 10 de marzo de 1978 (el 629/78) dedicado a precisar las «condiciones de aptitud, derechos, deberes y funciones de los vigilantes jurados de seguridad», y que todavía hoy constituye el estatuto básico de ese más que amplio colectivo de personas armadas que, ligadas a una entidad mercantil por un contrato laboral, tienen encomendadas la «defensa de los intereses puestos bajo su custodia», según reza la peculiar fórmula del juramento que, de conformidad con el artículo 3.º de aquella norma, vienen obligados a prestar.

No resulta trascendente a nuestros fines la exposición pormenorizada de las sucesivas normas —jamás de rango superior al de Real Decreto— que a partir de aquéllas han regulado la materia. Basta apuntar que las que desde aquellas fechas se ocuparon de la regulación de la seguridad en establecimientos industriales y de comercio han sido refundidas en el Real Decreto 1338/84 de 4 de julio, que las deroga, constituyendo éste, con el ya citado 629/78, de 10 de marzo (apenas reformado por otro de 23 de febrero de 1983) la base legal de la prestación de servicios de seguridad por particulares, que tiene su exacta réplica, en materia de custodia de explosivos, en el Real Decreto 760/83, de 30 de marzo.

La lectura de aquella normativa llama la atención del jurista inevitablemente, al constatar que el modelo de seguridad privada ha sido introducido en nuestra sociedad de la mano de un simple decreto, pero más aún sorprende al penalista cuando se entera de que los vigilantes jurados «en el ejercicio de

su cargo *tendrán el carácter de agentes de la autoridad*», siempre que presten su servicio «de uniforme» (arts. 7 y 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978 y art. 9 del Real Decreto 760/83, de 30 de marzo, en relación con los guardas jurados de explosivos).

Tan rotunda afirmación debiera poder significar —ya veremos que no puede tanto— que con tal investidura quedan aquéllos sometidos íntegramente al estatus jurídico penal correspondiente, esto es, *más protegidos y más responsables*, por el juego coordinado de los preceptos que en el Código penal tipifican los delitos de atentado o desacato (arts. 231 y ss.) y, en general, los de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, ubicados o no en el título VII del libro II del Código penal.

Pero ¿puede acaso producir tal efecto la investidura de autoridad proclamada en este decreto?

Caben, en principio, diversas lecturas de aquella normativa: la primera es considerar que el decreto *sólo* dice que deben ser tenidos por agente de la autoridad y que eso sólo supone mayor protección, no mayor responsabilidad. Aceptar eso supone aceptar que el concepto «agente de la autoridad» es distinto al de «funcionario», esto es, que el agente de la autoridad *no* es un funcionario, —aunque puedan concurrir en una misma persona ambas cualidades.

Ello significaría que los vigilantes jurados tendrán la especial protección que deriva de los artículos 231 y ss., del Código penal frente a los atentados y desacatos contra ellos perpetrados, pero que, al no ser funcionarios, no pueden incurrir en ninguno de los delitos en cuya tipificación exige el Código penal tal cualidad en el sujeto activo. Esto es, no incurrirán en los delitos correspondientes aunque, maliciosamente, no persigan a los delincuentes (359) o sean infieles en la custodia de detenidos o presos (362-363), o revelen las informaciones o secretos de que tengan conocimiento por razón de su cargo (367-368) o se nieguen a cooperar con la Administración de Justicia (371) o cometan cohecho en cualquiera de sus formas (385 y ss.) o malversen caudales públicos (394 y ss.), etc.

Una mínima sensibilidad jurídica basta para rechazar de plano la tesis anterior, que a tal dislate conduce, y no debe resultar difícil fundamentar técnicamente lo que la razón dicta: el penalista acudirá al artículo 119 del Código penal, que dará cobertura a la afirmación de que tales vigilantes son funcionarios públicos, a efectos penales, si se encuentran en alguno de los supuestos que el precepto contempla. Así podrá afirmarse, agentes de la autoridad son porque lo dice el decreto y funcionarios cuando se derive del artículo 119 del Código penal.

Tan, aparentemente, sencilla solución encuentra obstáculos insalvables a poco que se profundice en la cuestión. Primero, porque no existen agentes de la autoridad no funcionarios. Segundo, porque de conformidad con el artículo 119 del Código penal resulta más que dudoso que puedan tales personas ser consideradas como tales.

En efecto, el «agente de la autoridad» no es más que una clase de funcionario, el funcionario agente, esto es, investido de autoridad delegada de la que ostenta el funcionario autoridad. Lo deja muy claro Cerezo Mir («Problemas Fundamentales del Dere-

cho Penal»; Editorial Tecnos, 1982, pág. 207 y ss.) cuando, citando a Groizard, afirma: «En sentido estricto, agente es sólo aquel funcionario público que sirve a la autoridad mediante actos de índole ejecutiva, es decir, que está encargado de aplicar o hacer cumplir las disposiciones de la autoridad». Por qué entonces esa referencia expresa a los funcionarios públicos —junto con los agentes de la autoridad— en los artículos 231-2.º, 236 y 245 del Código penal?

Un brevísimo análisis histórico pone de relieve que en tales preceptos —o sus equivalentes en códigos pretéritos— sólo se contemplaba la protección penal de los agentes de la autoridad, junto con la autoridad misma.

Así, frente al modelo del Código penal de 1822 que al tipificar el delito de atentado, en su artículo 326, cita a «otro cualquier funcionario público» junto a una larga serie de autoridades, en los Códigos penales de 1848, 1850 y 1870 sólo se protege a la autoridad y sus agentes (arts. 189, 189-2.º y 263, respectivamente), sin sentir nunca la necesidad de explicar —por obvio— que se trata de una clase de funcionarios.

En estos códigos se dedica un título a los delitos cometidos por los funcionarios —sin distinción de clase—, mientras que la protección que se les dispensa es diferente según que sean o no «agentes de la autoridad», pues sólo la de éstos se refuerza ante las agresiones de que puedan ser objeto. Ello es plenamente coherente con la consideración del atentado como un ataque al principio de autoridad —bien jurídico que se protege—, lo que obligaría a limitar la protección, junto con la autoridad misma, a los funcionarios agentes, únicos portadores, si bien por delegación, de esa emanación de la soberanía en que la autoridad consiste.

Tan es así que el Código penal de 1870 dedica al desacato sus artículos 266 y ss., bajo esta rúbrica: «De los desacatos... a la autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a *los demás* funcionarios públicos» (la cursiva es nuestra), que hace innecesario cualquier comentario acerca de la cualidad de funcionarios de los agentes de la autoridad.

La omisión de toda referencia a los funcionarios públicos no agentes en la regulación del atentado, obligó al Tribunal Superior bajo la vigencia del Código penal de 1870, a interpretar el concepto agente en sentido amplio para poder extender la tutela penal a todos los funcionarios públicos (Cerezo, *op. cit.*, pág. 209), llegando a considerar tal a los barrenderos municipales en cuanto que ejecutores de los mandatos de la autoridad (S. 6-6-1879) o a los «escribanos de actuaciones judiciales», en los actos que ejercen con especial mandato de la autoridad (9-2-1877).

Ello explica que el Código penal de 1928 —proclive por razones obvias a reforzar el principio de autoridad— se decida a extender esa especial protección penal a todos los funcionarios, no sólo a los agentes de la autoridad, asumiendo el más que generoso criterio jurisprudencial, al referirse en el artículo 320 a «los que atentaren contra los agentes de la autoridad u *otros* funcionarios públicos» (la cursiva es nuestra), lo que revela con claridad qué en-

tiende por agente de la autoridad el legislador del 28.

Y este criterio extensivo reaparecerá en el Código penal de 1944, tras el período de vigencia del Código penal de 1932 que había regresado a la fórmula restrictiva de los códigos penales precedentes.

Lo dicho deja fuera de toda duda que *no existen agentes de la autoridad no funcionarios*, o, dicho en activa, que todo agente de la autoridad es un funcionario, precisamente aquél en quien se deposita una fracción delegada de autoridad, lo que cerrando el sistema explicaría por qué el legislador *jamás* ha sentido la necesidad de citar expresamente a los agentes de la autoridad (a esa clase de funcionarios, debiéramos decir) al tipificar los delitos propios de los mismos (algunos de los cuales, por cierto —como el previsto en el vigente 359 del Código penal—, tan genuinamente referidos a ellos).

Pero ello nos conduce directamente a la segunda gran cuestión antes propuesta. Si no existen agentes de la autoridad no funcionarios, resulta evidente que *sólo pueden ser penalmente considerados tales quienes resulten serlo conforme al artículo 119 del Código penal* o, lo que es igual, ninguna norma de rango inferior al Código penal puede establecer quiénes tienen a efectos penales la condición de funcionarios agentes de la autoridad y ello en virtud de la llamada «reserva formal» de ley que constituye, con la «reserva material», la manifestación externa del principio de supremacía de la ley sobre el reglamento.

Así como la reserva material supone la existencia, por imperativo constitucional, de un elenco de materias inaccesibles al reglamento, la reserva formal significa, como dice Parada Vázquez («Derecho Administrativo, Parte General», Madrid, 1989, pág. 54), «que cualquier materia por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, ya no puede ser regulada por un reglamento. Su rango se ha elevado, se ha congelado en un nivel superior y por ello es ya inaccesible a la potestad reglamentaria».

La consecuencia es obvia: sólo si conforme al artículo 119 del Código penal los vigilantes jurados son funcionarios, podrá reconocérseles la cualidad de tal a efectos de su protección penal: *sólo entonces serán legalmente agentes de la autoridad*, cualidad inexistente en caso contrario, pese a lo dispuesto en disposiciones —los decretos citados— cuyo insuficiente rango normativo transforma en nulo su contenido al respecto.

Ahora, nuestra segunda afirmación: *conforme al artículo 119 del Código penal los vigilantes jurados no deben ser considerados funcionarios públicos*.

Tal norma —se repite insistentemente— contiene el concepto jurídico-penal de funcionario, más amplio, dicen todos, que el jurídico-administrativo. Conforme a ella, tienen tal consideración quienes «por disposición inmediata de ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas».

Dos son, pues, las condiciones que determinan tal cualidad: una, fáctica, la participación en el ejercicio de funciones públicas; otra, jurídica, que vincula la legitimación, para tal ejercicio a la ley, la elección o el nombramiento emanado de autoridad competente.

Creo al respecto que, dado el marco normativo en que se desenvuelve su actividad, *no puede afirmarse que los vigilantes jurados participen del ejercicio de funciones públicas; descartadas la ley y la elección como fuentes de su legitimación creo además que no puede aceptarse que su nombramiento emane de autoridad competente*.

## NO PARTICIPAN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

La distinción entre lo público y lo privado, lejos de resultar fácil, exige profundizar en el examen de los fines y del marco en que la actividad se desarrolla para decidir si, en el entrecruce de motivaciones y finalidades de uno y otro signo, puede aislarse como predominante un núcleo definido —público o privado— en relación con el cual resulten periféricos el resto de elementos presentes.

Creo, en tal sentido, que la actividad de los vigilantes jurados no puede ser calificada de pública ni por finalidad, ni por el régimen de vinculaciones en que se presta, ni por el estatuto personal de quienes la realizan, ni, en fin, por el esquema de responsabilidades que su gestión genera.

De cuál sea la finalidad de su misión da idea cetera el artículo 3.º del Decreto de 10 de marzo de 1978, que les obliga a jurar «cumplir bien y fielmente los deberes del cargo y defender los intereses puestos bajo su custodia, en bien de la seguridad ciudadana y de España». De lo que resulta ser *lo nuclear* la defensa de los intereses de la empresa, cuyos locales y bienes son *su primer objeto de vigilancia*, conforme al artículo 18 del decreto, con una —inevitable por otra parte— referencia a su *colateral proyección colectiva* (en bien de la seguridad ciudadana... etc.).

El orden de prioridades está muy claro: los intereses de la empresa, si bien orientados hacia el común. ¿Qué es lo nuclear?, ¿qué lo accesorio? ¿Quién interpreta de qué modo se van a hacer coincidir ambos intereses en caso de conflicto?

El estatuto personal de los vigilantes en cuestión despeja cualquier posible duda: la prohibición (art. 8) de que su aspecto exterior guarde semejanza con el de las Fuerzas de Seguridad —su símbolo externo más significativo es el escudo-emblema de la empresa— es perfecto reflejo de la total desemejanza estatutaria de unos y otros: Así, frente al mandato de *imparcialidad* contenido en el artículo 5.º de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, número 2/86, de 13 de marzo, consagra el Decreto del 78 la más perfecta parcialidad emanada de la exclusiva dependencia de la empresa (art. 11) y del propio contexto de la función (arts. 3.º y 18).

Frente al *principio de jerarquía y subordinación a la autoridad* (art. 5.1.d.) que en ningún caso se traducirá en la obligación de cumplir órdenes manifiestamente delictivas o contrarias a la Constitución o leyes, el de dependencia *exclusiva* de la empresa (art. 11), a través de su jefe de seguridad, director, gerente, administrador o jefe de personal. Frente al *deber de colaborar con la Administración de Justicia*

(art. 5.º1.e), la más absoluta desconexión con la misma.

Ello sin contar el significativo silencio del decreto acerca de las reglas que deben presidir las relaciones de esos vigilantes con la comunidad o con los detenidos, o sus específicas obligaciones, etc. (art. 5.º), aunque todo eso no parezca sino minucias cuando se conocen las normas (?) sobre su responsabilidad y la de aquellos que avalan su actividad.

Y es que una de las características más señaladas del ejercicio de *funciones públicas* es el peculiar modelo de relaciones con la Administración, que se traduce en un especial sometimiento al control de ésta, a través de un especial marco *disciplinario*. Consecuencia un tanto lógica a poco que se piense que el ejercicio de tales funciones conlleva *la responsabilidad última de la Administración*, por el daño que de aquéllas pueda derivarse.

Así se justifica un marco legal como el establecido en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuyos artículos 27 y ss. sientan las bases del régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, tipificando como las más graves de las infracciones —y por tanto amenazadas con sanción de hasta separación del servicio— aquellas que atentan *contra los más señalados bienes colectivos*, como el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución, la comisión de delito doloso, o el abuso de atribuciones y prácticas de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia, sin olvidar la insubordinación respecto a las autoridades de que dependan o la violación del secreto profesional, a las que, entre otras, hay que añadir cualquier otra conducta que esté tipificada como muy grave en la legislación general de funcionarios. Normas todas dirigidas a asegurar la prevalencia de lo público —de lo colectivo, de lo de todos— en el desempeño de la función de seguridad que les está encomendada.

Frente a tal marco legal, la lectura del Decreto 629/78 nos sitúa ante un desolador *vacío de responsabilidad*, por la inexistencia de un régimen disciplinario que garantice, siquiera mínimamente, el control público de su actividad.

No se trata sólo de que una vez en posesión de un «título-nombramiento» —que se obtiene sin necesidad de acreditar una mínima formación cultural, aunque sí tras unas pruebas de manejo y conservación de armas que verifica la correspondiente Comandancia de la Guardia Civil— puedan contratarse sucesivamente con cualquier empresa de seguridad (lo que pone de relieve que tal acreditación es un *título*, que faculta para el ejercicio legal de una profesión, pero no un *nombramiento*, que inviste de la facultad para el ejercicio de un puesto o cargo concreto), es que el vacío de normas disciplinarias se traduce en una total y absoluta ausencia de control administrativo de su actividad. En efecto, aun suponiendo que, como tal decreto, pudiera contener un estatuto disciplinario —y es evidente que la ausencia de cobertura legal lo impediría en todos los reglamentos, por ejemplo, el de guardias jurados de explosivos, dictados con posterioridad a la Constitución, por aplicación del artículo 25.1—, es lo cierto que *ni siquiera lo contiene*. Su artículo 13 prevé la

baja definitiva por condena por delito doloso y por «pérdida de la condición de vigilante» en virtud de resolución del Gobierno Civil, previo expediente disciplinario. La inexistencia, sin embargo, de cualquier precisión acerca de cuáles sean las faltas y cuáles las sanciones (fuera de la referencia del artículo 14, que obliga a considerar como muy grave el abandono del servicio o la inhibición o pasividad en su prestación) transforma en letra mojada la referencia al expediente, así viciado en su origen.

Prescindiendo por un instante de las obvias consecuencias que en tal aspecto derivan de la ausencia de rango normativo para el Real Decreto 760/83, ya posconstitucional, y —para toda la normativa— de la inexistencia de precisión de faltas y sanciones, resulta muy revelador que la única conducta que merece calificación de muy grave es precisamente «el abandono del servicio y la inhibición o pasividad en la prestación del mismo».

Cabe así preguntarse si tal cuadro normativo permite calificar de pública la función realizada por unos particulares que, unidos mediante relación laboral con otros particulares, cuyos locales y bienes deben vigilar, carecen de la más mínima especial obligación de fidelidad a la Constitución española, que ni siquiera han de jurar; carecen de cualquier sanción disciplinaria por abuso de atribuciones o práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios o vejatorios (excepto, como cualquier otro particular, cuando sean constitutivos de delito); carecen de vinculación especial a la autoridad —la judicial incluida—, a la que no están subordinados, no estando tampoco vinculados por secreto profesional específico, a lo que puede añadirse un etcétera tan largo como la enumeración de faltas muy graves que para las fuerzas y cuerpos de seguridad contiene el artículo 27 citado.

Y no se trata de destacar que su estatuto es «distinto» del de los servicios del Estado; es que *carecen de estatuto*, de ese estatuto que garantiza que las funciones de esos colectivos está de verdad al servicio de todos, esto es, que merece el calificativo de públicas, por su finalidad, por el control que de ellas ejerce la Administración y porque, a la postre, *ésta responde de las mismas*, lo que tampoco puede predicarse del colectivo en cuestión y constituye otra expresión, muy importante, de la naturaleza no pública de su actividad. Ligados a una empresa, a la que sirven, por una relación laboral, aquélla sin duda resultará responsable en su caso, pero no la Administración, que, en las normas reguladoras, se ha cuidado muy bien de eludir semejante responsabilidad, a pesar de investir a los vigilantes del carácter de agentes de la autoridad, esto es, de depositarios por delegación de una porción de soberanía.

A partir, pues, de la permanente interrelación de lo público y lo privado, parece claro que ni por origen, ni por finalidad, ni por vinculación, ni por responsabilidad, se hacen acreedores tales actividades del calificativo de públicas, constituyendo un claro ejemplo de actividades de defensa de intereses privados que *pueden coincidir* con los públicos, sin que el marco legal existente garantice que eso suceda y, menos aún, la prevalencia del interés colectivo en caso de conflicto, lo que obliga a negar el carácter

de públicas a las mismas y, con ello, la posibilidad de encuadrar a quienes las realizan en el ámbito del artículo 119 del Código Penal.

## SU NOMBRAMIENTO NO EMANA DE AUTORIDAD COMPETENTE

Pero no es sólo la naturaleza de la actividad lo que impide aquella consideración. Es que *no es posible aceptar que sus nombramientos emanen de autoridad competente*.

Conforme al Decreto 629/78, tantas veces citado (art. 2.4) la expedición del título de vigilante jurado corresponde al gobernador civil, competencia reiterada en los sucesivos decretos de 1983 y 1984.

Las preguntas surgen solas: en el Estado de Derecho, ¿puede decir tanto un decreto?; ¿puede poder tanto un gobernador en base a una norma reglamentaria?; ¿tanto como para repartir átomos de soberanía entre empresas mercantiles y particulares armados?; ¿tanto como para equipararles en protección a los funcionarios agentes de la autoridad? Creo que no. Y lo creo porque admitirlo es aceptar la existencia de una Administración «pública» paralela, no controlada ni dirigida por el Gobierno (art. 97 de la CE), que por ello no garantiza que sirva «con objetividad los intereses generales» (art. 103 CE), y que nace al amparo de un reglamento *sin Ley* —con mayúsculas— que cree, rija y coordine sus órganos (103.2) y que regule el estatuto de sus miembros (103.3).

Es aceptar, más concretamente, la creación de un sistema paralelo de seguridad que no depende del Gobierno (art. 104.1), que se presenta fraccionado y al servicio de intereses privados, y que ve la luz al amparo de una norma reglamentaria, cuando la Constitución exige nada menos que Ley Orgánica para determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatuto de aquéllos a quienes *corresponde constitucionalmente* proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.2).

Del texto constitucional se deriva, pues, una reserva *material* de ley en materia de acceso a la función pública, que *ha de ser orgánica cuando de funciones de seguridad se trate*. Ello implica que sólo a la ley compete regular quién y cómo puede acceder al desempeño de tales funciones y quién y cómo ha de controlar dicho acceso. Dicho de otro modo, no puede el Gobierno, a través de su potestad reglamentaria, permitir o negar el acceso a la función pública, o, lo que es igual, dar o quitar la condición de funcionario aunque sea a efectos concretos (¡nada menos que penales en este caso!) sin que exista una ley que la habilite.

Son múltiples los supuestos en que una ley regula la forma en que puede participarse del ejercicio de funciones públicas sin ostentar la cualidad personal de funcionario. Tales leyes regulan el procedimiento para ello y habilitan a determinados órganos de la Administración para atribuir la condición correspondiente. Los artículos 428 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituyen un claro ejemplo de lo que decimos.

Lo que no es de recibo en el Estado de Derecho es que, sin semejante habilitación legal, la Administración otorgue las cualidades correspondientes —ya hemos visto lo difícil que resulta hablar de «nombramiento» en el caso que nos ocupa— en un ejercicio de arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

En materia de seguridad esa ley es la Ley Orgánica 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la que reiteradamente nos hemos referido antes. En su artículo 7.1 se otorga el carácter de agente de la autoridad a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en el ejercicio de sus funciones, carácter *que no se otorga* a las «personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personas y bienes o servicios de titularidad pública o privada», de las que sólo se predica su obligación de «auxiliar o colaborar en todo momento con las fuerzas y cuerpos de seguridad» (art. 4.2).

No parece, pues, dudoso que tras la Constitución carece el Gobierno de facultades para regular reglamentariamente la materia, por lo que jamás podrá ya reconocerse como emanado de «autoridad competente» un nombramiento realizado al amparo de tal normativa, incapaz de ser «recibida» en el ámbito penal, a través del artículo 119 del Código penal.

Algunos calificarán de vacío normativo la consecuencia; incluso de caótica la situación, si se piensa en los miles de falsos agentes de la autoridad que pululan por doquier.

No comparto la idea de vacío, y menos aún la de caos. Nada más lejano al caos —confusión, desorden— que el orden resultante de la adecuada aplicación del sistema de fuentes. En cuanto al pretendido vacío, el Código penal, en el artículo 236, párrafo 2.º, impone la misma pena que la prevista para el atentado a agentes de la autoridad, «a los que acometieren a las personas que acudiesen en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios».

Esa asimilación resulta coherente con la obligación de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, impuesta por el artículo 4.2. de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y ofrece la consecuente protección penal a los vigilantes jurados cuando *participan —ahora sí— del ejercicio de funciones públicas*.

Cabe pensar, sin embargo, que la irretroactividad de las reservas de ley consagradas en la Constitución (en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/81 de 8 de abril) provocaría la subsistencia de aquellas atribuciones como amparadas en un decreto jurídicamente irreprochable en el sistema de fuentes preconstitucional.

No podemos aceptar tal conclusión. Primero, porque dudamos de que tal principio —el de irretroactividad de las reservas de ley—, acuñado en relación con la potestad sancionadora de la Administración para evitar vacíos normativos a todas luces indeseables, pueda sin más ser trasladado al ámbito de los poderes del Estado, en concreto al de distribución de competencias entre unos poderes inexistentes como tales en el sistema anterior.

Pero, sobre todo, no podemos aceptar que el decreto en cuestión pueda ser considerado respetuoso con el sistema de fuentes anterior, dados los es-

trictos términos en que la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 regulaba el ejercicio de la soberanía.

En efecto, depositario el Estado del ejercicio de la soberanía, sólo a través de «los *órganos* adecuados» (art. Primero, II) podrá llevar a cabo su misión, con una *expresa prohibición* de «delegación ni cesión» de aquella que se declara «una e indivisible» (artículo Segundo).

Frente a tan estricto régimen, los decretos tantas veces citados, al investir de autoridad a unos particulares no sólo permiten el ejercicio de la soberanía a quienes no son *órganos* del Estado, sino que, más aún, *consuman la cesión* de la misma que la ley tan tajantemente prohibía.

La violación legal es tan palmaria que impide reconocer como válidas tales normas de acuerdo con el sistema de fuentes que las vio nacer, lo que permite afirmar la vigencia plena, también respecto de la materia por ellas indebidamente regulada, de la reserva de ley que la Constitución establece, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 11/81 de 8 de abril.

La consecuencia de todo ello es clara: carecía y carece el Ejecutivo de potestad para regular el ejercicio de funciones de seguridad por particulares, como agentes de la autoridad, cuyos nombramientos como tales, por ello, no pueden reconocerse como emanados de «autoridad competente», a los efectos del artículo 119 del Código penal.

## LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse ya sobre esta cuestión. En las sentencias de 10 de diciembre de 1983, 8 de noviembre de 1984 y 18 de diciembre de 1990, se proclama el carácter de agentes de la autoridad de los vigilantes jurados de seguridad.

Ninguna de esas sentencias —muy escuetas— cuestiona la validez de los decretos de 1977 y 1978 citados, limitándose a citarlos en apoyo de la tesis afirmativa.

Sorprende en la última el razonamiento que conduce a la casación y ulterior condena del absuelto en la instancia. La Audiencia Provincial había estimado error invencible acerca del carácter de agente de la autoridad del agredido, condenando al procesado sólo por una falta de lesiones, porque el uniforme que éste vestía era diferente del usado por la Policía, lo que induce a error. Lo que a nosotros parece correcta inferencia del juzgador de la instancia, no es compartido por la Sala Segunda, para quien carece de asidero lógico porque «el vigilante... ves-

tía el uniforme reglamentario... y el error expresado, que serviría siempre de fácil refugio para cualquier uniforme distinto del policial, no tiene explicación convincente cuando los referidos sujetos uniformados están presentes en bancos, locales de comercio y empresas, y *su carácter de agentes de vigilancia armados* pertenece al común conocimiento de los ciudadanos (la cursiva es nuestra).

Dado el valor que la sentencia otorga al hecho de vestir el uniforme «reglamentario», no podemos evitar imaginar al ciudadano medio consultando el artículo 8.º del Decreto de 10 de marzo de 1978, para, ilustrado, intentar identificar como tales a la nube de vigilantes jurados, cuyo uniforme (cazadora, pantalón, camisa, corbata, zapatos negros, cinturón de cinco centímetros de ancho con canana capaz para 15 cartuchos y funda para revólver abierta...»), en ningún caso guardará semejanza o podrá originar confusión con los del personal de los ejércitos y fuerzas de Seguridad del Estado o de otros entes territoriales», exigencia ésta que hace más difícil compartir las reticencias para aceptar el error expresado, inaceptable, según la sentencia, dado el general conocimiento de su «carácter de agentes de vigilancia armados». Curiosa afirmación ésta, dado que de lo que se trata no es de saber si son o no vigilantes o si van o no armados —lo que a la vista está—, sino si tales vigilantes armados están o no investidos de autoridad, lo que, desde luego, el ciudadano medio sólo reconoce históricamente en los funcionarios encargados por el Estado de prestar los servicios de seguridad.

Será sin duda interesante conocer el criterio jurisprudencial acerca del problema, una vez que llegue a la Sala Segunda, planteado en los términos expuestos, esto es, cuestionando la validez misma de la normativa reglamentaria en que se apoya. Sea cual sea la respuesta, sin embargo, el problema de fondo seguirá irresuelto. La orfandad normativa en que las llamadas empresas de seguridad —y sus empleados— desarrollan su actividad no habrá sido superada, y, con ella, subsistirá la perplejidad de muchos ciudadanos —con o sin reconocimiento de error por su parte— ante el sistema paralelo de seguridad instalado entre nosotros, y, lo que es más grave, la ausencia de un verdadero *control* estatal de tan trascendente función, con la consiguiente *responsabilidad pública* por los daños que en su ejercicio se produzcan.

Y es que, claro está, las sentencias nunca pueden llegar a tanto, pues corresponde a otros poderes promover las reformas legales necesarias, sin pretender desviar hacia los tribunales problemas cuya solución no está a su alcance y, menos aún, sustraer a la opinión pública el debate que sobre el tema de la *seguridad privada* aún está pendiente.

## Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora

Miguel Angel GARCIA HERRERA

La aparición de los intereses difusos se ha realizado al compás de la problemática surgida con ciertos bienes de la colectividad. La relevancia de estos intereses ha ido pareja a un conjunto de transformaciones que han alterado profundamente las pautas productivas y los valores sociales. El efecto de la actividad socioeconómica ha incidido drásticamente en el entorno social y frente a ello se han producido reacciones insólitas en otras épocas. El viejo esquema de la sociedad industrial que ha soportado los edificios constitucionales de la segunda posguerra mundial ha quedado desfasado. El modelo desarrollista, que preconizaba el crecimiento ilimitado como fórmula de generalización del bienestar, ha alcanzado parcialmente sus objetivos, pero a costa de inferir daños profundos en el ecosistema y poner en peligro la reproducción de la especie. Es precisamente esta revolución posmaterialista la que proporciona las coordenadas en las que enmarcar el problema de los intereses difusos que adquieren de esta forma una transcendencia no sólo jurídica, sino también social, en cuanto expresión en el plano normativo de nuevas cuestiones que emergen en el tejido social. La perspectiva economicista propia de las constituciones del Estado social se enriquece con nuevos temas no vinculados a cuestiones conexas al ámbito productivo y a los enfrentamientos clásicos del conflicto social, puesto que enlaza con la calidad de vida y la satisfacción de nuevas exigencias sociales.

Esta nueva sensibilidad de crecimiento incesante propugna establecer una nueva relación que revisa formas de reproducción social consolidadas. En este sentido se intenta recuperar una inserción en la naturaleza privada de sus connotaciones depredadoras y extenuantes que amenazan con exterminar las condiciones de vida.

Esta situación no podía menos que repercutir en el ámbito normativo. La demanda de protección de nuevos intereses se ha dirigido inicialmente hacia el juez que se ha visto obligado a responder a las peticiones individuales o sociales encaminadas a solicitar un pronunciamiento no sólo opuesto a conductas contrarias a las previsiones del ordenamiento, sino también, como afirma Trocker, decisiones que satisfagan la realización directa e inmediata de intereses supraindividuales no suficientemente contemplados por el legislador.

Estas iniciativas provocan un desafío al poder judicial que se ve obligado a realizar una actividad de mediación no siempre prevista expresamente en el ordenamiento jurídico, al ser utilizados los cauces procesales para la satisfacción de las nuevas demandas sociales. La inadecuada respuesta del le-

gislador genera una reclamación de protección de bienes y valores colectivos que asegure su conservación y que reaccione frente a las múltiples posibilidades de lesión que resultan ya insostenibles para los niveles alcanzados de conciencia social.

La nueva mediación consiste, pues, en la inmersión del poder judicial en un nuevo mundo de conflictos no suficientemente contemplados por el legislador. Las iniciativas sociales e individuales actúan en campos sensibles que ponen en cuestión los valores dominantes y abren nuevas esferas de enfrentamiento que buscan su satisfacción a través de interpretaciones innovadoras que incorporan una nueva lectura de la jerarquía de intereses. Es obvio que cuando se reclama la protección del medio ambiente o la salud se suscita un conflicto que opone bienes colectivos a intereses consolidados suficientemente protegidos en el ordenamiento. El reto consiste en encontrar un nuevo equilibrio de intereses cuando el ordenamiento jurídico no proporciona criterios suficientes y cuando se pretende una tutela judicial sobre bienes e intereses en torno a los cuales no existe todavía un consenso social consolidado. De acuerdo con la acertada apreciación de Villone, el interés difuso se caracteriza por una intrínseca conflictividad para la que los procedimientos y estructuras que se utilizan en la mediación interindividual resultan ineficaces. Esta conflictividad permite, a juicio de Sgubbi, situar los intereses difusos entre las tendencias que se confrontan con las posiciones económicas dominantes, porque encierran el contenido de una aspiración difundida a nivel de masa cuya traducción consistirá en alcanzar un control sobre las actividades económicas dominantes cerradas a espacios de participación. Este carácter conflictivo trasciende la tradicional relación individuo-autoridad para ubicarse en el área de la decisión política, precisamente por la falta de operatividad de los instrumentos habituales del sistema de mediación.

El problema más controvertido reside probablemente en la precisión conceptual de los intereses difusos, cuestión que ha ocupado durante años, al menos, en Italia, a la doctrina y jurisprudencia.

De acuerdo con la síntesis de Caravita, las posiciones se habían ordenado en torno a dos vectores que, por una parte, reconducirían los intereses difusos a las figuras tradicionales, negando la aparición de un «tertium genus», respecto al derecho subjetivo y al interés legítimo, y por otra parte, intentarían diferenciar los intereses colectivos y difusos en base a un criterio organizativo que reflejara el nivel de estructura alcanzado por el grupo.

En base a estas líneas de orientación se ha pre-

tendido alcanzar una mayor entidad conceptual al utilizar simultáneamente un criterio subjetivo, referido a los titulares del interés, y un criterio objetivo, que alude a los vínculos entre el bien a proteger y los sujetos. En este esquema los intereses difusos serán concebidos como «aquellos intereses o situaciones jurídicas que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o determinable, eventualmente unificada más o menos estrechamente en una colectividad y que tienen por objeto bienes no susceptibles de apropiación o goce exclusivo», mientras que, por otra parte, por intereses colectivos se entiende aquellos «intereses plurisubjetivos que tienen como portador un ente exponencial de un grupo no racional». Este binomio conceptual reside, como se comprueba fácilmente no tanto en criterio sustancial, como en la diferenciación del nivel de agregación alcanzado por el grupo, distinción susceptible, en consecuencia de producir numerosas sombras cuando se trate de precisar el *quantum* organizativo acumulado en el grupo defensor de los intereses correspondientes.

Frente a este planteamiento se han alzado voces críticas que señalan las carencias de estas posiciones: en relación con la negativa a admitir la singularidad de los intereses difusos, se denunciaría el intento teórico de escamotear una identidad socio-jurídica, propósito que facilitaría la protección por los cauces consolidados pero que filtraría su reconocimiento; respecto a la atención al momento organizativo, se echa en falta una valoración de las diferencias en las diversas situaciones y una garantía más intensa de las situaciones superindividuales.

En esta perspectiva el interés difuso no sería sino agregación amorfa de intereses individuales, producida no por una coincidencia espontánea, sino por la toma de conciencia de la comunidad de intereses y de necesidad de una coordinación encaminada a alcanzar un fin común. Característica distintiva sería, por tanto, la situación transitiva y el nivel de fluidez de la organización de intereses individuales reconocidos.

Las insuficiencias de estas caracterizaciones intentan ser subsanadas por medio de una mayor precisión de las características propias de ambas categorías. Los intereses colectivos vendrían definidos por su conexión a un grupo de personas que contemplan los bienes afectados como necesidad común. De este criterio general se infiere la aceptación del carácter colectivo del interés por los sujetos implicados y la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la colectividad. La pertenencia al grupo proporciona el dato de delimitación subjetiva que define el interés colectivo que es, a su vez, referido al ente que representa el colectivo en su conjunto. Este elemento organizador no está exento de consecuencias sobre la estructura del Estado, puesto que las limitaciones específicas de las instituciones representativas, ancladas todavía en el esquema liberal de la representación de la sociedad en su conjunto, delegan en los niveles administrativos la necesidad de conformar sedes de mediación que son articulados como niveles de participación y de inserción en el procedimiento administrativo de aquellos sujetos exponenciales

que son convocados a tal efecto, en cuanto portadores de intereses colectivos.

A diferencia del carácter corporativo que preside los intereses colectivos, los intereses difusos están vinculados a cuestiones diferentes pues conllevan una vinculación territorial indispensable, traducida en el asentamiento territorial de los grupos implicados, los cuales operan con el fin de conseguir la satisfacción de necesidades fundamentales para los ciudadanos establecidos en el ámbito territorial operativo. Esta concepción difumina los perfiles de los intereses difusos y, al mismo tiempo, permite reconocer las diferencias que median entre ambas categorías de intereses. En concreto, en los intereses difusos podríamos afirmar que el ser precede a la conciencia puesto que la necesidad social se consolida antes de que se alcance la conciencia de su satisfacción. Será la progresiva concienciación la que generará la aparición de formas incipientes de organización, como reacción del grupo frente a la agresión experimentada por los bienes esenciales afectados, grupo que no puede sino operar sobre una acotación territorial que delimita el alcance del interés. El esquema interpretativo se puede concretar por medio de dos ulteriores precisiones: por una parte, el carácter de la esencialidad de los bienes tiene su materialización en los bienes definidos constitucionalmente: por otra parte, el ámbito territorial sirve también para precisar el ámbito de intervención de la Administración, que recibe en la atribución de la competencia la capacidad de asegurar la realización del bien en la determinación espacial precisada en la norma.

Esta distinción ha encontrado reflejo en la jurisprudencia en Italia. Mientras que respecto de los intereses colectivos se afirma la importancia de los intereses que tienen como referente los colectivos creados al amparo del ejercicio del derecho asociativo, en cuanto que es posible establecer una conexión inescindible entre el carácter del ente que actúa como portavoz del grupo y la naturaleza colectiva del interés, respecto a los intereses difusos la jurisprudencia considera que son aquellos que se caracterizan por la simultaneidad de su referencia subjetiva a todos o parte de los componentes de su colectividad dada, individualmente considerados, respecto al mismo bien. En la trascendental decisión de 1979, la legitimación adquirida por el sujeto colectivo en su defensa de los intereses difusos vendría dada por su localización en un determinado territorio: la iniciativa sólo será admisible cuando provenga de un grupo o asociación que actúe como exponente de «un interés localizado o, en cualquier caso, localizable, en un particular ambiente, más o menos circunscrito». Este criterio será ampliado posteriormente por el recurso a la legitimación procedimental, al consentir la legitimación procesal a aquellos que debería participar en la formación de la voluntad administrativa, apertura que ha sido interpretada como un mecanismo que permite al juez acceder a una adecuada dialéctica de los intereses, so pena de que las limitaciones de la normativa administrativa restrinja los intereses legítimos e impida las posibilidades de participación. Esta última variante ha recibido, sin embargo, críticas doctrinales que

defienden la necesaria cautela respecto a esta transformación de las legitimaciones procedimentales en legitimaciones procesales (Angiuli).

En los límites de esta comunicación no podemos detenernos en los complejos problemas que se refieren al acceso a la tutela judicial, cuestiones que son abordadas en la ponencia general. En todo caso, no es ocioso pertracharse de fundamentos constitucionales para disponer de una base de principios que nos dote de las referencias sustantivas precisas que solvente las dificultades que se suscitan cuando proceda al enunciado de los rasgos estructurales de los intereses difusos.

Si en otros ordenamientos la tarea de reconstrucción del basamento jurídico de los intereses difusos se ha realizado con la extracción o construcción de principios y bienes constitucionales, la bisonñez de nuestra Constitución ha permitido la recepción de lo que en otros contextos no es sino el resultado de una labor creadora de doctrina y jurisprudencia. Pero más que referirnos a los contenidos obvios recogidos en el capítulo II del título I, conviene, asimismo, recordar, aunque pueda parecer excesivamente genérico, la titularidad de la soberanía y los contenidos sancionados en el artículo 9.2, que expresan una aspiración de igualdad sustancial a través de la materialización efectiva de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos, y de la necesidad, por tanto, de concebir los mecanismos de tutela, de forma que se amparen los derechos e intereses, evitando, en base al fundamento apuntado, que se reconduzca la interpretación de la tutela jurídica en clave estrictamente individualista.

Es precisamente este fundamento constitucional el que impulsa y permite la interpretación abierta y evolutiva del ordenamiento para dar cabida a demandas que expresan las formas modernas de la conflictividad y pretenden la tutela de bienes refe-

ridos a la colectividad, y que, en el fondo, no persiguen sino la materialización social de los contenidos constitucionales. Anteriormente subrayamos la necesidad de no desconocer la virtualidad mediadora que ha ido adquiriendo el poder judicial como respuesta obligada tanto a las inactividades de los otros poderes, como a la obligada respuesta a demandas insoslayables. Cuando se enfila esta dirección, es inevitable tener que confrontarse con los pronunciamientos realistas que recuerdan las limitaciones de la actividad judicial. En todo caso, el protagonismo judicial no sería idóneo para superar sus límites estructurales. En línea discursiva se colocan quienes estiman que la fragmentariedad y la ocasionalidad típicas de la acción judicial hacen «el cauce judicial inadecuado para la recepción del plano real de los conflictos en acto y la complejidad efectiva de los intereses en juego, y en consecuencia, para garantizar, a través del proceso, la absorción en el sistema de los conflictos socialmente relevantes» (Trocker). En un Estado de derecho apelar a la mediación legislativa como forma de regulación de las legitimaciones procesales y vía adecuada para la satisfacción de los intereses difusos se nos presenta como una conclusión válida que soslaya las dificultades existentes, caracterizadas precisamente por la ausencia normativa que permite la existencia de espacios de inmunidad judicial. En última instancia, la temática de los intereses difusos es la reacción consiguiente a unas carencias que deberían solventarse con presteza, dados los intereses implicados, en vía administrativa y legislativa. Pero, sin perjuicio de admitir las limitaciones que comporta la separación de poderes, la operatividad de la mediación judicial puede ser, junto a otros, un instrumento que permita acelerar los ritmos y conseguir la tutela de los bienes constitucionales hoy en día insuficientemente protegidos.

# El Convenio de Washington y el nuevo delito contra el medio ambiente

Antonio VERCHER NOGUERA

## I. INTRODUCCION

Recuerdo bien cómo hace unos años, apenas algo más de una década, manifestarse públicamente como partidario de un medio ambiente sano y protegido, frase que hoy constituye prácticamente un estereotipo, provocaba más de una sonrisa socarrona y, con frecuencia, taimados comentarios en detrimento del osado usuario que acertaba, o más bien desacertaba, habría que matizar, a emplear la expresión. La frase era además un ostensible carné de identidad que permitía localizar, sin dilación, la ideología, el sustrato social y la educación de su usuario o empleador: se trataba de un rojo, sin lugar a dudas. Incluso, con sólo apurar un poco, cualquier interlocutor avisado podía llegar a conclusiones, por cierto nada desdeñables, hasta de datos de la más íntima naturaleza de su ya bien identificado usuario. Lo cual era, hasta cierto punto, lógico. No en balde esa frase, como tantas otras, tenía un cierto tufillo a mayo francés. Sin duda era una herencia larvada del 68. Y quién si no esos escandalosos y melencólicos jóvenes habían proclamado contra viento y marea el imperio de las ideas, la imaginación al poder y sobre todo el que se desabrochara uno el cerebro tantas veces como determinada cremallera. Era evidente, no había lugar a dudas sobre identidad y, por ende, comportamiento falaz del usuario. Cuán traicionero resulta en ocasiones el lenguaje, no sólo instrumento de comunicación, sino expresión también de la más recóndita intimidad individual y con frecuencia hasta de la intimidad ideológica colectiva.

Las cosas han cambiado sin embargo en un muy corto espacio de tiempo. Hoy en día cualquier sector social y prácticamente todo el espectro político español proclama, incluso cuando no es necesario y a la primera ocasión que se presenta, su acentuado interés por el medio ambiente. Izquierda, derecha, centro luchan denodadamente por demostrar que son ambientalistas o cuanto menos, y esto también lo repiten hasta la saciedad, que viven desvelados por el tema. No voy a efectuar consideración alguna sobre ese punto, sin embargo me voy a permitir una pequeña reflexión. Puede que sea oportuno, pero puede también que sea mera demagogia. Margarita Riviere, en un interesante artículo de prensa, refiriéndose a este notable problema de camaleonismo o transustanciación, expresa: «puede ser demagogia una vez más. Porque está claro que una de las especialidades históricas de la derecha

es la de crear el problema para después llegar, mesiánica y majestuosamente, a decir que va a resolverlo».<sup>1</sup>

Pero la complejidad del problema crece. Vengo observando con relativa frecuencia que algunos grupos y entidades, especialmente ecologistas, llevados de su mejor ánimo y aprovechando el proyecto de nuevo Código Penal, reclaman, con una actitud incluso escandalizadora a los ojos de estos ambientalistas de nuevo porte, la ampliación de los tipos penales a la conductas de explotación o utilización irracional de recursos naturales, desecación de zonas húmedas, el desvío del curso de las aguas, el abuso de plaguicidas, las infracciones urbanísticas graves, etc. ¡Que horror!, exclamarán, ¿es que todo constituye medio ambiente? Su perplejidad aumentará sin duda cuando observen que dentro de esa propuesta de ampliación del tipo penal para la protección ecológica se incluye el supuesto de comercio o muerte de especies protegidas. ¡Que osadía, añadirán sin duda, y pensar que las sociedades protectoras de animales siempre han sido un indiscutido feudo de la derecha! ¡Hasta ahí podríamos llegar!, proclamará finalmente más de uno exasperado, previendo la inminente invasión de tan respetables reductos por vociferantes y desaliñados jóvenes, oliendo a romero, tomillo y hierba buena.

Y efectivamente, hasta ahí hemos llegado. ¿Acaso nos encontramos, ante semejante evolución, frente a un nuevo ejemplo ratificador del tan traído y llevado aforismo de que los extremos se juntan? Mucho me temo que no. Existe una clara, una transparente diferencia entre los dos grupos sociales, por mucho que ambos recurran en ocasiones a idénticos medios de reivindicación, invadiendo incluso ramblas y jardines con casetas, puestecillos y tenderetes buscando una mayor divulgación de sus reclamaciones. Para unos es moda o esnobismo, salvo honrosas excepciones; para otros es defensa de la naturaleza y, en última instancia, defensa del propio género humano y de su entorno. Así de simple.

Cuando se reclama la ampliación del tipo penal en el sentido antes indicado, se están sentando las bases de discusión de un tema hasta ahora muy poco debatido a nivel nacional y de una importancia crucial. Aunque no es éste el lugar ni el momento más idóneo para cierta discusión, es absolutamente esencial señalar, sin embargo, que la desaparición de las especies animales y vegetales tiene una importancia básica, es algo más que una cuestión me-

<sup>1</sup> Riviere, Margarita. «La izquierda tenía razón.» *El Independiente*, 24 de abril de 1991, pág. 8

ramente cultural o estética. Se han argumentado motivos éticos, en el sentido de que es simplemente cruel el destruir otros organismos vivos; se ha argumentado también el que la destrucción de los recursos naturales y de los animales salvajes atenta al derecho a disfrutar de los mismos que poseen las futuras generaciones. Pero es que además existe otro argumento de especial aplicación a aquellos «un poco» egocéntricos, a quienes las consideraciones éticas o los derechos de las generaciones venideras les trae más o menos sin cuidado. El argumento es simple y contundente: la desaparición de estas especies puede incidir negativamente en la supervivencia del propio ser humano. Y todo ello sin olvidar que se trata de un planteamiento científicamente demostrado<sup>2</sup>. Veamos un ejemplo de algo que está ocurriendo en el presente momento y que avala lo indicado.

Recientemente se ha descubierto que las terribles epidemias de malaria que están azotando a las poblaciones de Bangladesh, India e Indonesia se deben a la persecución sistemática de una especie de rana conocida como Bullfrog o rana-toro, que a su vez es el más grande y eficaz depredador de mosquitos en esa zona del globo. Es indiscutible que las ancas de los 250 millones de ranas Bullfrog que se capturan cada año producirán las delicias de los paladares occidentales<sup>3</sup>, pero es indiscutible también que un importante número de seres humanos sacrificarán sus vidas en aras a ese exótico placer.

## II. SITUACION EN ESPAÑA

Curiosamente en nuestro país existe ya la obligación de evitar el tráfico y comercio de las especies protegidas, simplemente porque así lo ordena la normativa comunitaria. Me estoy refiriendo concretamente al Reglamento del Consejo número 3626/82, de 3 de diciembre, para la aplicación en la CEE del Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies de Fauna y Flora en Peligro, firmado en Washington y conocido por ello como el Convenio de Washington. Hay que hacer una pequeña precisión respecto a la importancia de los reglamentos dentro de la normativa comunitaria. Su importancia radica en que, a diferencia de las directivas, por ejemplo, los reglamentos son de directo y obligado cumplimiento, sin necesidad de transposición en normativa nacional alguna. En tal sentido el artículo 189 del Tratado de Roma establece que «el Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». La directiva, sin embargo, «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Con el Reglamento 3626/82 se pretende dar un primer paso hacia la protección de estas especies,

prohibiendo para ello su comercio. El problema, sin embargo, radica en que el Reglamento prohíbe ciertas actividades, pero no establece sanciones si tales prohibiciones son violadas. Evidentemente es obligación de los Estados miembro imponer estas sanciones si se quiere evitar que el contenido del Reglamento se convierta en letra muerta, tal como pone de relieve el informe elaborado para la CEE sobre la aplicación del Convenio de Washington<sup>4</sup>.

La situación de esta normativa en España es ciertamente preocupante. De entrada España carece de una adecuada protección penal al respecto, excepto el limitado y pobre recurso que pueda efectuarse a la Ley de Contrabando (Ley 7/1982, de 13 de julio). Aunque parezca paradójico una ley de cariz tan económico, látigo de planeadoras en las costas gallegas y pesadilla de desaprensivos vendedores de boletos no legalizados, es el único instrumento al que pueden acogerse las pobres bestias en vías de extinción, llegadas a España definitiva o provisionalmente. Debo insistir, y así lo he puesto de relieve en otras ocasiones, en que la ley penal por sí sola no constituye solución adecuada alguna. Sin embargo, una ley penal clara, sólida y eficaz, aplicada solamente como «última ratio», es el planteamiento que hoy por hoy es recibido con mayor aceptación en el área de los delitos contra el medio ambiente. Ahora bien, de ahí a pretender que la Ley de Contrabando, que en 1990 sirvió para intervenir 45.385.887.362 pesetas en mercancías, especialmente hachís, cocaína, tabaco y cupones ilegales<sup>5</sup>, pueda servir para reprimir el tráfico ilícito de especies en peligro, hay un importante tramo.

Las autoridades españolas han introducido determinadas innovaciones, generalmente de matiz administrativo, complementando la Ley de Contrabando de 1982, con el fin de hacer más eficaz la represión del tráfico de especies en vías de desaparición. Estas medidas consisten, básicamente, en:

- creación de centros de inspección de comercio exterior;
- labor de divulgación e información entre los servicios de aduanas para lograr el estricto cumplimiento de la normativa, y
- la publicación de circulares dictando instrucciones para uniformizar las actuaciones de las diferentes aduanas, etc.

Pretender que con el simple recurso a la Ley de Contrabando de 1982 y el uso complementario de las normas administrativas antes expuestas se ha llegado al nivel óptimo de intervención estatal para reprimir las ilegalidades surgidas por la infracción del Convenio de Washington, es pecar por defecto sin lugar a dudas. Es más, incluso me atrevería a decir que es un escandaloso ejemplo de tacañería legislativa en un momento de motorización y producción legal sin precedentes. Sorprende que en un momento como el presente no quede, sin embargo, espacio ni tiempo para promulgar una norma que tienda a resolver directamente el problema.

<sup>2</sup> The Kill Factor En *The Guardian*, 8 de agosto de 1987, pág. 22

<sup>3</sup> Fitzgerald, S. *The International Wildlife Trade Whose Business is it?* 1989, pág. 4

<sup>4</sup> European Community Law Related to CITES Report on Applicable Legislation of Member States. General Introduction. <sup>5</sup> *El País*, 11 de febrero de 1991, pág. 21.

### III. OBJECIONES Y DEFECTOS

Pero es que, además, el uso del sistema actual plantea objeciones y defectos técnicos de importancia.

Veamos algunas consideraciones al respecto. El bien jurídico protegido en los delitos de contrabando es el normal funcionamiento de la hacienda pública y la economía nacional. En ese sentido, el preámbulo de la anterior Ley de Contrabando (19 de febrero de 1981) señalaba que «la magnitud alcanzada por el contrabando representa no sólo una disminución de los ingresos del tesoro, sino también un evidente perjuicio para las empresas que negocian con géneros ilícitamente importados y, en última instancia, para la economía nacional». Es por ello también por lo que la ley actual utiliza con frecuencia términos tales como «responsabilidad civil a favor del Estado», «deuda tributaria», etc. Ese bien jurídico poco o muy poco tiene que ver con el bien jurídico protegido al que se refiere el Convenio de Washington, que es la protección de especies en vías de desaparición, sin que el aspecto jurídico del comercio al que se ven, o se puedan ver, éstas sometidas tenga en sí mismo importancia alguna. Es decir, se prohíbe el comercio en el Convenio de Washington porque con ello se evita la captura de las especies, se protege su integridad física y, en última instancia, se favorece su conservación y supervivencia, eso es todo.

Por otra parte, y ésta es otra importante objeción a la efectividad del sistema actual, existe un despropósito pecuniario-valorativo de consideración entre los límites económicos que marca la Ley de Contrabando y el valor de mercado que generalmente se concede a esas especies. El artículo primero de la Ley 7/1982 establece que «son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas, los que importaren o exportaren géneros de lícito comercio sin presentarlo para su despacho en las oficinas de aduanas, etc». Es decir, solamente cuando el valor del género defraudado sea superior a un millón de pesetas el hecho constituiría delito. De no alcanzar tal cantidad, será una mera infracción administrativa. Así pues, para que el hecho constituya delito, el valor de los animales aprehendidos debe superar el millón de pesetas. Según parece, no se dispone por parte de las autoridades españolas de un catálogo valorativo adecuado y preciso de las especies en vías de desaparición que puedan llegar a España, algunas de ellas altamente exóticas y procedentes de lugares remotos, incluso a pesar de las facilidades de comunicación a disposición de la sociedad moderna. En muchos casos esa valoración debe efectuarse según las leyes del libre mercado y los únicos factores determinantes del precio son el bajísimo nivel de vida de los países exportadores y una limitada demanda procedente de ignorantes —en el sentido literal del término, es decir desconocedores del auténtico valor de la especie en peligro y sometida a comercio—, caprichosos o desapren-

sivos. Un interesante ejemplo al respecto es la reciente intervención en abril de 1991 de 54 ejemplares de la tortuga *caretta caretta* por efectivos de los Mossos d'Esquadra de Barcelona, en colaboración con la sección de medio ambiente de la Fiscalía de la citada ciudad. Esta tortuga es una especie mediterránea altamente rara y en vías de extinción. Las edades de los ejemplares intervenidos oscilaban entre los diez y los cien años y su precio mínimo en el mercado negro es de 100.000 pesetas cada ejemplar. Según parece, en este caso, el precio venía determinado por su rareza y por la elevada condición económica del tipo de individuo que finalmente iba a degustar la sopa con la tortuga elaborada, ya que «se tiene la certeza de que los ejemplares eran vendidos a restaurantes de lujo, tanto de Barcelona como del resto de España»<sup>6</sup>. En otros casos, sin embargo, es de imaginar que si el aspecto o sabor de la especie en cuestión no permite hacer demasadas maravillas gastronómicas, el precio de la pobre bestia caerá en picado. Así, por ejemplo, cuando en enero de 1991 la Guardia Civil decomisó en Baeza un carromato cargado con 24 animales salvajes sin ningún tipo de certificados, entre ellos un cocodrilo del río Nilo, varias serpientes Boa Anaconda y Pitón y un escorpión capturado en Mauritania, la factura que mostró la propietaria, que se dedicaba a la exhibición de los animales, correspondiente a los reptiles intervenidos se elevaba a la ridícula cantidad de 20.000 pesetas<sup>7</sup>. Ambos reptiles son especies protegidas.

Continúa indicando el artículo primero, párrafo último de la Ley 7/1982 que «no obstante lo dispuesto en el número 1 de este artículo, serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1. Cuando el objeto de contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualquiera otros cuya tenencia constituya delito.
2. Cuando el contrabando se realice a través de una organización.»

En el párrafo primero no se halla incluido el tráfico de especies en vías de extinción, ni se puede aplicar tampoco analógicamente, entre otras razones, porque la analogía está prohibida en el ámbito penal, salvo que esté expresamente prevista por la propia ley. La posible aplicación de la interpretación extensiva en el párrafo primero al supuesto controvertido, desata toda suerte de dudas dada la poca conexión entre la actual redacción del artículo y la materia objeto de análisis y todo ello sin olvidar la cautela que debe rodear este tipo de operaciones.

En consecuencia solamente cabrá aplicar la Ley de Contrabando cuando la especie afectada tenga un valor superior al millón de pesetas o bien cuando se trate de actos cometidos por una banda organizada, lo cual supondrá la aportación de una prueba complementaria en tal sentido, y con la correspondiente dilación y complejidad que todo ello implica.

Hay que señalar, a modo de inciso, que tampoco

<sup>6</sup> *El País*, 25 de abril de 1991, pág. 30.

<sup>7</sup> *El País*, 27 de enero de 1991. Ciudades, pág. 1.

han corrido mejor suerte las especies protegidas nacionales, cuando se trata de actos de comercio interior. El artículo 46, 2.º, j) del Reglamento de 25 de marzo de 1971 para la ejecución de la Ley de Caza de 1979, establece que serán meras faltas de caza «el comerciar con especies protegidas o con piezas de caza cuya edad o sexo, en el caso de que sean notorios, no concuerden con los legalmente permitidos, o sin cumplir los requisitos reglamentarios».

Lo cierto es que, dicho sea de paso, deberíamos plantearnos con seriedad la ampliación de la frase «una vida de perros» de forma que comprendiera a otras especies menos afortunadas, cuyas perspectivas de supervivencia y seguridad están muy por debajo de las de nuestros bien cuidados y muy amados canes.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La propia Comisión Europea es consciente de las limitaciones antes expuestas y que, según parece, no son sólo problema de nuestro país, sino también de otros países comunitarios. Posiblemente para atender a ese fin, y con el objeto de atajar la problemática descrita, se ha redactado recientemente un proyecto de Reglamento del Consejo estableciendo disposiciones respecto al comercio de especies de flora y fauna salvaje (Proposal for a Council Regulation (EEC) laying down provisions with regard to trade in species of wild fauna and flora). El artículo 26 del proyecto establece una serie de infracciones (introducción en, o exportación desde, la CEE de especies sin el correspondiente permiso o certificado, falsedad del mismo, incumplimiento de los requisitos establecidos en el propio certificado o permiso, declaraciones falsas, etc.), así como las sanciones aplicables al supuesto en cuestión. Las sanciones oscilan entre multas del tanto al quintuplo del valor de la especie afectada, sin que en todo caso la misma sea inferior a 2.000 ecus (aproximadamente 255.000 pesetas) o prisión de seis meses a cinco años, para los supuestos graves, para los supuestos menos graves la pena es de multa no inferior a 200 ecus (aproximadamente 25.500 pesetas) y no superior a 3.000 ecus (aproximadamente 382.000 pesetas). Establece también el proyecto que de tratarse una empresa u organización (person or body incorporated) se confiscarán las especies afectadas, así como cualquier bien u objeto que esté relacionado con la infracción.

Evidentemente, de aprobarse el reglamento anterior y dado su carácter obligatorio directo, a tenor de lo previsto en el artículo 189 del Tratado de Roma, el problema quedaría automáticamente resuelto en nuestro país. No obstante, como hemos podido comprobar, existe una clara necesidad de regular adecuadamente esta materia desde el punto de vista penal, dados los defectos y objeciones técnicas que la aplicación de la Ley de Contrabando suscita. Ciertamente, la oportunidad que supone la totalmente nueva redacción de un Código Penal sería una magnífica ocasión para afrontar de manera precisa el tema expuesto. Siempre se podría argumentar por los detractores de este tipo de iniciativas, si es que existen detractores al respecto, que el proyecto de reglamento está ahí y que al promulgarse éste, el problema quedará definitivamente resuelto. Cabría responder en contrapartida que más vale pájaro en mano que ciento volando y que, en todo caso, no es la primera vez que una ley española incluye artículos de un proyecto de normativa comunitaria. De hecho así ha ocurrido con la Ley de Conservación de la Naturaleza de 1989, que incorpora en gran medida muchos de los artículos del proyecto de Directiva de Hábitats. Hay que insistir que en estos momentos la Directiva de Hábitats sigue sin aprobarse, dada la oposición de ciertos países comunitarios, entre ellos, paradójicamente, España<sup>8</sup>.

Cada vez con más frecuencia escuchamos voces clamando por un mayor «desarrollo moral». Hay una tendencia ciertamente generalizada en la sociedad a rasgarse las vestiduras y a lamentarse de lo mal que está el mundo y de la ausencia de valores. No acaba de comprenderse, sin embargo, que en el actuar hurriano no hay parcelas de moral, alternadas con parcelas donde ésta no existe o no se aplica. Hay una unidad y un solo contexto moral que son incompatibles con los destrozos del medio ambiente, en general, y con las provocadas desapariciones de especies en particular.

Pretender lo contrario, más que una inconsecuencia, es aplicar un peligroso juego de esquizofrenia en la conducta humana. Esta consideración debe de estar perfilada con meridiana claridad en la mente de todos. A fin de cuentas el desarrollo del ser humano ha tenido lugar en un contexto medioambiental que está a punto de desaparecer y es necesario mantenerlo a toda costa. Y no me refiero solamente a los perjuicios físicos que tal desaparición puede comportar, renunciar a ese medio ambiente, a esas especies, es renunciar finalmente a la propia autorrealización del hombre.

<sup>8</sup> *El Independiente*, 1 de mayo de 1991, pág. 19.

# La Heráldica: un nuevo límite a la autonomía universitaria

Rafael S. MANZANA LAGUARDA

El claustro constituyente de la Universidad de Valencia, en sesiones celebradas los días 6 y 10 de mayo de 1985, procedió a la aprobación de sus Estatutos. La Administración autonómica les dio asimismo su aprobación definitiva, por Decreto 172/85, de 28 de octubre. Entre sus preceptos, se contienen los relativos al escudo y medalla (arts. 12 y concordantes).

Se dispuso en éstos la sustitución terminológica del concepto *Escudo* por el de *Emblema*, al tiempo que, de los cuatro elementos que integran aquel —escudos de los cofundadores de la Universidad: Papa Alejandro VI y Rey Fernando II, escudo de la ciudad de Valencia, y la imagen de la Virgen de la Sapiencia con el Niño en Brazos— se eliminó esta última.

Dicha decisión fue combatida sin éxito en vía administrativa, y posteriormente —con resultados favorables a las tesis de los recurrentes— ante los órganos jurisdiccionales. La Audiencia Territorial de Valencia (sentencia número 828/87, de 11 de diciembre, de la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo) anuló el acuerdo de supresión de la figura de la Virgen y ordenó la sustitución de la palabra *emblemata* por la de *escudo*. El Tribunal Supremo (sentencia de 12 de junio de 1990) confirmó dicha resolución. Hoy la cuestión pende del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

De la lectura de las antedichas resoluciones judiciales, es de destacar que por las partes implicadas se centró el debate jurídico en los siguientes argumentos:

1. Los antecedentes histórico fundacionales de la Universidad valenciana.
2. La obligación que pesa sobre los poderes públicos de respetar los sentimientos religiosos de la sociedad española.
3. La falta de emisión de los preceptivos estudios e informes previos que deben preceder a la elaboración de las disposiciones generales.
4. La carencia de motivación de un acto que se separa de una consolidada situación.
5. La inexistencia de causa jurídica, amparada en el interés público, que justifique la supresión del símbolo.
6. Por último, la desviación de poder, en la actuación del órgano universitario, como consecuencia de la carencia de justificación legítima de la eliminación de dicha figura del Escudo.

Veamos, pues, separadamente, cuáles han sido las diversas tesis argumentales mantenidas en torno a dichos extremos, y cuál el tratamiento e inter-

pretación que por los órganos judiciales se ha dado a los mismos. Para ello, vamos a agruparlos en cuatro bloques temáticos:

- I. La legitimidad del enfoque del tema desde la perspectiva de la libertad religiosa.
- II. El alcance invalidante de la falta de toma en consideración de informes previos a las tomas de decisiones de los órganos colegiados.
- III. La vinculación de la institución a sus precedentes históricos.
- IV. La búsqueda de una causa justificativa del acto recurrido, en orden a su eventual desviación de poder.

Y, condensando toda la anterior temática, el alcance efectivo de la autonomía universitaria, que es, en definitiva, el núcleo jurídico que subyace en el centro de la polémica, al margen de los respectivos posicionamientos ideológicos de los contendientes.

## I. LIBERTAD RELIGIOSA

El artículo 16.1.º de la Constitución garantiza simultáneamente tres libertades: la ideológica, la religiosa y la de culto; ahora bien, de su párrafo 3.º se infiere inmediatamente un tratamiento desigualitario entre el dispensado de la Iglesia católica, a la que se presume constitucionalmente dotada de arraigo social en España (art. 16.3.º), el que se prevé para las confesiones que acrediten haber alcanzado notorio arraigo (art. 7, Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 1980) y el de las restantes confesiones. Estimo, con autores como Ramón Soriano, que la expresa referencia contenida en el texto constitucional a la Iglesia católica constituye una de las más patentes contravenciones del artículo 14 de la propia Constitución.

Ahora bien, no es éste el lugar de extenderse acerca de las implicaciones entre la aconfesionalidad del Estado (art. 16.3.º de la Constitución) y la resolución universitaria que elimina de su simbología la figura de la Virgen, o entre la protección de las creencias religiosas de la sociedad española y la decisión de su mantenimiento. Entiendo que el tema debatido, es totalmente ajeno a esta materia y debe enfocarse y resolverse con independencia de tales planteamientos.

De hecho, el propio Tribunal Supremo, en el Fundamento Jurídico 3.º de su sentencia reconoce que del acto recurrido «...no se infiere una agresión intencionada a las creencias religiosas de gran parte de los ciudadanos españoles, ni puede entenderse que a través de aquél se derive un mandato a los

poderes públicos para hacer desaparecer signos o símbolos derivados de determinadas creencias religiosas que se encuentran arraigadas en la sociedad española».

## II. INFORMES PREVIOS OMITIDOS

El precepto estatutario impugnado es resultado de la aprobación de una enmienda transaccional, por 231 votos favorables, 15 en contra y 78 abstenciones.

El procedimiento de elaboración de los Estatutos de las Universidades no se ajusta a los trámites ordinarios de los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino a los fijados en el artículo 12 de la Ley de Ordenamiento 11/83 de Reforma Universitaria y D.T. 2.ª de la misma, por lo que cabría predicar la innecesariedad de los informes de los órganos a que se refieren los artículos 129 y siguientes de la LPA, que, por otra parte, serán siempre facultativos y no vinculantes, a falta de disposición expresa en contrario; en cualquier caso, en ninguno de tales preceptos de la normativa procedimental administrativa se alude a la necesidad de tomar en consideración los informes de las Reales Academias de Medicina y de Bellas Artes, o los escritos de catedráticos, profesores, alumnos y ex alumnos. Por ello, no cabría la válida invocación del artículo 47.1 c) de la LPA que declara la nulidad de los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». Habiéndose ajustado en su actuación el claustro constituyente a las pautas marcadas por la LRU, no cabe estimar nula su decisión. Debe tenerse presente que la normativa para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (arts. 9 y siguientes de la LPA) será tan sólo de supletoria aplicación en defecto de reglamentación específica, como aquí ocurre.

Por ello, el Tribunal Supremo sólo puede llegar al resultado invalidante, a través de una peculiar construcción: entiende que para que se produzca correctamente la voluntad colegiada del claustro «...es menester que los miembros que la componen traben exacto conocimiento de los informes y datos que han de obrar en el expediente, máxime cuando se trata de la producción de un acto administrativo de discrecionalidad técnica...». Consiguientemente, y «...no constando en el acta de la sesión... ni en la Orden de Convocatoria, que los asistentes al acto tuvieran a su disposición los escritos de los catedráticos, profesores, ex alumnos y alumnos de la Universidad en que expresaban sus razones para oponerse a dicha supresión en el Escudo de la Universidad...», como tampoco «...los informes de las Reales Academias de Medicina y Bellas Artes de San Carlos... que de forma unánime y motivada eran contrarias a la supresión de dicha imagen en el Escudo en cuestión...», es por lo que —concluye el Tribunal— «...al no poder tener en cuenta muchos de los miembros del claustro constituyente, para la formación de la voluntad *individual* de cada uno de

ellos, el contenido explícito de los referidos informes, no pudo formarse acertadamente ésta y, por ende, la voluntad colegiada del órgano. (FJ 4.º). Concluye con ello, estimando aplicable la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1 c) citado.

Entiendo doctrina pacífica hasta la fecha la que considera que la voluntad del órgano colegiado es independiente y distinta de las voluntades individuales de sus componentes, de tal manera que procederá estimar incorrectamente formada la voluntad colegial cuando han existido defectos en la convocatoria, no se ha respetado el quórum de asistencia, se ha resuelto en contra del parecer mayoritario, etc. Por ello, sorprende la afirmación implícita, por parte del Tribunal Supremo, de que los votos favorables al acuerdo impugnado procedían de voluntades viciadas en su formación, por haber concurrido en sus consentimientos alguna de las causas invalidantes previstas en los artículos 1.265 y siguientes del Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo) y sorprende doblemente por entrañar una auténtica función tutelar asumida y ejercida *ex officio*, por cuanto en ningún momento los miembros del claustro que adoptaron tal decisión favorable, titulares del interés legítimo en cuestión han denunciado engaño, manipulación, error, falta o desconocimiento de los datos que estimaron necesarios y suficientes para su adopción, teniendo su origen la impugnación, por el contrario, en los miembros discrepantes del parecer mayoritario.

## III. ASPECTOS HISTORICOS

Se recoge en la resolución del Tribunal Supremo una referencia a la raigambre histórica del Escudo «...que cuando menos desde el año 1771 fue utilizado como tal en toda la documentación de dicha Universidad, con tradición secular e ininterrumpida, incluso durante las numerosas vicisitudes políticas y religiosas por las que pasó el Estado español, sin que en ninguna de ellas, aun estableciéndose constitucionalmente la aconfesionalidad de éste, se hubiera modificado dicho histórico escudo o emblema, hasta el punto de que dichas circunstancias históricas, sin remontarnos a los nebulosos momentos de la fundación de dicha Universidad, que se remiten al acto de aprobación por el papa Alejandro VI, el 2 de enero de 1500, seguido del privilegio real fundacional dado por el rey Fernando el Católico, atendiendo las súplicas del arzobispo de Valencia don Ludovico de Borja, así como del Cabildo de la catedral y jurados de la ciudad, habiendo sido declarada la Santa Virgen María, bajo la advocación de «la Sapiencia», patrona de la Universidad, hecho evidenciado por la tradición y por los indubitados documentos y referencias históricas que constatan y confirman que, aun antes de 1771, ya se usaba como distintivo de la Universidad de Valencia el escudo o emblema conteniendo la imagen de la «Virgen de la Sapiencia» que ahora se pretende quitar...».

Tal impregnación histórica se instrumentaliza para —sobre la premisa del principio que exige la motivación de todo cambio de criterio, sostener la argu-

mentación de que no se evidencia la existencia de causa jurídica alguna, basada en el interés público, justificativa del cambio introducido. La naturaleza dinámica del devenir histórico y el radical cambio de circunstancias que tanto en la conciencia social como en la propia estructura organizativa del Estado, deriva de la promulgación del texto constitucional, debió constituir causa jurídica suficiente para estimar bien utilizadas las potestades autonormativas de la Universidad y sin duda no se hubiera requerido ningún otro plus de exigencias para valorar la corrección del contenido estatutario, de no haberse sobrecargado los tintes ideológicos que presidieron la confrontación de posiciones.

#### IV. CAUSA JURIDICA Y DESVIACION DE PODER

Afirma el Tribunal Supremo que «...en el expediente administrativo no consta fundamento objetivo, razonamiento ni demostración alguna, que jurídicamente justifique que la supresión de la tradicional y aludida imagen de la Virgen de la Sapiencia, en el escudo o emblema de la Universidad, haya de ser procedente...». Y, con relación a la fundamentación de dicha supresión, que hace la Administración, tanto en la aconfesionalidad religiosa del Estado como en la voluntad mayoritaria y democrática del claustro constituyente de la Universidad, entiende, no obstante, el Tribunal que «...con ello no se justifica que la actuación administrativa se hubiera realizado en función de un interés público o en función de un interés de servicio público» (FJ 5.º).

Entiendo que una cosa es la justificación jurídica del acto —única que debe controlar la jurisdicción— y que reside en la voluntad mayoritaria del claustro, en el ejercicio de sus competencias autoorganizativas y en la adecuación constitucional de los emblemas de la institución, y otra, ajena al ámbito de la revisión jurisdiccional, salvo que esta instancia participe asimismo de esferas de actuación que no deben serle propias, es la razón política o de oportunidad que haya motivado la decisión mayoritaria.

Reconducir, por último, la presencia de la Virgen en el escudo al ámbito del artículo 46 de la Constitución (principios rectores de la política social y económica), y entender que su modificación entraña atentar contra el patrimonio histórico, tradicional, cultural y espiritual del pueblo valenciano, que los poderes públicos deben conservar y proteger, supone una forzada búsqueda de refuerzos argumentales a duras penas sostenible. Su alegación ante la jurisdicción ordinaria sólo cabe de acuerdo con las leyes que desarrollen tales principios (art. 53.3.º de la Constitución). Y en todo caso, el respeto a los principios contenidos en los artículos 16.3.º y 27.10.º, goza de un superior nivel de protección (art. 53.2.º de la Constitución), disponiéndose en el artículo 7.1.º de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, que «vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos», añadiéndose en su párrafo 2.º que tales derechos «...se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

#### CUESTION FINAL: LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA

En definitiva, en el trasfondo del problema se encuentra el tema del alcance y límites del artículo 27.10.º de la Constitución: «Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.»

La autonomía universitaria fue abordada por el Tribunal Constitucional en su polémica sentencia número 26/87, de 27 de febrero (contó con tres votos particulares), y estimó mayoritariamente que no se trataba tanto de una garantía institucional como de un auténtico derecho fundamental, dotado de un contenido esencial que no puede ser restringido ni tan siquiera por el legislador ordinario. El artículo 3.2.º LRU contiene las facultades que la integran y, entre ellas, aparece la facultad autonormativa: «la elaboración de los Estatutos»; tampoco las normas básicas de homologación del sistema educativo pueden reducir la capacidad de autogobierno de cada Universidad (FJ: 7.º, sentencia 26/87). Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional (sentencia 55/89, de 23 de febrero) de «una potestad de autonormación entendida como la capacidad de un ente —en este caso, la Universidad— para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de las relaciones de coordinación con otros ordenamientos en los que aquel necesariamente ha de integrarse». En consecuencia, —añade (FJ 4.º)— que los Estatutos «...son reglamentos autónomos en los que plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley. Por ello..., a diferencia de lo que ocurre con los reglamentos ejecutivos de leyes que para ser legales deben seguir estrictamente el espíritu y finalidad de la ley habilitante que les sirve de fundamento, los Estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la ley no sirve sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria...».

El artículo 12 de la Ley LRU prevé que, tras la elaboración de los Estatutos, serán éstos aprobados por la Administración Autónoma si se ajustan a lo establecido en la LRU; se trata, por tanto, —resalta el Tribunal Constitucional en sus sentencias 26/87 y 55/89—, de un mero control de legalidad; «no cabe, pues, un control de oportunidad o conveniencia, ni siquiera de carácter meramente técnico dirigido a perfeccionar la redacción de la norma estatutaria».

Aun en el supuesto de haberse estimado existente el conflicto de intereses entre el principio de autonomía universitaria, dotado —como ha quedado dicho— del carácter de derecho fundamental, y otros principios, como, en su caso, la protección del patrimonio cultural, del sentimiento religioso, etc., debió, en aplicación de los precitados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, darse tutela preferente al primero. Al no hacerlo así, la autonomía universitaria ha resultado injustificadamente dañada, al verse restringida en nombre de la defensa de valores e intereses dotados de gran carga de discrecionalidad e indefinición. La cuestión queda ahora en manos del legítimo intérprete de la Constitución.

*Novedades*



ediciones  
**AKAL**

*akal/iure*

---

CODIGO PENAL COMENTADO

---

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL  
DEL DERECHO PENAL

Enrique Bacigalupo

---

PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL  
PARTE GENERAL

Enrique Bacigalupo

---

TEORIA DE LA PENA

Jacobo López Barja de Quiroga

---

NUEVA COLECCION

*iure/leyes*

---

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL M.<sup>a</sup> Carmen Calvo Sánchez  
José Martín Ostos  
Ernesto Pedraz Penalva

---

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL  
Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA

M.<sup>a</sup> Carmen Calvo Sánchez  
José Martín Ostos  
Ernesto Pedraz Penalva

---

COMPENDIO DE LEYES SOCIALES

Luis Enrique de la Villa Gil  
Gabriel García Becedas  
Aurora Domínguez González

---

CODIGO PENAL  
Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA

Bernardo del Rosal Blasco  
Jacobo López Barja de Quiroga  
Luis Rodríguez Ramos

# ESTUDIOS

## La víctima y el sistema penal\*

Julio B. J. MAIER

### 1. PANORAMA HISTORICO-JURIDICO Y GENERALIDADES

1. Cuando hoy se habla de la *víctima*, en el Derecho penal, o del *ofendido*, en el Derecho procesal penal, no sólo se tiene la impresión de ser impulsado por una *nueva ola* político-criminal, sino, además, de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí: «nueva ola»), y, más aún, de que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado<sup>1</sup>. Y, sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estudio del desarrollo evolutivo del sistema penal, que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaban la *composición*, como forma común de solución de los conflictos sociales, y el sistema acusatorio privado, como forma principal de la persecución penal<sup>2</sup>. La víctima fue desalojada de ese

pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos<sup>3</sup>; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción —el más intenso— en manos del Estado, que lo utilizaba *de oficio*, sin necesidad de una queja externa a él; el conflicto se había «estatalizado»: de allí que se hable, pleonásticamente, de una «criminalización del Derecho penal», antes bien, del origen del Derecho penal, tal como hoy lo conocemos culturalmente o mejor aún, del «nacimiento» de la pena<sup>4</sup>.

Por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal<sup>5</sup>. La reparación desapareció de ese sistema y quedó sólo como objeto

\* El artículo fue concebido como colaboración para una revista argentina de Derecho penal. Es por ello que, a pesar del valor universal de su discurso, ejemplifica ordinariamente con citas de la doctrina, legislación y jurisprudencia argentina, como quien lo escribe pertenece también al ámbito de vigencia de ese orden jurídico, las expresiones coloquiales («nuestro», «nuestros», «CP» por Código Penal argentino, «CPP nacional» por Código de Procedimientos en lo criminal para la justicia nacional y federal, etc.) se refieren ordinariamente a ese mismo contexto. Cuando no es así, se expresa el ámbito de vigencia por el nombre del país o, en ocasiones, de la provincia argentina a la que pertenece la cita. He agregado al texto argentino —para esta versión— el Código Procesal Penal de Costa Rica, porque pertenece a la región y es hijo del movimiento reformista que comenzó en la provincia de Córdoba (Arg.), en el año 1939.

Quiero advertir una vez más, como al principio de esta aclaración, que el contenido de ideas es universal, pues el artículo no se refiere a la descripción de un derecho positivo determinado. Y es preciso aclarar, además, que él pudo ser escrito gracias a la invitación que me formulara la *Alexander von Humboldt Stiftung* (Fundación Alejandro de Humboldt), de la República Federal de Alemania, y el profesor doctor Claus Roxin, de la *Ludwig-Maximilian Universität München* (Universidad Ludovico Maximiliano de Munich), del mismo país, durante los meses de septiembre-noviembre 1990, a quienes agradezco una vez más el apoyo que me brindaron y continúan brindándome, hecho que además explica la principal bibliografía consultada.

<sup>1</sup> Se puede leer en Hirsch, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en *Gedachtnissch-*

*rift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 699, contrario al movimiento, su caracterización como una *euforia* de la política criminal hacia el ofendido, que contrarresta la de años anteriores a favor del autor (resocialización). Sobre esta última nota adjetivante existen dudas fundadas, que el texto pondrá de manifiesto

<sup>2</sup> Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino [DPPa]*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1 b, # 5. B, pp. 23 y siguientes.

<sup>3</sup> Cf. Rieß, Peter, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag, Ed. C. H. Beck, München, 1989, pp. 9 y s. (número marginal 1); específicamente para la teoría procesal penal, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», n.º 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1981, p. 1148. Desde otro punto de vista, Christie, Nils, *Los límites del dolor* (trad. de *Limits to pain*, Universitetsforlaget, Oslo, 1981, de Caso, Mariluz, 1.ª edición en castellano, primera reimpresión), Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988, pp. 126 y s., donde cita un artículo suyo sobre esta problemática: *Conflicts as property*, 1977, que no he podido conseguir (leer, además, pp. 128 y ss.)

<sup>4</sup> Cf. Maier, Julio B. J., *DPPa*, cit., t. 1, b, # 5. D, pp. 47 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., ps. 1151 y siguiente.

<sup>5</sup> Se debe advertir que también el imputado fue empujado desde su papel de protagonista al de simple objeto de la investigación penal.

de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al *status quo ante* —o a la reparación del daño— entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal sólo le reservó al ofendido, en la materia, un papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad. Se habla, por ello, de una «expropiación» de los derechos del ofendido, que el mismo estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-nación, al erigir a ese Estado en portador del monopolio legítimo de la fuerza, y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de protección de bienes jurídicos, que rige de alguna manera en el Derecho penal, sobre todo, la de bienes jurídicos individuales y, aun más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto «bien jurídico», establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de la anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su «protección», a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y próximo a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un determinado sistema de organización social<sup>6</sup>. El conflicto se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado.

Fue el positivismo criminológico el que rescató la cuestión de una manera impropia, cuando, por intermedio de Ferri, incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; más allá aún, la pena integral comprendía la reparación de los daños y ésta era, como aquélla, perseguida oficialmente, sin consideración al interés de la víctima<sup>7</sup>. La idea se frustró, al parecer por ese empecinamiento del positivismo criminológico en socializar al extremo las instituciones, de transformarlas en funciones estatales, sin advertir —otra vez— los in-

tereses privados en juego y la justicia de su defensa personal. Sin embargo, como en otras áreas, no fue poco lo que quedó tras de sí, al abandonar el positivismo criminológico la escena del Derecho penal.

En nuestro Derecho positivo, no sólo quedó la determinación abstracta de la pena por escalas cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí y las medidas de seguridad, sino también su vocación por ingresar la cuestión civil al procedimiento penal (CP, 29 y ss.) que, aun con malos argumentos, provocó una regulación masiva de la acción civil reparatoria, ejercida en el procedimiento penal, por las leyes procesales locales, o la tolerancia de su ejercicio en esa sede<sup>8</sup>. Pero, además, es claro que el problema del daño causado y de su reparación, más el conocimiento de la víctima, juega un papel importante para la *determinación de la pena concreta* (CP, 41) y para la *rehabilitación* (CP, 20 ter), y, en materia estrictamente procesal, para la admisión del ofendido como querellante (acusador conjunto) en los delitos de acción pública (CPP nacional, 170; ver, también, CP, 72, II).

No se trata, entonces, de un problema nuevo, aunque sí de un problema actual. Y a la escena del debate penal actual la víctima ha sido traída de la mano de varios factores positivos y de alguno negativo. Entre los primeros se cuenta la victimología, cuyos cultores han logrado, con o sin razón, constituir una rama científica independiente<sup>9</sup>, y diferentes escuelas que procuran cierta *despenalización*, la solución de casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales (*diversión*) y hasta los mismos *abolicionistas*, autores estos últimos para quienes, sin embargo, no se trata de ingresar la reparación al Derecho penal, sino, antes bien, de desplazarlo completamente, reemplazando a la pena por otras soluciones —entre ellas, la reparación— para el conflicto, mecanismos culturalmente distantes del Derecho penal, razón por la cual distinguen estrictamente pena de reparación y no desean edificar Derecho penal alguno sobre esta última opción<sup>10</sup>. Entre los

<sup>6</sup> Cf. Jung, cit., *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152.

<sup>7</sup> Cf. Garófalo, R., *Indemnización a las víctimas del delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, pp. 60 y ss.; Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s/año, t. 2.º, p. 199 y n.º 88, II, pp. 275 y siguientes.

Este es el origen del artículo 29, del CP argentino que inicialmente (proyectos 1891, 1906 y 1917), por influencia del positivismo criminológico, quiso terminar con la distinción entre pena (pública) y reparación (interés privado), mandando al juez penal ordenar la reparación integral en la condena penal, también como función estatal (pública) que no precisa de la iniciativa privada (de oficio): cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, Ed. Córdoba, Córdoba, 1982, primera parte, tit. II, cap. II, pp. 29 y ss., Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, Ed. del autor, Córdoba, 1965, cap. 1, 2 y 3, pp. 11 y siguientes; Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, cap. 7 y 10, pp. 212 y ss.

<sup>8</sup> Recuérdese que la tendencia originaria fue contraria, hecho del que es testigo el CPP nacional y la mutilación del capítulo dedicado a ello por su proyectista, doctor Manuel Obarrio.

<sup>9</sup> Cf., panorámicamente y con detalles bibliográficos, Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2.ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, # 52, pp. 465 y ss.; la afirmación de que la *Victimología* ha impulsado desde hace años la transformación, en el sentido expresado, del sistema penal, es hoy un lugar común: cf., por todos, Jung, Heike, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1147, con indicaciones bibliográficas específicas (nota 2); y

Weigend, Thomas, *Victimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», W. de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1984, n.º 96, pp. 761 y ss., quien da a conocer las distintas direcciones, algo caóticas, según las cuales trabaja la victimología, sus logros prácticos y, en especial, la principal bibliografía en inglés

<sup>10</sup> Cf. Roxin, Claus, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, al cuidado de Schöch, Heinz, Ed. W. Fink, Munich, 1987, p. 41; Hulsman, Louk y Bemat de Cellis, J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa* (trad. de Peines perdues. *Le système pénal en question*, de Politoff, Sergio) [*Sistema penal*], Ed. Anel, Barcelona, 1984; Christie, Nils, *Los límites del dolor*, cit. Un excelente resumen sobre los puntos de partida de esta corriente de opinión (subjetivación y particularización del conocimiento de la realidad, destacando precisamente las notas concretas del caso por encima de su conceptualización), más valioso aun porque se logra también por comparación con la tendencia de la *criminología crítica*, emparentada a ella desde el punto de vista de la crítica del sistema penal como expresión del poder y del control social del Estado capitalista, en la tesis de maestría de Gieszen, Hans P.J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones-problema. Un estudio en Buena Vista, Maracaibo*, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, enero de 1989. Introducción y cap. I, pp. 1 y ss., allí se verá bien marcada la tendencia del abolicionismo a criticar la «alineación» del conflicto por parte del sistema penal, mediante el mecanismo de «robárselo a las partes», y su

factores negativos, todos cuentan el fracaso —en gran medida— de la política resocializadora y la frustración del tratamiento social-terapéutico<sup>11</sup>.

II. Conviene advertir, también, acerca de que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal, tampoco del Derecho penal material, únicamente. Se trata, antes bien, de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, y, por fin, de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal. Así, la discusión, aunque se encare en algunos casos, principalmente, desde el ángulo de observación del Derecho penal<sup>12</sup>, y, en otros, desde el punto de vista del Derecho procesal penal<sup>13</sup>, preferentemente, no puede prescindir de los elementos que aporta la otra rama jurídica. Es por ello, precisamente, que aquí comenzamos de la manera indicada en el título: se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto.

Más allá de ello, se trata también de un problema que, como veremos, pone en juego la frontera entre el Derecho privado y el Derecho penal, de la mano de dos reacciones características de cada uno de ellos, la preparación y la pena. Tal resultado, que alerta nuestro sentimiento jurídico conceptual, pues para nuestra cultura actual la separación —y hasta estricta— de ambos ámbitos de relaciones es autoevidente en nuestro orden jurídico, no debe alarmar, puesto que sólo podrá emerger de la contestación a la pregunta sobre la racionalidad de responder al fenómeno delictual con una u otra reacción, o con ambas a la vez (en su caso, en qué medida y por cuáles medios), y no de la solución conceptual, especulativa, que demos al problema. De todos modos, hoy existen modelos casi «privados» en el Derecho penal (las acciones privadas) y «penales» en el Derecho privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral). Más allá de ello, el Derecho penal-estatal ha perdido interés en la llamada *delincuencia de bagatela*, que procura solucionar con medios próximos al Derecho privado (enmienda reparatoria a favor de la víctima, conciliación, ejercicio privado de la acción o instancia privada), y el Derecho privado, sobre todo en el ámbito del procedimiento judicial, reclama, con acento reformista, un subido tono oficial.

Es conveniente, también, señalar aquí las diversas formas que adquiere la discusión, según se de-

sarrolle, preferentemente, en uno u otro ámbito, e indicar, asimismo, cómo los problemas que se presentan en uno de estos ámbitos son reflejados, cual un espejo, en el otro. La discusión principal en el Derecho penal se vincula con la *reparación integral* del daño sufrido por la víctima, su posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto a los otros fines reconocidos o dentro de ellos, el ingreso al catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, privación de libertad y multa, en el marco de cierta despenalización, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena.

El tema, en el Derecho procesal penal, es conocido a través de la *participación acordada al ofendido en el procedimiento penal*, o de su *posición* en él. Se trata, como mínimo, de mejorar su posición cuando informa como testigo del hecho punible que, presuntamente, lo tiene a él como protagonista (víctima), para crearle cierta coraza de protección frente al abuso de los derechos defensivos por parte del imputado y su defensa, más allá, de reconocerle la posibilidad de perseguir en el procedimiento penal oficial (por delito de acción pública), juntamente con el ministerio público o adhiriéndose a su persecución, de admitir su necesidad de conocer y controlar la clausura del procedimiento y el correcto ejercicio de los deberes de persecución penal por parte del ministerio público, de ampliar el ámbito de los delitos que él persigue, autónomamente, ensanchando el marco de valor de la autonomía de su voluntad, de mejorar su posición como actor civil dentro del procedimiento penal, y, por fin, de la creación de ciertos institutos procesales (suspensión del procedimiento a prueba) que privilegien la reparación a él debida, antes que la reacción penal, al menos en los delitos de importancia media y leves.

En el procedimiento penal, por lo demás, se menciona a quien ha sufrido el daño del hecho punible como *ofendido*; en el Derecho penal, en cambio, se lo nombra como *víctima*. Ambas denominaciones son, sin embargo, utilizadas como sinónimos.

Además, la cuestión consiste, tanto dentro del campo del Derecho penal como del Derecho procesal penal, en una ampliación considerable del concepto de víctima u ofendido, válido también para aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos transindividuales (colectivos o universales). Las asociaciones intermedias, constituidas

orientación hacia la solución particularizada del caso por composición entre sus protagonistas (algunos más de aquellos principales, víctima y victimario), sistema de procedimiento —no pena— que denominan «manejo de situaciones-problema». Conviene leer también la rescensión de este último libro de Pavarini, Massimo, *¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal*, en *No hay derecho*, Buenos Aires, 1990, año I, n.º 1, pp. 4 y ss.; para advertir cómo esa es una verdad relativa. «La forma principal de reapropiación [del conflicto social con connotaciones penales] no puede sino realizarse a través del uso del instrumento privado-resarcitorio, entendido no sólo en forma pecuniaria. Momentos simbólicos como el perdón de la víctima, el reconocimiento de la culpa y el arrepentimiento del acto desviado, o bien satisfacciones acordadas entre los distintos sujetos coenvueltos en la acción desviada (como el trabajo gratuito en favor de la víctima, o

de la comunidad, o del barrio, o en favor de propósitos socialmente apreciables o altruistas) pueden ofrecerse como mediaciones privadas del conflicto».

<sup>11</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 699 y ss., observa repetidamente a este movimiento político-criminal como provocado por una política criminal también unilateral: la *ideología del tratamiento*.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pp. 37 y siguientes.

<sup>13</sup> Por ejemplo, Eser, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1989, pp. 723, y ss.; Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, Gutachten C zum 55. Deutschen Juristentag, Ed. Beck, Munich, 1984.

precisamente para la defensa de ciertos bienes jurídicos, o cuyo objeto coincide con la defensa de algunos de ellos, constituyen, en este ámbito, el principal foco de atención.

III. Según se puede observar, se trata principalmente de un tema político-criminal, que hoy ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal, que, por su carácter, son de extrema importancia, pues tocan la base del sistema: el Derecho penal en su conjunto, casi se podría decir, era «enemigo de la víctima», al menos en el sentido de que privilegiaba la pena estatal y el control social directo por sobre cualquier otro aspecto del delito, por ejemplo, su daño individual o social concreto, privilegio que, en muchas ocasiones, impedía toda reparación del daño, aunque existieran buenas posibilidades e intenciones para ello; hoy el movimiento reformista exige, en cambio, como meta final a alcanzar, una inversión de la situación, tal que se privilegie la reparación, en todo caso individual, por referida al caso concreto, por sobre el interés estatal en la pena. Precisamente, cuando se quiere mejorar la situación de la víctima uno no puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aun los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del Derecho penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular (Derecho penal y Derecho privado), los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial, la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado; de allí la dificultad para tomar decisiones y emprender un camino que opere prácticamente, pues hasta ahora las soluciones, en la práctica, no han rendido demasiados frutos<sup>14</sup>.

Para ello se indica e intenta varios caminos. Uno tiene la impresión clara de que en este tema no es posible hallar soluciones si no se trabaja, a la vez, con los dos sectores jurídicos que conforman básicamente el sistema penal, el Derecho penal y el Derecho procesal penal, como, en realidad, sucede con todos los temas cuando reclaman ser operativos. Pero en este problema, sin embargo, se advierte también que las decisiones que se tome en el nivel del Derecho penal material son de mayor importancia o, en todo caso, preceden a las instrumentales<sup>15</sup>. Esta es la razón por la cual precede a toda la exposición sobre la posición jurídica del ofendido en el procedimiento penal, una reflexión de carácter poli-

tico-criminal referida, fundamentalmente, al Derecho penal material.

No se pretenda hallar aquí más que una indicación de los problemas y ciertas reflexiones provisionales sobre ellos. El tema debe ser trabajado, sobre todo entre nosotros, que no hemos ingresado aún al debate<sup>16</sup>. Aquí sólo se pretende, en principio, informar sobre la existencia del problema y su discusión, con ello dar impulso inicial a la reflexión sobre él y, en la medida de lo posible, informar sobre la literatura jurídica que nos ha sido posible consultar.

## 2. LA DISCUSION EN EL DERECHO PENAL MATERIAL<sup>17</sup>

### a) Privatización del Derecho penal

Algunos esperan, cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano, una *privatización* del Derecho penal<sup>18</sup>: la *reparación* toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción, sino, en general, a la aplicación del Derecho penal; la *composición* privada del conflicto, en cambio, toma el lugar del procedimiento penal. Son tocantes las ideas del profesor Maihofer, según el informe de Weigend: aquél se preguntaba «...cómo se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes y, también, de la idea de reparación. El señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derecho en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado

<sup>14</sup> Consciente de chocar con estos problemas fundamentales, Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 767.

<sup>15</sup> Así, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 706.

<sup>16</sup> Cf. entre nosotros, Jimenez de Asúa, Luis, *Estudios de Derecho penal y criminología* («La llamada victimología»), Ed. Bibl. Arg., Buenos Aires, 1961, pp. 22 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Elementos de criminología*, Ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1982, pp. 251 y ss., la reseña sobre victimología en Latinoamérica, por cierto pobre, en Carmen Antony, *La victimología en América Latina*, en *Llanud*, año 5, números 13-14, Costa Rica, 1982, pp. 62 y ss., recientemente, sobre la importancia de la victimología en el movimiento de transformación y ampliación del ob-

jeto de la criminología, García-Pablos de Molina, Antonio, *La aportación de la criminología al estudio del problema criminal*, en «Doctrina Penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 633 y siguiente.

<sup>17</sup> Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., pp. 37 y ss., quien presenta esquemáticamente las soluciones posibles para quien mira positivamente el instituto de la reparación en el Derecho penal.

<sup>18</sup> Cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 747. Yo mismo soy de la idea de que esto ocurrirá dentro de ciertos límites, más aun si el tiempo no se cuenta según nuestra existencia personal, en todo caso efímera, sino históricamente. En contra Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., C. I, p. 46 (n.º al margen 60).

en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal».<sup>19</sup>

Por supuesto, las propuestas en este sentido, de un Derecho penal *privatizado*, son escasas, en primer lugar, y, después, de extensión muy diferente. Sólo unos pocos se refieren a la privatización del conflicto social base del caso penal como una solución integral, precisamente los *abolicionistas*, que pretenden reemplazar el Derecho penal totalmente como forma de solución de los conflictos sociales y, por tanto, no confunden reparación con reacción penal, sino que, antes bien, cuidan de expresar con aquélla algo materialmente distinto a la pena como sanción estatal<sup>20</sup>. Otros, menos radicales en sus soluciones, más pendientes de nuestro tiempo y de lo posible culturalmente, colocan cierta clase de delitos o ciertas penas fuera de acción cuando se logra la composición entre autor y víctima y sobreviene la reparación; la propuesta, desde el punto de vista teórico, es idéntica a la anterior, aunque reducida en su ámbito de aplicación: la *despenalización* de ciertos comportamientos<sup>21</sup>. También esta propuesta se desarrolla para evitar el ingreso en funciones, la aplicación, del Derecho penal. Ambas propuestas tienen de común que logran invertir el modelo: en lugar de que la pena, preferida a la reparación, torne a esta última imposible por su ejecución, colocan a la reparación *delante* de la pena.

Las protestas contra ese modo de proceder no son difíciles de imaginar. Todas tocan puntos neurálgicos del origen del Derecho penal (estatal). La primera advierte que la solución privada de los conflictos sociales llamados delitos del Derecho penal, deja un *plus* de injusto sin remediar, precisamente aquel que determinó su ingreso específico al campo del Derecho penal y de la persecución pública, aquel *plus*, por cierto, que intentó responder no sólo al in-

terés privado. De ella se desprende, también, el escaso valor de prevención general de la solución, en tanto el autor sepa que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, conseguirá impunidad, que no deberá pagar *sobreprecio* por el delito cometido<sup>22</sup>. La segunda objeción reside en el peligro de regresar al imperio de los poderosos, una de las causas justas de la irrupción del Derecho penal autoritario, y disolver el Derecho penal en una suerte de juego de presiones privadas, de las cuales saldrán victoriosos los más fuertes que «quizás pongan más en peligro la paz jurídica que el hecho mismo»<sup>23</sup>.

## b) Oficialización del derecho reparatorio

Frecuentemente se piensa también al revés, en una *publicización* de la reparación civil, esto es, en constituir a la reparación en una pena o sanción del Derecho penal, al lado de las penas ya existentes, integrando el catálogo sancionatorio del Derecho penal<sup>24</sup>. Este camino fue el que recorrió el impulso del positivismo criminológico, según fue dicho, impulso que, en nuestro país, sólo fue frenado por quienes pusieron de relieve la independencia básica de las acciones penal y civil, conforme al CC, 1096 y cc.<sup>25</sup>

Precisamente, contra esta independencia chocan quienes se proponen una reforma de tal magnitud. Y la oposición es grande, conceptual, pues proviene de uno de los fundamentos del orden jurídico actual, en nuestra organización social, base para la existencia del Derecho privado patrimonial: el derecho de propiedad (privada) y sus reflejos, el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo. En la práctica, esta razón es la que hizo fracasar los impulsos positivistas en nuestro país: la im-

<sup>19</sup> Weigend, Thomas. *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1981 in Bielefeld) [Tagungsbericht]*, en «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», n.º 93, Ed. W. de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1981, pp. 1283 y ss., quien da a conocer la opinión general del profesor Maihofer (traducción propia).

Se puede agregar que la idea allí desarrollada no es una originalidad del autor sobre el cual se informa o de cierta parte de la doctrina alemana: la fuerza extraordinaria del movimiento hacia la víctima del sistema penal en el Derecho americano del Norte (parcialmente: en el Derecho anglosajón), con todas sus derivaciones e implicaciones, hasta el punto de exigir enmiendas constitucionales para consagrar los denominados *derechos de las víctimas de delitos*, en Stark, James and Goldstein, Howard W., *The rights of crime victims*, Ed. Bantam Books, Toronto-Nueva York-Londres-Sydney-Auckland, 1985; en especial sobre el derecho a ser protagonista principal del procedimiento penal, a *particular en el sistema judicial en materia penal*, cap. II, pp. 19 y ss.

<sup>20</sup> Cf. también, Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 41, quien observa con razón «que la teoría de la reparación abolicionista parte del hecho de que la reparación es distinta esencialmente de la pena y no puede hallar lugar alguno en el Derecho penal» (trad. propia). Cf. Hulsman y Bernat de Ceils, *Sistema penal*, cit., en especial números 29 y 30, pp. 76 y ss., números 51 y ss., pp. 116 y ss., y Christie, *Los límites del dolor*, cit., XI, específicamente pp. 128 y ss., para quienes esa sentencia es autoevidente.

<sup>21</sup> Roxin, *ibidem*, pp. 43 y s., menciona aquí dos ejemplos. # 167 del nuevo Código Penal austríaco, en tanto ampliando el ámbito del desestimiento de la tentativa, como causa de exclusión de la punibilidad, permite prescindir de la pena, en un gran número de delitos contra la propiedad y el patrimonio, siempre que la reparación o, por lo menos, el compromiso compensatorio, se

lleve a cabo antes de que la autoridad conozca el delito; la propuesta alternativa sobre una ley sobre el hurto en tiendas, en la República Federal de Alemania, permitía, bajo ciertas condiciones, prescindir de la pena y de la persecución por el pago de una reparación (enmienda a la víctima) elevada (el doble del precio comercial de la cosa).

<sup>22</sup> Escuché de Sebastián Soler la anécdota de que un ciudadano romano que vivió en época de inflación de la moneda, se paseaba por la Vía Appia Antica insultando a las personas y entregándoles de inmediato 21 ases, la pena del delito contra el honor. Cf. la objeción en: Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 710 y siguiente.

<sup>23</sup> Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 44.

<sup>24</sup> Los autores de Derecho civil han pensado así de la reparación del daño moral, a la que han considerado directamente una pena pecuniaria a favor del lesionado por el hecho (enmienda) o, cuando menos, han descubierto en ella ingredientes sancionatorios: cf., con abundante bibliografía extranjera, Llambas, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho civil - Obligaciones [Tratado]*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, cap. X, números 255 y ss., pp. 329 y ss. También los procesalistas civiles postulan, casi al unísono, una recreación autoritaria del Derecho procesal civil, en desmedro del principio dispositivo (autonomía de la voluntad), movimiento con algunas características similares: cf., en la legislación argentina, Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, t. I, ps. 115 y siguientes.

<sup>25</sup> Cf. Núñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, cit., primera parte, tít. I, 3, pp. 25 y ss., tít. II, cap. I, pp. 23 y ss., y cap. II, pp. 34 y ss.; Vélez Mariconde, Alfredo, *Acción resarcitoria*, cit., cap. I, pp. 7 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, números 6 y 7, pp. 28 y ss., cap. 7.º, números 9 y 10, pp. 211 y siguientes.

posibilidad de obligar a la víctima a aceptar las acciones reparatorias del autor, más simplemente, a tomar dinero del autor, y, más allá de ello, la necesidad de que la víctima exprese su voluntad en el sentido de pretender la reparación. Según se observa, una solución como la propuesta acerca de otra manera los extremos, Derecho penal y Derecho privado, en tanto, al menos para el ámbito del derecho reparatorio proveniente de un delito penal, amenazamos con disolver la pretensión civil en una sanción penal, justamente el punto extremo inverso al examinado anteriormente. Los penalistas no deberían insistir, e mi juicio, en estos caminos, conociendo, como conocen, los peligros del Derecho autoritario.

Se ha observado que para convertir la reparación en una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de su característica principal y de su ventaja fundamental frente a la pena: la composición entre autor y víctima, voluntaria en principio<sup>26</sup>. Este es, sin embargo, un argumento político de efecto, pues la reparación, supuesto el reclamo de la víctima o del portador del derecho reparatorio, se convierte en coacción estatal cuando se agotan los caminos del acuerdo. El problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coerción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la *publicización* de la pretensión resarcitoria —si aún le conviene ese nombre (mejor: estatalización)—, se trae a juego otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía. El Derecho autoritario crece. De tal manera, el problema es siempre el mismo: la pregunta acerca de si estamos dispuestos a superar la división trazada entre el Derecho privado y el Derecho penal, una vez que este último apareció en escena como pura reglamentación del poder estatal.

También se trata de un argumento aparente, opositor a la *publicización* de la reparación, aquel que hace hincapié en la necesidad de aplicación de principios penales al resarcimiento del daño, tales como el *nulla poena sine lege praevia*, el *ne bis in idem* y el *in dubio pro reo*, si se la incluye en el catálogo de penas; con ello no se auxiliaría a la víctima, sino que, antes bien, se la perjudicaría, consecuencia directa de la dificultad de aplicación que suponen tales principios<sup>27</sup>. En verdad, con prescindencia del resultado del procedimiento penal, el Derecho civil conoce reglas reparatorias del daño que funcionan *objetivamente*, en el sentido de que su principio fundante no es el reproche del comportamiento injusto, sino, an-

tes bien, el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro, sin causa legítima que lo autorice. Así se funda, por ejemplo, la necesidad de reparar de quien, en un estado de necesidad justificante (CP, 34, inc. 3), daña la cosa de otro para evitar una lesión mayor, referente a un bien jurídico del que es portador<sup>28</sup>. Las reglas de Derecho privado permitirían, como lo permiten hoy, reparar sin ilícito y sin culpabilidad<sup>29</sup>. Si estas no son derogadas, el ofendido podrá acudir a ellas para lograr aquello que la enmienda, esto es, la pena de reparación a su favor, no logró. Y no se diga que existe *bis in idem*, porque el ofendido no puso de manifiesto su pretensión resarcitoria, fundada en el daño sufrido, no demandó, según las reglas de Derecho privado lo autorizan, y, por ello, nadie decidió sobre esa pretensión legítima; y, si lo hizo, esto es, si demandó, por ejemplo en el procedimiento penal, entonces es correcta la aplicación de la fuerza de clausura de la *cosa juzgada*.

El problema es siempre el mismo, aunque la solución sea inversa: en el Derecho actual son perfectamente diferenciables pena estatal, como herramienta de control social directo del ciudadano por parte del Estado, y reparación, como respuesta a un conflicto privado de intereses que el Estado sólo asume para solucionarlo, en la medida en la cual los particulares requieren su intervención. En qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de ingredientes privados en la pena o de elementos públicos en la reparación, y si alguno de estos caminos es deseable desde el punto de vista político-criminal, constituye la verdadera pregunta a responder.

### c) Reparación y funciones del Derecho penal

A esta última pregunta intentan responder, positivamente, quienes integran la reparación del daño a algún fin mentado por la pena estatal<sup>30</sup>; y también, negativamente, la crítica a esa posición.

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata, en principio, de que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho penal, sino de que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho penal. Desde el punto de vista *preventivo-general*, el acento no está puesto sobre el efecto disuasorio (intimidatorio) de la pena, que puede cumplir, incluso con mayor

<sup>26</sup> Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 45.

<sup>27</sup> Cf. *ibidem*, p. 44; reproche de Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 721.

<sup>28</sup> Quien con mi abrigo apaga el incendio de su casa; o aquél «a cuyo favor» se apaga el incendio, a pesar de no haber intervenido en la acción de salvamento.

<sup>29</sup> Siempre tuve la sospecha de que la compensación de daños, incluso la proveniente de un delito, penal o meramente civil, se vinculaba con una *regla distributiva*, tal como la teoría del enriquecimiento sin causa legítima, y no con el reproche al autor de un comportamiento antijurídico de lesión de un bien jurídico. Otro ejemplo se puede hallar en el Derecho público: el Estado respon-

de por los daños que ocasione en el ejercicio de su actividad legítima (cf., esquemáticamente, Cassagne, Juan Carlos, *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado*, El Derecho, Buenos Aires, 1982, t. 99, pp. 937 y ss., en especial pp. 940, 942 y ss.; *idem* *Derecho administrativo* (2.ª edición), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. I, lit 2.º, cap. III, pp. 269 y ss.; si sólo esbozo el problema es por la escasez de conocimientos sobre él.

<sup>30</sup> Cf. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., XIII, y ss., pp. 45 y ss., cuya idea será tratada en el texto; más detalles bibliográficos en la República Federal de Alemania, en ese artículo

propiedad, la pena pecuniaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente, la necesidad de la pena, en aquellos casos en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual. La solución reparatoria anida, precisamente, en el concepto de *prevención integral*, como fin de satisfacción de la conciencia jurídica general, ante la quiebra del orden jurídico, que cumple la sanción —y que, en esos casos, debe cumplir la reparación—, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la *prevención general positiva*, como fin de la pena y función del Derecho penal: estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica.

No es posible aquí extender la explicación sobre los fines de la pena. En concreto, la reparación —antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento, en la medida de lo posible— reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la generalidad, por la quiebra del orden jurídico.

Empero, quienes piensan así presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente, obligación de castigar en el caso particular y, además, como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena, total o parcialmente, por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del Derecho penal exige esta última solución<sup>31</sup>.

No es de extrañar que desde este punto de vista se pueda incluir el trabajo de provecho para la comunidad como una prestación del mismo tipo (reparatoria) para la solución de delitos que afectan bienes jurídicos colectivos.

Desde el punto de vista *preventivo especial*, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinserirse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, pues es limitada por definición, no consiste en la internalización de un modelo y en su sumisión a él, ni presenta las desventajas de toda privación de libertad (etiquetamiento y deterioro social). Se destaca en especial que, para que juegue ese papel, la reparación se debe alejar de su realización coactiva, en la mayor medida posible, pues a mayor espontaneidad, mayor valor preventivo especial.

La comprensión teórica del ingreso de la reparación a los fines tradicionales de la pena no es fácilmente criticable, por la misma razón que esa comprensión teórica aparece, por momentos, como pura especulación, a pesar de que, en el caso, parece es-

tar avalada por ciertos estudios empíricos<sup>32</sup>. Es fácil deducir que la crítica sólo puede tener carácter especulativo. Aquella que cree hallar oculto un regreso a la idea retributiva de la pena<sup>33</sup> es tan injusta o tan cierta como la afirmación de que, tras de los fines utilitarios atribuidos a la pena, se esconde la retribución o, peor aún, la mera justificación de la utilización coactiva del poder político<sup>34</sup>. De la misma manera, la crítica principal, que rechaza también la idea de que la retribución pueda integrar los fines de la pena, me parece a mí fundada en una afirmación absolutamente dogmática<sup>35</sup>, tan cierta, o incierta, tan justa o injusta, como la opinión criticada: a propósito de que «el Derecho penal, como ámbito parcial del orden jurídico, se ocupa de las pretensiones penales del Estado y de las penas y medidas vinculadas a ellas»<sup>36</sup>, satisfacer a la víctima no es función del Derecho penal, sino del derecho privado. Si de programas políticos se trata, la reparación no puede integrar los fines de la reacción estatal directa con motivo de un delito... hasta que se integre a ellos, no puede ser función del Derecho penal... hasta que lo sea, hasta que una de sus tareas, y no la menos importante, sea auxiliar a la víctima: procurar que el mundo alcance aquel estado que debió tener sin la infracción, esto es, regresarlo, en lo posible, al estado que tenía antes de cometido el delito o procurar que arribe a otro estado, según los deseos del orden jurídico. Si esta proposición política es racional, la pregunta sigue siendo la misma: ¿en qué medida y cómo puede el Derecho penal, con sus medios y formas de proceder, cumplir esa función, arribar a esa meta?

#### d) Decantación de la discusión y propuestas concretas

1. Me parece evidente que no hemos llegado tan lejos en nuestra forma de asociación política actual como para aspirar a una disolución del Derecho penal en modos de administración de justicia privados, que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna la asociación. Al menos por un tiempo que supera nuestro tiempo existencial y que alcanzará dimensiones históricas imprevisibles para un ser humano, conviviremos con el Derecho penal y con sus formas de expresión. El presupuesto para que existan cambios visibles históricamente es una nueva forma de organización social, posiblemente, una forma que coloque el ejercicio del poder político próximo a los ciudadanos que lo crean y conforman, participativa y más igualitaria en la distribución del poder que la actual.

Es probable que, hasta que aquello suceda, tengan cierta razón quienes, para oponerse a la reparación o a la composición privada, como forma de

<sup>31</sup> Roxin, *ibidem*, p. 50

<sup>32</sup> Roxin, *ibidem*, XII, p. 49.

<sup>33</sup> Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafvorfahrenrecht*, pp. 709 y siguiente.

<sup>34</sup> Cf. Baratta, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en *Poder y control*, Ed. Promo-

ciones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1986, pp. 77 y ss

<sup>35</sup> Weigend, *Tagungsbericht*, cit., p. 1283, informa acerca de la misma opinión de Albin Eser.

<sup>36</sup> Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafvorfahrenrecht*, p. 709.

encarar el conflicto, observan que ello conducirá al triunfo de los poderosos, de los más fuertes. En efecto, la disolución del conflicto social en uno que sólo pone en juego intereses privados, contrapuestos directamente, terminará por arrojar su solución al juego de las presiones y sutiles coacciones sociales, de manera que los fuertes y más poderosos triunfarán sobre los débiles, menos poderosos. Ello no debería asombrar, pues así funciona, en general, nuestra administración de justicia en Derecho privado actualmente, a la cual no acceden los débiles y en la cual, probablemente, tampoco triunfan ellos, en gran medida<sup>37</sup>.

Empero, a decir verdad, el Derecho penal (estatal), cualquiera que hayan sido o que sean sus motivos legitimantes, ha mostrado la misma tendencia, precisamente por su aplicación, con preferencia, a los más débiles<sup>38</sup>, y hasta se ha caracterizado, en gran medida, por marginar a los ya marginados; se trata, y no casualmente, de la contrapartida de aquello que sucede en Derecho privado: quienes acá no acceden a la administración de justicia son *accedidos* a la justicia criminal coactivamente, por voluntad del mismo Estado que imparte justicia.

Ahora se puede observar cómo el movimiento a favor de la víctima no representa aquello que, quienes se oponen a su ingreso en el Derecho penal, predicán de él: una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor, mejor dicho, a favorecer al autor<sup>39</sup>. Ese movimiento y las reformas que pretende se enmarcan, precisamente, dentro del mismo ritmo político-criminal que procura humanizar el Derecho penal para el autor y transformarlo en un instrumento humano de solución de conflictos sociales, evitando su comparación absoluta con el ejercicio liso y llano del poder estatal y, menos aun, con quienes, en definitiva, detentan el poder político<sup>40</sup>. Basta observar las soluciones propuestas que siempre colocan a la reparación en lugar de la pena o como determinante de su

abreviación (*diversión*), para arribar a esa conclusión.

Por el momento, si se mantiene la concepción de la pena estatal y del Derecho penal como forma de control social directo, la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema<sup>41</sup>. Secundario, pero no por ello menos necesario y cada vez más importante.

II. No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, expropiando otra vez derechos de la víctima y transformando un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico.

Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del Derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el Derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido, pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.

III. No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al *statu quo ante*. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal<sup>42</sup>. Si el Derecho quiere conservar el estado del mundo hoy existente y, para ello, prohíbe ciertas acciones que lo transforman o manda otras acciones para impedir su transformación, lo más adecuado es dejar que el agente o el omitente reparen la consecuencia de su obra o de su falta de acción, colocando el mundo, nuevamente, en la posición que tendría sin su injerencia activa u omisiva ilegítima. El mismo proceso, aunque al revés, se repite cuando el Derecho desea que el mundo cambie y, para ello, prohíbe una acción que evitaría ese resultado normal o manda obrar, precisamente para operar el cambio: el agente o el omitente procurará entonces, como solución ideal, colocar

<sup>37</sup> Cf. Berizonce, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987, cap. I, en especial n.º 5, pp. 5 y ss.; Cappelletti, Mauro y Garth, Briant, *El acceso a la justicia*, Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983, pp. 39 y siguientes.

<sup>38</sup> Cf. Sack, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en *Kriminologisches Journal*, 1971, p. 397; detalles con bibliografía, en Kaiser, Günther, *Kriminologie* (2ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, # 41, 5, pp. 341 y siguientes.

<sup>39</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., II, pp. 699 y ss. En contra, en el sentido de este texto, Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozess*, p. 1176; en el mismo sentido, el resumen de las palabras de Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegung zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, p. 768 «La víctima debe agradecer, y no en último término, su (re)descubrimiento al esfuerzo por la exorcización del criminal.»

<sup>40</sup> Me parecen casi onomatopéyicas las palabras de Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (reimpresión de la 4.ª edición, Leipzig, 1922), Ed. Scientia, Aalen, 1965, t. I, # 41, p. 288, para defender la separación estricta entre pena y resarcimiento del daño. «la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño «la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda» (traducción propia). Conviene la lectura de todo el párrafo para advertir las diferencias entre pena y reparación, utilizada como sinónimo de consecuencia civil del injusto, en el sistema jurídico actual.

Existen contramovimientos y ellos tampoco se dirigen exacta-

mente al núcleo de la cuestión, ni cristalizan en él, sino en instrumentos auxiliares: me refiero, por ejemplo, al reclamo de seguridad para los bienes jurídicos, fundamentalmente referido a ciertos delitos contra la propiedad, que cristaliza de una manera absurda, paranoica y apocalíptica, en el aumento casi sin límites de la reacción estatal, y de una manera más inteligente para alcanzar el fin propuesto, en la creación de policías particulares, que procuran seguridad a los más fuertes, quienes terminarán utilizando el Derecho penal en su provecho.

Creo ver en el Derecho privado, como espectador, movimientos similares: por un lado, la pretensión de que los menos favorecidos accedan al servicio de justicia estatal; por el otro, la creación de servicios de justicia privados por parte del poder económico, para resolver los conflictos de intereses de los portadores de ese poder, especialmente de las compañías multinacionales, que por distintas razones, algunas de ellas prácticas, muy concretas y reales (falta de eficiencia, de predictibilidad, demora insostenible, carestía), no se somete a la justicia estatal, ni a sus reglas, procurándose un mejor servicio, según sus posibilidades económicas.

<sup>41</sup> Por ello son coherentes los *abolicionistas*, que quieren destruir esa concepción, antes de imponer otras soluciones al conflicto, como la reparación (ver nota 10)

<sup>42</sup> Cf. Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino* (4ª edición, 8ª reimpresión total), Ed. Tea, Buenos Aires, 1978, pp. 2 y s.; *La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código penal*, en *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 53 y ss.

el mundo en la posición deseada, impedida por su acción o no lograda por su omisión, ambas antijurídicas. No todo quedará igual, porque se habrá perdido, seguramente, el tiempo, y esta variable significa demasiado para nosotros, existentes durante un lapso muy limitado.

Reponer las cosas al estado ideal que tenían antes del delito o colocarlas en el estado deseado que deberían tener sin el delito son, entonces, proposiciones políticas racionales, si se parte de la afirmación, por lo demás común, de que esas eran las posiciones establecidas por la legislación como valiosas, razón de ser de las normas de conducta creadas.

La *reparación*, en sentido amplio, es, así, una meta racional propuesta como tarea del Derecho penal, incluso para el actual, bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto. La primera es una condición puesta por el sistema penal vigente; la segunda se remonta, también, a un sistema vigente, incluso, con mayor antigüedad, pero resulta, nuevamente, políticamente racional, para no aumentar el poder del Estado. Por esa razón, las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho penal deben ser pensadas cuidadosamente, para que no se frustren sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, mejor dicho, colaborar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito.

IV. El ámbito natural dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, según el sentimiento jurídico-penal generalizado, se aparta de aquellos delitos graves que, además, ponen de relieve el ejercicio de una violencia física extrema o la amenaza de ella (homicidio, privaciones de libertad graves, violación, con ciertos escrúpulos, robos que se conectan con el ejercicio grave de la violencia física o la amenaza de ella). Son estos delitos, sin pretender mencionarlos a todos, los que, a mi juicio, conservan viva la idea retributiva del castigo, aun integrando criterios preventivo-generales o especiales, y, por ende, también ese *plus* lesivo para la generalidad que impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. También el agente juega un papel negativo en la determinación del campo de acción de la reparación, pues su insistencia en la comisión de hechos punibles eleva considerablemente el sentimiento de necesidad de seguridad por parte de la comunidad jurídica y, como consecuencia, la insatisfacción de la generalidad con el esfuerzo reparatorio del agente como mejor modo de solución del conflicto. Por esta razón, el ámbito de los delitos de mediana gravedad y el de los delitos leves, y el de los autores que, al menos, no pueden ser considerados como ejerciendo una profesión delictiva

(carrera criminal), es, hoy en día, el área natural de influencia de la reparación en el Derecho penal. Estos marcos y la argumentación que los sostiene sólo pretenden fijar ciertos límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema penal, pues aquí sólo se trata de eso, del *ingreso de la reparación al sistema* y no de la abolición del sistema mismo. Por supuesto, esos marcos son discutibles, sobre todo particularizadamente, como ocurre, por ejemplo, con la violación. Se trata, en fin, de no dificultar las cosas para la meta propuesta, estableciendo ciertos límites racionales para la discusión.

Si tenemos en cuenta estas limitaciones, lo primero que cabe exigir es que la pena no dificulte más de lo indispensable la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento. Para ello es preciso colocar a la *reparación delante de la pena*, sobre todo, antes de la pena de multa, cuando, como en el Derecho penal moderno, ella está extendida como posibilidad punitiva de numerosos hechos punibles<sup>43</sup>. La *colisión* entre pena y reparación debe ser resuelta, por regla, a favor de la reparación. Son ofrecidos, para ello, dos caminos principales, uno más moderado, el otro más agresivo para la reforma del Derecho material. El primer camino consiste en facilitar la reparación en vías de cumplimiento, postergando o concediendo facilidades, en principio para el pago de la multa, pero también para el cumplimiento de la privación de libertad o, entre nosotros, para el comienzo de la inhabilitación profesional. El segundo camino es, principalmente, un incentivo para la reparación, en tanto ella, llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. La mayor o menor incidencia de la reparación en la pena y la forma según la cual se realiza la compensación son tareas de determinación en detalle, que debe cumplir el Derecho positivo, imposibles de abarcar aquí.

Este —llamado por nosotros— segundo camino para colocar la reparación antes que la pena, presupone, en verdad, una decisión política para colocar a la *reparación en lugar de la pena*, total o parcialmente. Existen varias vías para ello, que aquí sólo enunciaremos: a) reparación como instrucción de la condenación condicional, o de la remisión de la pena (suspensión condicional de la pena), incluso de las penas no privativas de libertad, que condiciona la extinción definitiva de la condena o de la pena; b) reparación como causa de exclusión de la pena (facultativa = prescindencia de pena) o de extinción de la persecución penal (facultativa = criterio de oportunidad); c) reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como criterio abstracto de reducción de la escala penal amenazada; d) reparación que se computa para el cumplimiento de la pena (criterio arriba anticipado); e) reparación como criterio para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional); f) reparación como instrucción a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal. Todas las vías de acceso al pro-

<sup>43</sup> Cf. Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*,

cit., p. 39 (número marginal 46).

pósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir ellos la composición del conflicto, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena. También aquí la elaboración legislativa determina en detalle el alcance del propósito<sup>44</sup>.

Se puede observar con facilidad que todos los criterios expresados no son manifestación de la coacción jurídica, en sentido propio, esto es, dependen, en principio, de la voluntad del agente y, en menor medida, de la víctima. Ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente ante el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal. Tal manera de introducir la reparación al sistema penal cumple con el postulado político de respetar la autonomía de la voluntad, tanto del agente como de la víctima, para que ellos, en lo posible, compongan el conflicto y, además, privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas. Para el autor ha variado el punto de vista del Derecho penal sobre la pena, indisponible por naturaleza y aquí disponible para él en su cumplimiento, en un margen pequeño pero apreciable para el juego de su voluntad; la víctima conserva su derecho de perseguir privadamente, si no acepta la composición privada.

V. Es importante también el concepto de reparación. El demanda debates monográficos<sup>45</sup>. Empero, en lo que aquí nos interesa, basta indicar el concepto básico y sus derivados. Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición a la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o al prohibir la realización de otra. Esta reparación *ideal* (sustitución al *statu quo ante*; reparación *in natura*) es, en ocasiones, imposible (p. ej., la vida no se puede reponer). Por ello, en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compen-

sación por *resarcimiento económico del daño (indemnización)*. Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original<sup>46</sup>. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés dañado.

Pero aún es posible pensar en el interés social dañado por ciertos delitos, aquellos que lesionan bienes jurídicos, colectivos o universales, y en su reparación por medio de una acción que procure la restitución al estado deseado<sup>47</sup>, de una suma de dinero con el mismo destino o de otra acción que mejore otros establecimientos de bien común, como el trabajo en interés de la comunidad.

VI. Unido íntimamente a este debate queda también el concepto de *víctima*. De la víctima en sentido tradicional, la persona, no necesariamente de Derecho privado, que sufre el daño directo que provoca el delito, se desprende hoy el concepto de víctima, ampliado a intereses sociales (bienes jurídicos colectivos). Colocar al Estado como portador de estos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece. Esto explica la irrupción, en este rubro, de las *asociaciones intermedias*, constituidas para la defensa de estos intereses o uno de cuyos objetos es, precisamente, el interés colectivo perjudicado, a quienes se les reconoce legitimación como víctimas, sin ser, en sentido estricto, las portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado<sup>48</sup>.

### 3. EL PROBLEMA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

#### a) Presentación

I. En el ámbito universal, ya no son defendibles las perspectivas que perpetúan la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social en el cual reside un caso penal, bajo el prejuicio justificante de su expulsión inicial: la venganza privada o el procu-

<sup>44</sup> Se cita como ejemplo de solución privada y autónoma para el conflicto social en el que reside un caso penal y, por ello, también como ejemplo de reemplazo de pena por reparación, el # 167 del CP Austria, que prevé como causa de exclusión de la pena la reparación de los daños por el agente o, cuando menos, la asunción contractual de la obligación de reparar, antes de que las autoridades de la persecución penal hayan tomado conocimiento del hecho, en numerosos casos de delitos contra la propiedad. He aquí un criterio legislativo concreto que, a pesar de realizar el propósito de privilegiar la reparación, mezcla criterios valorativos diversos (la clase de delito y cierto respeto del criterio de legalidad en la persecución penal, convertido aquí en criterio temporal para la aplicación del beneficio). A favor y en contra de la regla austriaca, Floxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafrechtzwecke*, cit., VI, p. 43, y Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit, p. 710.

Puede verse como ejemplo las soluciones legislativas propuestas en el Pr. CPP Guatemala, 11 y ss. y Pr. Ley de reformas mínimas CP Guatemala, para la suspensión del procedimiento a prueba y la condena condicional: característico de esas propues-

tas es el impulsar la conciliación con la víctima o la reparación del daño causado, en el modo o en la medida posible para el autor, como condición para que proceda la alternativa para la persecución penal y la pena.

<sup>45</sup> Cf., como ejemplo entre nosotros, Orgaz, Alfredo / Soler, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

<sup>46</sup> El jardinero que, para compensar el daño sufrido por la víctima en su integridad física, cuida de su jardín durante un tiempo.

<sup>47</sup> Piénsese en los delitos contra el medio ambiente, la «reparación» del ambiente dañado y la construcción de establecimientos especiales para la purificación.

<sup>48</sup> Esta solución en el Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4, que se ocupa, por primera vez entre nosotros, de definir el concepto «víctima», anticipando el papel importante que le acordará en el sistema penal; sigue, así, al Pr. CPP modelo para Iberoamérica, 78 y su nota (Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989 y Maier, *DPPa*, cit., t. 1, a, pp. 289 y ss.), aunque modificando su sistema y algo su contenido, que resultan ambos perfeccionados. Ver también en esa línea el nuevo CPP Italia (1989), 91.

rarse represalias, al fin y al cabo una suerte de *retribución privada*, idea que, transformada en interés público, con otro estilo argumentativo, explicó y explica aún hoy, parcialmente, la pena estatal<sup>49</sup>. Este, por lo demás, es un prejuicio nunca demostrado; por lo contrario, si se compara el resultado de los intentos de conciliación en la acción penal privada (sobre la base de un procedimiento conciliatorio-arbitral previo a proponer la acusación y como exigencia para ella), en la única investigación empírica que conozco<sup>50</sup>, se puede decir que la figura de la víctima *vengativa*, al menos excluyendo los delitos de mayor gravedad y mediando el procedimiento judicial, no existe o existe en sus justos límites: la víctima tiene derecho, en primer lugar, a la disculpa del agresor y, en segundo lugar, a que él le repare el daño causado por su acción; y tiene también derecho, como cualquier ciudadano, a esperar la aplicación racional de la ley penal por parte de los órganos judiciales y a colaborar, para ello, en la búsqueda de la verdad. La ansiedad por perseguir, por encima de esos límites, es rara, y según mi experiencia, sería catalogada como patológica; además, es neutralizada, perfectamente, por las reglas del procedimiento.

Como, según se ha visto, tampoco existe hoy la necesidad de crear una frontera estricta entre el Derecho privado y el Derecho penal, entre reparación y pena, de modo que una u otra, o ambas en conjunto, pueden ser medios eficientes de control social, de justa retribución o servir como instrumentos preventivos suficientes, según el caso y según se quiera, carece de sentido excluir a la víctima del procedimiento penal.

Lamentablemente, los dos argumentos mencionados son todavía utilizados entre nosotros, la mayoría de las veces para impedir, con cierto efecto, reformas necesarias. El primer argumento, relativo a la introducción de la venganza en el procedimiento penal, fue utilizado en nuestro país hace más de cincuenta años para defender el punto de vista que expulsaba a la víctima del procedimiento penal oficial, expulsión que materializaron los códigos —llamados

entre nosotros— modernos<sup>51</sup>. Ese resultado podía ser justificado en aquella época, de incorporación de las reformas decimonónicas. Hoy se utiliza el argumento de manera conservadora, para volver a expulsar a la víctima de un procedimiento penal —el federal— que le concede algún protagonismo y para evitar la creación de nuevos caminos participativos<sup>52</sup>.

El segundo argumento —estricta separación entre Derecho civil y penal, entre reparación y pena—, sigue vigente en el Derecho positivo de nuestro país, a pesar de que, en el CP vigente, artículo 29, hay motivos para expresar dudas originarias. El argumento sirvió para intentar impedir —sin idoneidad alguna— el ingreso de la cuestión civil al procedimiento penal<sup>53</sup>. Pero la inidoneidad del legislador para realizar su propósito, aquellas dudas y la influencia decimonónica francesa, a través de los códigos italianos de 1913 y 1930, condujeron a una regulación adecuada del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal<sup>54</sup>. No se trata, en principio, de derribar por completo la separación, sino de crear cierto espacio fronterizo común, en el cual la reparación privada auxilie a conseguir los fines perseguidos por la pena y ésta, a su vez, ayude a la víctima a conseguir su justa compensación por el daño.

El único argumento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento, se vincula a la posición en él del imputado, debilitado por la incorporación de un nuevo acusador, cuando no de varios, en casos específicos<sup>55</sup>. Este es un argumento de peso, pues, en la situación ideal para la crítica, un imputado ve frente a sí, ocupándose de su persecución, a varios acusadores, que, incluso, disponen de asesoramiento jurídico adecuado, del cual él, quizás, no dispone. Ya la intervención como acusador de un órgano estatal, el ministerio público, auxiliado por la policía, ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, desbalanceaba las posiciones de los intervinientes en el procedimiento y, conforme a ello, eran necesarias previsiones legales especiales para equilibrar, al menos ju-

<sup>49</sup> Roxin, Claus, en su trabajo sobre *La reparación del daño en el sistema de los fines de la pena (Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke)*, cit., IX, p. 47, admite que «muchos elementos de la teoría de la retribución regresan transformados en las teorías preventivas predominantes», cf., en sentido contrario, Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, cap. 4, IV y V, pp. 201 y ss., quien, decidido partidario de la pena *expiación* o *retribución* (teorías absolutas), admite el juego de fines preventivos, dentro del marco de la culpabilidad.

<sup>50</sup> Bierbauer, Falke, Koch, *Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedsmannsinstitution*, en Bierbauer y otros (al cuidado de), en *Zugang zum Recht*, 1978, pp. 141-148, según la cita de Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1158, notas 39-41: más del 50 por 100 de los casos y hasta el 68 por 100, en alguna circunscripción son solucionados por conciliación; pero se sabe también que un porcentaje similar de los restantes arriban a una conciliación informal y, además, que sólo se persigue penalmente, llevando adelante el procedimiento restante, la mitad de los casos en los cuales la conciliación fracasó.

<sup>51</sup> Cf. *Exposición de motivos*, CPP Córdoba (1939), Edición oficial, Córdoba, 1941, pp. 26 (4º) y 36 y s., opinión de sus proyectistas, Soler, Sebastián y Velez Mariconde, Alfredo; Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado*, cit., n.º 559 y ss., pp. 347 y ss. Esa corriente de opinión afectó también al CPP Costa Rica, que excluyó a la víctima de cualquier papel como acusador en el procedimiento penal.

<sup>52</sup> Cf. la opinión de Lavene (h), Ricardo, y Frank, Jorge L. en *Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de Ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código procesal penal de la Nación*, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989, I, ps. 27 y 28, y t. II, s. y 44; en el mismo debate, pero a la inversa, proponiendo mayores facultades: D'Albora, Francisco J.; Federación Argentina de Colegios de Abogados; Llerena, Patricia, t. I, ps. 27 y 28, y t. II, p. 76.

<sup>53</sup> El proyecto del CPP Nacional, de Manuel Obarrio, contenía la regulación de la acción civil, ejercida en el procedimiento penal. Durante su tratamiento legislativo, acudiendo al argumento separatista, se pensó esta posibilidad como inconveniente: manos inidóneas, que siempre existen, se dieron a la tarea de suprimir el capítulo referido al ejercicio de la acción civil, sin reparar en reglas fundamentales existentes en otros capítulos del procedimiento (CPP nacional, 411 y cc., 425 y cc., 463, 495, regla cuarta, inc. 4, 496, inc. 1 [actualmente, inc. 2] y 557), que permiten hoy plantear la acción civil, junto con la acusación privada, para ser decidida en la sentencia. Cf. Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*, cit., cap. III, 4, I, pp. 85 y ss.; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, cit., Introducción, n.º 6, ps. 29 y siguiente.

<sup>54</sup> Cf. sobre ello la opinión extranjera, favorable al Pr. CPP Nación (1986), de Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734, proyecto que, a pesar de ciertas innovaciones de detalle, procede de ese movimiento.

<sup>55</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 714 y siguiente.

ricamente, la balanza<sup>56</sup>. Por encima de las exageraciones circunstanciales, colocadas allí como modo de indicar el problema y, por otra parte, sólo solucionables en los casos concretos y con remedios concretos, dentro del ámbito discrecional que la ley procesal concede para lograr un proceso justo, el problema es real y existe, aún sin la intervención del ofendido en el procedimiento, según se ha visto; la intervención posible de ofendido magnifica el problema, ya existente.

II. Únicamente existen dos soluciones básicas del problema. La primera consiste en eliminar este incremento, sólo en el sentido de no admitir la intervención de la víctima en el procedimiento, pues el problema, como vimos, quedará allí subsistente, debido a la persecución penal oficial.

Eliminar a la víctima del procedimiento, sin embargo, no es sencillo para el Derecho procesal penal, pues la tarea adjudicada al procedimiento penal convierte en necesidad su asistencia; el Derecho procesal penal ha podido arrasar con sus facultades, como sujeto de derecho en el procedimiento, pero no ha podido prescindir de ella. Se conoce que el comienzo del procedimiento oficial torna imprescindible su presencia: casi el 90 por 100 de los casos ingresan al sistema penal por su información (denuncia o querrela)<sup>57</sup>. En el procedimiento oficial, su papel parece opacarse con posterioridad, hasta pasar a ser un actor de reparto; empero, si se trata de un juicio empírico, serán con seguridad pocos los casos en los cuales el Estado logra conducir un procedimiento hacia su meta sin el concurso del ofendido, tanto durante la investigación preliminar como durante el juicio, será necesaria su presencia; de allí que se haya puesto cuidado en refirmar su obligación de comparecer y declarar (ver 3, f, II).

La segunda solución consiste en tolerar el inconveniente e intentar algunos remedios jurídicos, para que la balanza retorne o se acerque a su punto de equilibrio. De todos modos quedó claro, aun sin expresarlo, que aquello que rompe el equilibrio no es precisamente la intervención privada, sino, antes bien, la persecución penal privada, donde se enfrentan víctima y autor, o, si se presenta, no aparece en forma abstracta, tal como lo venimos estudiando, sino en concreto, por el hecho de que el imputado tiene ante sí a varios acusadores o carece de medios para lograr una asistencia técnica similar a la del acusador; este planteo de la cuestión depende tanto del caso concreto que, con facilidad, se puede pensar en sentido contrario (varios partícipes, frente a una sola víctima, y con mejor asistencia técnica que ella), y es claro que aquí la solución depende de otras variables jurídicas (asistencia oficial al imputado y a la víctima, unificación de personería para perseguir, en caso de varios acusadores).

Nuestro problema sólo tiene solución (abstracta) por la vía de la ponderación de los intereses en jue-

go y, posiblemente, por la vía de la posibilidad de evitar graves dificultades para el imputado mediante algunos mecanismos jurídicos y prácticos. Por de pronto, hemos reconocido que el problema real lo plantea la persecución penal oficial; si ella no está en discusión, por razones político-culturales que aquí no viene al caso discutir, los remedios contra esta desproporción de fuerzas, malos o buenos, ya han sido estudiados (ver nota 56). Si el valor de la intervención de la víctima en el procedimiento oficial es mayor que las dificultades adicionales que provoca para la correcta defensa del imputado o si esas dificultades son a tal punto evitables, que el valor adjudicado a la intervención de la víctima las torna tolerables, resulta el único punto a discutir.

III. La división jurídica de un conflicto social en dos —o más— partes, una atendida por el Derecho privado y otra atendida por el Derecho penal, es, además de analítica, una ficción. Tal ficción se funda en el hecho de que el Derecho estatal reconoce que, mirado el conflicto social desde el atalaya de los daños reales que produce —o desde los daños inmateriales pero que recaen sobre una persona real, en el sentido de reconocida por el Derecho como existencia individual— rige para él el principio de la autonomía de la voluntad, propio del Derecho privado, por la absoluta disponibilidad del patrimonio o la propiedad; en cambio, observado ese mismo conflicto social con los ojos del Estado, algunos de ellos ponen en peligro de tal manera la convivencia pacífica y la estructura del Estado, que merecen ser perseguidos oficialmente, inclusive sin consideración a la voluntad de la víctima real, pues el Estado, según se dice, juega el papel de protector de las condiciones elementales de la vida en común. Este es, según se observa, un motivo fundado en argumentos meramente políticos; esos argumentos reclaman, hoy en zonas diferenciadas y delimitadas de la vida en común, el control social directo de los ciudadanos que integran el Estado, de súbditos o subordinados, por parte del Estado, centro de imputación abstracta de un poder jurídico supraordinado a las personas que viven a su alcance o bajo su dominio (territorio, nacionalidad, etc.). Esta es, también la razón, según la cual no todo injusto es punible: algunos de ellos sólo merecen reacción estatal, en tanto reaccione quien lo sufre y demande la intervención del Estado, precisamente porque, por sí mismos, no ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia social bajo una ideología determinada (injustos civiles o penales privados). Empero, el conflicto social como tal, el injusto jurídico, es único y toca, en primer lugar, los intereses reales de la víctima, jurídicamente reconocidos.

La víctima es, como consecuencia, un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender haber hallado solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al proce-

<sup>56</sup> Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. 1, vol. b, # 6, D, 3, pp. 347 y siguientes.

<sup>57</sup> Las verificaciones empíricas son similares, en otros países, sobre todo en aquellos de sistema penal similar (persecución penal pública como regla) cf., p. ej., Kaiser, *Kriminologie*, cit., # 41,

1, p. 331 (91 a 98 por 100 de los procesos penales iniciados por denuncia; en 73 a 86 por 100 de los casos, denunciante y víctima son la misma persona, se conoce resultados idénticos en el ámbito internacional). Resultado = la víctima es imprescindible aún para el sistema de control social directo

dimiento, dado que, en este punto, gobierna la autonomía de la voluntad privada. Sólo con la participación de los protagonistas —el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales— resulta racional buscar la solución del conflicto, óptimamente, esto es, de la mejor manera posible<sup>58</sup>. Es por ello que todas las «Alternativas a la Justicia» o «Alternativas al Derecho o a las formas jurídicas», que intentan transformar la justicia estatal, por ineficiente, con mecanismos informales de superación de los conflictos, conceden a la víctima un papel central en su solución pacífica<sup>59</sup>. De todos modos, como ya observamos, el papel principal de la víctima es casi imposible de ignorar por la escena de reconstrucción del conflicto que representa el procedimiento penal: el ofendido es un testigo irrenunciable, la mayoría de las veces, razón por la cual, aunque se le niegue derechos, se le impone la obligación de informar en el procedimiento.

Reconocer esta realidad en la regulación del procedimiento penal, permitiendo la participación de la víctima, tiene así carácter imperativo, no sólo desde el punto de vista político, sino, antes bien, desde el punto de vista empírico y práctico. Incluso la parte de venganza (como represalia) que pudiera incorporar la supuesta víctima al caso, si de ello se tratara, sería necio ignorarla en la búsqueda de la solución del conflicto, porque ella existe en el mundo real y también requiere solución, o mejor dicho, forma parte de la solución que pretende alcanzar, como meta, nuevamente la paz jurídica.

Un segundo argumento aboga por la intervención del ofendido en el procedimiento penal. El Estado protector de todos, de la generalidad, si ésa fuera una realidad describible, como se postula, sólo procede por intermedio de una organización de funcionarios públicos (la policía, el ministerio público). Los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas racionales, en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar al caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad.

Incluso este argumento que concede al ofendido, como principal interesado, funciones de *contrapeso* y *control externo* del ministerio público y la policía, principalmente —también del aparato judicial en su conjunto—, es utilizable para justificar la ampliación del concepto de ofendido en relación a los bienes jurídicos colectivos o universales, la participación en el procedimiento penal de asociaciones intermedias, dedicadas a la defensa de esos bienes jurídicos o cuyo objeto los alcanza o también la existen-

cia de alguna posibilidad de participación popular en el papel de acusador<sup>60</sup>.

Ambos argumentos justifican también que el ofendido pueda participar en el procedimiento por el sólo hecho de ser el portador —o el legitimado para la protección— del bien jurídico real —concreto o del caso— que la ley penal pretende resguardar, aun cuando el hecho punible no lo haya dañado. Nos referimos, en general, a la tentativa y a los delitos de peligro, incluso a los de mera actividad que, mirados desde la acción típica, no provocan resultado (típico) alguno, y prescindimos de toda alusión al daño moral o inmaterial, que —se sostiene— siempre está presente (CC, 1078). En efecto, aun en esos casos la solución integral reclama la satisfacción de la necesidad de represalia de la víctima, si ella existe —que puede llegar por vía de la *solución conciliatoria* y la *disculpa* del agente—, a más del interés por el llamado «daño moral»; por otra parte, la participación del ofendido en el procedimiento penal cumple, como en los casos de lesión real del bien jurídico, e idénticamente, la función de contrapeso y control externo sobre los órganos de persecución penal.

IV. Si admitimos la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial y, además, tenemos en cuenta que la desigualdad teórica del imputado en ese procedimiento no proviene de la intervención de la víctima, sino de la persecución penal oficial, concordaremos en afirmar que, para evitar otras fuentes de desigualdad, sólo necesitamos evitar los excesos.

Uno de estos excesos se produce por la intervención de varios ofendidos en el procedimiento. He allí el remedio de la *unificación procesal de los litis consortes*, bajo una *única representación* (CPP nacional, 201), para evitar la sobrecarga de acusadores contra el imputado. Se debe advertir que el problema, llevado al caso correcto, es bipolar, pues puede suceder que existan varios imputados contra un solo ofendido; y también es posible que la situación se presente equilibrada, razón por la cual la reducción de la representación debe ser ponderada en cada caso.

El mismo defecto tiende a corregir la concepción de la participación del ofendido, en el procedimiento oficial, como *acusador adhesivo*<sup>61</sup>. Ella supone que el ofendido toma parte en el procedimiento antes bien como colaborador y control externo del ministerio público, que como sujeto procesal absolutamente independiente. Por ello, no se permite, en esa concepción, que el ofendido persiga penalmente en forma autónoma: se impide que él acuse o recurra la sentencia —o cualquier auto que ponga fin a la acción o impida que ella continúe— autónomamente; sus quejas contra la actuación del ministerio público provocan o bien el control jurisdiccional (por ejemplo, cuando acusa contra la opinión del ministerio

<sup>58</sup> Cf. Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit., p. 1152, desde el punto de vista de la psicología social.

<sup>59</sup> Cf. Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., pp. 772 y 773.

<sup>60</sup> Cf. CPP modelo Iberoamérica, 78 (nota) (en Editoria Hamurabi, Buenos Aires, 1989, y Maier, *DPPa*, cit., t. 1, vol. a,

p. 350); Pr. CPP Guatemala (1990), 7, inc. 4; nuevo CPP Italia (1989), 91.

<sup>61</sup> Esta fue la propuesta del Pr. CPP Nación (1986), artículos 78, 269 y 339, y es la que domina en el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 78, 269 y 339; ver también, Pr. CPP Guatemala, 96, 289 y 360.

público), o bien el control por la vía jerárquica del propio ministerio público (recurso de casación interpuesto cuando el ministerio público no lo intenta). Si se persiste en un procedimiento penal oficial, cuyo principio básico es la persecución penal pública, resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) sólo por voluntad del ofendido. Si, en cambio, se piensa lo contrario, es mejor autorizar al ofendido para que persiga por la vía de la acción privada<sup>62</sup>.

Resta aún hallar remedio a la situación concreta de desventaja para el imputado respecto de la defensa técnica, cuando se enfrenta a un acusador privado, poderoso en medios. Se debe advertir, sin embargo, que este problema es más general y no depende de la admisión de la participación del ofendido en el procedimiento, tanto es así que la cuestión acerca de la defensa técnica adecuada —y con ello no queremos nombrar sólo al defensor jurista— subsiste, aun eliminando esa participación; que la principal desventaja teórica, también en el sentido de la asistencia técnica, proviene del hecho de que el imputado enfrenta al Estado, que posee no sólo un órgano específico, capacitado en materia jurídico-penal, sino, además, gabinetes técnicos que lo asesoran en otras materias científicas o técnicas; que la cuestión se presenta, y con la misma intensidad, en sentido inverso, pues la víctima, que no cuenta con medios suficientes, necesita también asistencia técnica, sobre todo frente a imputados poderosos. Sentadas estas premisas, parece claro que la solución del problema es resorte del Derecho de organización judicial, en tanto él se ocupa de la asistencia técnica a quienes no pueden acceder a ella, y no depende de mayores o menores facultades concedidas al ofendido por las reglas de procedimiento.

V. Se desprende ya, de aquello que fue expresado, la existencia de dos caminos para incorporar a la víctima al procedimiento penal. El primero consiste en conceder poder real al ofendido sobre el caso penal, sobre la autocomposición privada del conflicto o sobre la búsqueda de una solución autónoma. Es el camino de la *privatización* del Derecho penal, en mayor o menor grado (acción privada o instancia privada, o bien, la misma autorización estatal).

El segundo camino consiste en tolerar la persecución penal pública y explicar de qué manera puede insertarse la víctima en el procedimiento penal y cuáles son las facultades que a ella se le debe conceder. Por lo demás, se puede emprender uno y otro camino, conjuntamente, conforme a diferencias fundables según la clase del delito, su gravedad, el bien jurídico comprometido y la incidencia del procedimiento como motivo de agravación de los efectos dañinos producidos por la infracción.

Estos dos caminos son, en realidad, tema del Derecho penal material, sobre todo entre nosotros, debido a la división constitucional de la competencia legislativa (Derecho material competencia del Congre-

so de la nación y Derecho formal competencia de los parlamentos locales: CN, 67, inc. 11, y 104 y ss.), pues —y no en último término— la elección significa establecer condiciones bajo las cuales una acción es punible, por la vía de fijar condiciones para su perseguibilidad. Sin embargo, la decisión por una de esas vías será tratada aquí dentro del procedimiento penal, por su importancia y efectos prevalecientes en él. La elección representa, en efecto, el cambio más radical que se puede pensar en la conformación y estructura fundamental del procedimiento penal.

A esos caminos se debe agregar la posibilidad, alternativa o conjunta, de incorporación de la pretensión reparatoria civil al procedimiento penal (ejercicio de la acción civil).

Completa esta visión panorámica sobre el ámbito de regulación jurídico-procesal alrededor del ofendido, la protección de la víctima que no participa en el procedimiento como sujeto procesal activo, sino que es llamada a él con fines de información (testigo).

VI. No debe faltar, en esta introducción, la referencia de que nuestro Derecho positivo conoce ya todos los caminos posibles para la intervención del ofendido en el procedimiento penal.

El CP, 72, 73 y siguientes (CPP Costa Rica, 6), conoce los «delitos dependientes de instancia privada» y los «delitos de acción privada». Con ello, en mayor o menor grado, respectivamente, concede poder al ofendido sobre la persecución penal. Los códigos procesales argentinos, por ello, han debido adaptar un procedimiento especial a esta realidad jurídica, en el caso de los delitos de acción privada.

El CPP nacional, aquellos pocos provinciales que hoy lo siguen y alguno de los llamados modernos (La Rioja), debido a la influencia del Derecho español antiguo, conserva al *querellante*, llamado *conjunto* o *acusador particular* por la doctrina<sup>63</sup>, que está facultado a perseguir, junto al ministerio público, pero de manera completamente autónoma, los delitos de acción pública. En cambio, los llamados códigos modernos, en general, eliminaron la intervención del ofendido como acusador en el procedimiento penal oficial.

Por último, la pretensión civil reparatoria, planteada en el procedimiento penal, es conocida, entre nosotros, por todas las legislaciones procesales penales y desde antiguo. Pero los códigos llamados modernos, bajo la influencia del Derecho francés a través de la legislación italiana, han perfeccionado la incorporación de la *cuestión civil* al procedimiento penal.

No encontramos en nuestra legislación positiva, preceptos de protección a la víctima que no participe en el procedimiento, sino que interviene en él esporádicamente, como informante y de manera coactiva.

VII. No está de más repetir, a esta altura del discurso, la necesaria coordinación de fines y metas entre el Derecho penal material y el Derecho proce-

<sup>62</sup> Esa solución propuesta por el Pr CPP Guatemala, 17

<sup>63</sup> El primer nombre en Claria Olmedo, *Tratado*, cit., t. II, n.º 546 y ss., pp. 322 y ss., y n.º 558, pp. 343 y ss., y el segundo,

p. ej., en Oderigo, Mano, *Derecho procesal penal*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 230 y ss

sal penal. Cada uno con sus mecanismos propios puede auxiliar a la incorporación del interés (objetivo: bien jurídico) que perturba el delito, a la escena del sistema penal. Seguirá, en adelante, una sucinta enumeración de las posibilidades actuales del Derecho procesal penal, como realizador del Derecho penal sustantivo.

**b) El caso penal como conflicto privado prevaeciente y la aplicación de la autonomía de la voluntad en el procedimiento penal**

I. La admisibilidad de *acciones penales privadas*, esto es, excluidas por completo de la persecución penal y del procedimiento oficial, es, desde cualquier ángulo de observación, la excepción más profunda, y, a la vez, más pequeña en extensión, de la regla básica que gobierna la comprensión y estructura del procedimiento penal común: *oficialidad* = reacción directa del Estado ante la *notitia criminis* y apropiación del conflicto para su solución, *de oficio*. El Derecho penal se aproxima aquí, del modo más cercano posible sin perder su identidad, al Derecho privado. Esa vía es, por ello, la más recomendable para cumplir propósitos de *privatización* en el Derecho penal.

Empero, dentro de la organización estatal actual, esa vía se reduce considerablemente, pues corresponde a la naturaleza del Estado-nación, con un poder político central alejado del ciudadano, un Derecho penal fundado sobre la base de la persecución penal oficial (control social directo para las condiciones elementales de la vida social pacífica, dentro del sistema). Si se tiene en cuenta tal limitación, justificada bajo la perspectiva de que el delito representa un daño social, por sobre el daño individual que pueda causar, la entrega de gran parte del poder penal a manos privadas siempre será una excepción en este sistema y esta excepción deberá ser fundada en argumentos serios, que justifiquen, racionalmente, esa transmisión del poder. La absoluta supremacía del interés privado sobre el interés público, en tanto este último no se manifiesta —el daño social queda oculto—, conforme a la naturaleza del delito, sino a través de la ofensa privada, sentida como tal, según sucede en los actuales delitos de acción privada, es uno de esos argumentos. La excepción deja espacio para los delitos de escasa significación —bagatela—, existentes en casi todos los tipos penales, sobre todo en los delitos contra la propiedad (¡muy evidente!), por la imposibilidad del legislador de definir los comportamientos sin abarcar algunos insignificantes o de menor importancia, pues, en esos casos, también se puede afirmar que el daño social no es, por sí mismo, evidente o considerable, y sólo entra en consideración cuando lo expresa el portador del bien jurídico concreto dañado<sup>64</sup>. También aquí la valoración procesal es oportuna, pues

el procedimiento llevado a cabo, sobre todo por su publicidad, puede perjudicar aún más el interés dañado por el hecho punible, razón por la cual se preferirá evitarlo cuando el ofendido, por esa causa, no autoriza su realización, consideración que justifica casi todos nuestros delitos dependientes de instancia (CP, 72: *strepitum fori*); se agrega aquí, por lo general, que esos delitos, aún graves, se refieren comúnmente al ámbito íntimo de la persona, fuertemente relacionado con su poder de decisión (consentimiento), cuya lesión continúa y se agrava con la persecución penal posterior. Inclusive el mismo interés estatal puede anteponerse a la persecución pública, como sucede con el secreto oficial violado, que sufriría aún un desmedro mayor, si se lleva a cabo la persecución penal, argumento que fundaría la necesidad de una autorización para perseguir del órgano estatal competente.

II. Sobre todo cuando delitos graves, por excepción, son ponderados a la luz de los criterios anteriores y el interés privado reclama atención por sobre el interés público, se preferirá admitir la *instancia privada* como solución, pues expresado el interés privado en la persecución penal, el interés público se libera de sus trabas y reclama la persecución del delito, conforme a su gravedad.

Es recomendable, sin embargo, prever la *retracción* de la instancia, pues el peligro de mayor afectación al bien jurídico concreto, mediante la tramitación del procedimiento, se puede presentar o advertir posteriormente o, de otro modo, la autorización para proceder puede tener por base un error de apreciación o un error sobre la misma facultad de instar. De ese modo se concedería mayor poder que el actual a la voluntad privada<sup>65</sup>.

La *autorización estatal* se debe tratar a semejanza de la instancia privada, analógicamente<sup>66</sup>.

III. Es recomendable una revisión cuidadosa de toda la parte especial del CP y de las leyes penales especiales, que tenga por base la ponderación enunciada, para agregar el catálogo de los delitos perseguibles privadamente, o necesitados de la instancia privada o de la autorización estatal, aquellos que sean justificados por los criterios anticipados. Tal incorporación puede ser específica, para un delito particular, por ejemplo, las lesiones o el homicidio culposos y las lesiones leves dolosas, o mediante una cláusula general, por ejemplo, delitos contra la propiedad cuyo daño no supere una suma determinada de dinero. Al mismo tiempo, al menos para la instancia privada y la autorización estatal, se debe alcanzar definiciones formales claras, con información exhaustiva previa al titular o titulares de la facultad, cuando ellos son conocidos y ubicables.

IV. La llamada *privatización* del conflicto puede llegar por otro camino, por la vía de la ponderación en el caso concreto (no de la ponderación abstracta, según se trató anteriormente) del interés compro-

<sup>64</sup> Weigend, *Kiktirmologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 776 y ss.; Jung, *Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß*, cit.,

ps. 1160 y siguiente.

<sup>65</sup> Véase esa solución en el Pr. CPP Guatemala, 24.

<sup>66</sup> En contra: Pr. CPP Guatemala, *ibidem*.

metido o preferentemente comprometido. Nosotros mismos hemos recomendado el ingreso al Derecho penal argentino del principio de oportunidad, como modo de selección de los casos que son incluidos en el sistema penal (son perseguidos penalmente)<sup>67</sup>. Precisamente, cuando el Estado renuncia a perseguir hechos punibles cuya persecución, en principio, le es debida, por falta de interés público, y se expresa el interés privado en perseguir penalmente, es viable la transformación de la persecución penal pública, permitiendo la privada, a expresarse por intermedio del procedimiento regulado para este tipo de acción. Las formas procesales para que ello ocurra son relativamente sencillas: se necesitaría sólo una adecuada noticia a la víctima de la decisión estatal y, en su caso, un plazo especial, respecto del de la prescripción, si se lo considera necesario, para que el ofendido exprese su voluntad de perseguir penalmente. Se debe advertir, sin embargo, que no todos los casos de oportunidad son adecuados para la transformación: no lo son, por ejemplo, aquéllos en los cuales el Estado tiene un interés especial en la falta de persecución penal<sup>68</sup>.

La solución inversa, sólo instancia o acción privada allí donde el ministerio público no afirme interés por perseguir oficialmente, dentro de un catálogo limitado de delitos, es también posible, pero a mi juicio, inadecuada políticamente; con ella se logra que, en verdad, la voluntad privada desaparezca como condición de la actuación de la ley penal, pues basta la decisión del ministerio público, en el caso concreto, que afirma un interés público, para hacer desaparecer la condición<sup>69</sup>. Se observa que la solución es contraria a la concesión de poder a las personas privadas sobre el sistema penal y, por ello, retrógrada, según el punto de vista aquí aceptado, en general.

### c) Ampliación del valor de la autonomía de la voluntad en la solución de casos penales; la reparación en el procedimiento

I. No se trata ahora de reconocerle al ofendido derechos relativos a la persecución penal autónoma (acción privada) o sobre la persecución penal oficial (instancia privada), sino, antes bien, de auxiliar a la víctima para que logre, sin demasiados esfuerzos, una reparación que merece, según el daño causado, o la disculpa del agresor, cuando sólo ella es del caso. La idea central que gobierna este capítulo y sus soluciones es, entonces, la reparación del injusto, la restitución al *statu quo ante* o al que debería tener si él no se hubiera cometido, tal como la estudiamos en el Derecho material. Al mismo tiempo, se trata, también, de solucionar ciertos casos pena-

les con mecanismos no penales, cuando ellos satisfacen las necesidades preventivas del Derecho penal, con lo que, complementariamente, se produce un ahorro de energías y esfuerzos en el ámbito del procedimiento penal. Por lo demás, la utilización de la autonomía de la voluntad, como principio para la solución de conflictos sociales, es de tanto o más valor, si reparamos en que el principio no se aplica aquí para conceder a alguien derechos de persecución (coactivos) sobre otro, sino, por lo contrario, para ofrecer o pactar, espontáneamente, al menos voluntariamente, una solución racional del caso.

Por supuesto, rige aquí también la máxima limitativa que, al menos en el actual estado del problema, sólo permitirá aplicar estas soluciones fuera de la zona de los delitos graves, esto es, preferentemente, en la zona de la criminalidad leve y media.

II. La *suspensión del procedimiento a prueba*, solución ya anunciada, será, posiblemente, el mecanismo más efectivo en el sentido expresado. El consiste en abrir un compás de espera, durante un plazo que fije la ley o el tribunal, dentro de una escala que permite la ley, para perseguir la aplicación de la ley penal, plazo durante el cual se suspenderá el trámite del procedimiento bajo la admonición de cumplir ciertas instrucciones o indicaciones del tribunal; una de esas instrucciones puede consistir en la reparación del delito, en la medida de lo posible o simplemente, en la conciliación con la víctima, procurada por el imputado; al vencimiento del plazo, pasible de prolongación dentro del máximo legal ante la inobservancia grave de una indicación del tribunal, si él ha cumplido satisfactoriamente las instrucciones, la pretensión penal se extingue y el procedimiento se sobreesee, a su favor, por esa causa; en caso contrario y, sobre todo, si el imputado comete un nuevo delito, la persecución penal continúa<sup>70</sup>.

Precisamente por ello, porque la persecución penal puede continuar después de un tiempo, se exige, normalmente, que se trate de casos en los cuales el imputado ha confesado su delito o, por lo menos, aceptado los hechos imputados por el acusador, sin perjuicio de, eventualmente, incorporar otros que lo favorezcan o discutir el significado jurídico de los hechos<sup>71</sup>. La condición se justifica por la pérdida de elementos de prueba a raíz del transcurso del tiempo, mengua que no puede recaer sobre el acusador, ni sobre la víctima, pues, de lo contrario, haría fracasar la institución; el imputado, en cambio, debe correr él mismo el riesgo de no probar los hechos que lo favorecen y asegurar de antemano esa situación (incluso requiriendo al acusador público o al juez la realización de ciertos actos que permitan asegurar los medios de prueba para el futuro, como condición de su consentimiento). Otras condiciones

<sup>67</sup> Cf. Maier, *DPPa*, cit., t. I, b. p. 223 y # 8, C. 3, pp. 555 y ss.; ver también Pr. CPP Nación (1986), 230 y ley complementaria de reformas al CP, 71 bis; Pr. CPP modelo Iberoamericana, 230, Pr. CPP Guatemala, 249.

<sup>68</sup> Cf. las soluciones en el Pr. CPP Guatemala, 17.

<sup>69</sup> CP, 72, inc. 2. Esa es la solución alemana respecto de los delitos que requieren instancia cf. Zielinski, Diethart, *Stranfantrag Strafantragsrecht, zur Frage der Funktion des Strafantrages und seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen*, en *Gedachtnisschrift*

*fur Hilde Kaufmann*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-Nueva York, 1986, pp. 884 y s.; Weigend, *Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 765, en especial nota 20.

<sup>70</sup> Ver la solución en el Pr. CPP Nación (1986), 231 y ley complementaria de reformas al CP, 28 bis; Pr. CPP modelo Iberoamericana, 231, Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

<sup>71</sup> En este último sentido, los proyectos citados inmediatamente antes.

se refieren, ordinariamente, a la gravedad del delito, o de la pena que se espera en concreto o a la forma de su ejecución (condicional).

III. Independientemente o en conexión con esta solución, se propone anexas al procedimiento penal un *procedimiento especial de restitución o de conciliación*<sup>72</sup>. Con algunas deficiencias, nuestro Derecho positivo —y también el Derecho comparado<sup>73</sup>— conoce instancias conciliatorias previas, para los delitos de acción privada. Un procedimiento de este tipo debería ser incorporado, aun para ciertos procedimientos por delitos de persecución oficial, siempre antes de la apertura del juicio, quizás, también, antes de la acusación, o como finalización de la investigación preliminar, a pedido de cualquiera de los interesados (ofendido o imputado), o por decisión de las autoridades de la persecución penal oficial (ministerio público) o del propio tribunal; el procedimiento, en todo caso, se debe llevar a cabo ante un juez excluido de integrar, eventualmente, el tribunal del juicio o ante un árbitro, con el objetivo principal de impedir que el contenido material de este procedimiento influya en la sentencia<sup>74</sup>. El procedimiento debe dar oportunidad para que el imputado y el ofendido compongan el conflicto voluntariamente. Cualquiera de ambos puede, libremente, negarse a colaborar o a tomar parte en este procedimiento.

Ordinariamente se fijan algunas condiciones iniciales para la procedencia de este procedimiento. En primer lugar, juega aquí su papel la reducción de la solución reparatoria a los delitos leves o de mediana gravedad, y la exclusión absoluta de los delitos graves; hasta se postula que esta solución conviene sólo para aquellos casos en los cuales se espera, en concreto, la condenación condicional o la suspensión condicional de la pena<sup>75</sup>. También se exige, como requisito de idoneidad para la aplicación del procedimiento, que el imputado haya confesado el delito. Con ello se pretende resolver el reproche fundado en que la realización de este procedimiento significa, prácticamente, una confesión para el procedimiento posterior (juicio), en caso de fracaso<sup>76</sup>.

Como meta del procedimiento se postula por cierto, en principio, la conciliación entre imputado y ofendido y la reparación del daño eventualmente provocado, solución que, o bien evita la pena, con o sin condena, o la disminuye considerablemente. Si fracasa la conciliación, o el imputado no puede, por alguna razón práctica, reparar el daño de alguna manera, su esfuerzo sincero por alcanzar esta solución podría ser certificado por quien preside el arbitraje,

para ser hecho valer a la hora de decidir el caso, sobre todo, al decidir sobre la pena.

De aquí depende otra de las objeciones principales contra este procedimiento: el agente queda al arbitrio de los deseos de conciliación de la víctima, hasta de la extorsión ejercida por esa vía y por el ofendido<sup>77</sup>. La objeción, que sólo se referiría, seguramente a casos marginales, y no a la generalidad, es posible de remediar, en gran medida, con una regulación que no haga depender de la voluntad de la víctima, sino de la del agente, la posibilidad de prescindir de la persecución, de la condena, de la pena o de disminuir la gravedad de esta última; un texto así se encuentra para la *suspensión a prueba del procedimiento* en los proyectos aquí citados anteriormente: «...el acusado hubiere reparado el daño convenientemente, afianzare suficientemente esa reparación, demostrase la absoluta imposibilidad de hacerlo o asumiese formalmente la obligación de reparar el daño en la medida de sus posibilidades y como parte de las condiciones de prueba»<sup>78</sup>.

#### d) El ofendido en los delitos de persecución oficial

I. Esta es la segunda de las vías de participación plena del ofendido en el procedimiento penal. Es, como se sabe, conocida por nosotros sin más limitaciones que aquellos delitos que toleran una víctima individual, en el procedimiento penal federal, y rechazada por el movimiento que conformó los llamados códigos modernos. Este es, según también se vio, un aspecto digno de reflexión y de reforma en la legislación procesal penal argentina futura, y, supuesta la necesidad de permitir el ingreso del ofendido al procedimiento penal oficial, antes discutida, existen dos modos principales de incorporarlo: concederle derechos autónomos para acusar —por ello llamado *querellante conjunto*—, al lado del ministerio público, o permitirle su intervención sólo en la medida en la que colabore con la persecución penal oficial y la controle —por ello llamado *querellante adhesivo*—. Esta última forma supone cierta accesoriedad de la persecución penal del ofendido, que depende, en último término, de la persecución penal oficial. Tal accesoriedad, vista desde el ángulo de observación afirmativo, supone siempre la dependencia de la acción pública, como condición del ejercicio de la acción privada —por cierto, en los delitos de acción pública—, cualquiera que sea el grado de autonomía procesal que se decida para la actuación del acusador adhesivo. En razón de ello es que, des-

<sup>72</sup> Cf. Schöch, Heinz, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Ed. C.H. Beck, Munich-Frankfurt, 1984 (año 4.º), III, 6, pp. 390 y s.; Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., p. 52; Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VIII, 2, pp. 719 y siguiente.

<sup>73</sup> Ver OPP República Federal de Alemania, # 380.

<sup>74</sup> Los proyectos arriba citados usan el procedimiento intermedio para estos fines, específicamente, y para decidir acerca de la suspensión del procedimiento a prueba; y ese procedimiento, que en sí está pensado para admitir o rechazar la apertura del juicio (procedimiento principal), se lleva a cabo por jueces que no participarán luego en el debate y la sentencia

<sup>75</sup> Esta previsión en los proyectos argentinos citados, por reflejo de su referencia a la suspensión del procedimiento a prueba

<sup>76</sup> Schöch, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., p. 390. Para los proyectos citados no se requiere tanto: basta la conformidad del imputado con una imputación formal, con él o los hechos allí descritos, sin perjuicio de que, de proseguir el procedimiento, el acusado pueda incorporar otros hechos favorables a él o discutir el significado jurídico de la imputación

<sup>77</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 720.

<sup>78</sup> Cf. Pr. CPP Nación (1986), 231, y Ley Complementaria de Reformas al CP, 28 bis, Pr. CPP modelo Iberoamérica 231; Pr. CPP Guatemala, 11 y 250.

de el punto de vista negativo, al acusador adhesivo no se le permite básicamente requerir la apertura del juicio (acusar) o recurrir la decisión final, autónomamente. Tales actos, cuando son producidos por el querellante adhesivo en presencia de un comportamiento procesal contrario del ministerio público (requiere el sobreseimiento o el archivo, u omite recurrir) o, cuando menos, de un comportamiento similar del acusador oficial, pero menos comprensivo respecto del objeto del procedimiento (omite alguna circunstancia de valor jurídico o limita su recurso), desencadenan mecanismos de control judiciales (en el mismo procedimiento y por autoridades jurisdiccionales) o jerárquicos (dentro de la organización del ministerio público) sobre la legalidad de la actuación del acusador oficial. La decisión de admitir la *querrela conjunta* de parte del ofendido, supone plena autonomía de actuación, no tan sólo formal, sino material, esto es, representación y procuración plena de la pretensión punitiva (estatal); ejercida también por él, sin limitación alguna.

En el Pr. CPP modelo Iberoamérica, 269 y 339, se propone de manera principal la solución de la *querrela por adhesión*; ver también Pr. CPP Nación (1986), 269 y 339, y Pr. CPP Guatemala, 289 y 360. El querellante adhesivo sólo puede adherir a la acusación del ministerio público, señalar sus vicios para que sean corregidos, objetarla porque no incluye a algún imputado u omite alguna circunstancia, para que ella sea ampliada convenientemente, u objetar el sobreseimiento o clausura del procedimiento pedidos por el ministerio público, requiriendo que se lo obligue a acusar. El tribunal competente para el procedimiento intermedio efectúa el control de legalidad de los requerimientos conclusivos de la instrucción preliminar, efectuados por el ministerio público, y decide en el caso. El recurso de casación contra la sentencia o contra un auto que pone fin a la acción, o impide que ella continúe, interpuesto por el querellante adhesivo, desemboca en un control interno del ministerio público, cuando se opone a la falta de recurso del acusador oficial o aquel recurso es más amplio que el de este último. La diferencia de criterio se justifica por la naturaleza esencialmente *dispositiva* de los recursos.

El actual CPP nacional, 170 y cc., aunque con lagunas, es un paradigma de la *querrela conjunta* en los delitos de acción pública y así ha sido interpretado. Única excepción y parcial: la legitimación para interponer recurso extraordinario ante la CSN, facultad que, por regla, la Corte no le reconoce al querellante conjunto (*Fallos CSN*, t. 260, p. 114 y otros allí cits.).

Si, como hemos visto, el sistema penal no sufrirá cambios fundamentales en un futuro inmediato, esto es, si él conserva la pena estatal y la persecución penal pública, la solución de la *querrela adhesiva* es

<sup>79</sup> Esta solución en el Pr. CPP Guatemala, 17 y 294, párr. III.

<sup>80</sup> Se puede pensar en las asociaciones creadas para proteger el medio ambiente o los animales, comunes en nuestro país. Empero, seguramente la prueba más irrefutable de lo que venimos diciendo la han proporcionado, con cualquier aquiescencia o crítica posible, las asociaciones creadas a raíz de la violencia militar desde el poder político, para proteger los derechos huma-

la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la supuesta víctima en el procedimiento penal represente un menosprecio (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos, una carga demasiado pesada para él. La primera afirmación se justifica, pues, permitir en ese sistema plena autonomía a la acusación privada significa, en ciertas circunstancias, convertir la persecución penal pública en privada, el procedimiento oficial en algo igual o semejante a un juicio por delito de acción privada, contraviniendo, por tanto, la decisión legislativa —presupuesta como tomada de antemano por el legislador— de que corresponde la persecución penal estatal. La representación privada de un interés estatal no es una figura adecuada y sólo constituiría un juego de palabras: a ella le faltaría la objetividad y legalidad que se requiere de la actividad desarrollada por órganos del Estado, en este caso, por el ministerio público. Acusar o recurrir la sentencia autónomamente significa precisamente asumir la persecución penal de manera principal, no accesoria. Decimos que la solución defendida es más adecuada al Estado de Derecho, pues, mientras se mantenga la persecución penal oficial, permite, en lo posible, evitar la desigualdad procesal que crea un doble acusador, más aun cuando uno de ellos no está vinculado al principio de objetividad, y mantener el precario equilibrio procesal logrado, a duras penas, entre la persecución penal pública y la defensa del imputado, según ya tuvimos oportunidad de observar.

II. A mantener y a asegurar mejor este equilibrio, y, concomitantemente, a una colaboración más profunda y eficiente de la víctima con el ministerio público, se puede arribar por una vía distinta, recomendable de explorar en el futuro inmediato. Si la supuesta víctima, legitimada para querellar conjunta o adhesivamente, se halla en óptimas condiciones para ejercer la persecución penal, se debería poder, por decisión judicial o interna del ministerio público, delegarle el ejercicio de la acción penal pública, bajo el control o la supervisión de un órgano determinado del ministerio público, incluso prestando las garantías necesarias de que continuará la persecución penal hasta su finalización<sup>79</sup>. Esta forma de colaboración sí significa una manera propia de confiarle a la víctima, con ciertas limitaciones, la representación de la pretensión punitiva estatal. Y con beneficios, pues, en primer lugar, existen víctimas seguramente más idóneas para perseguir, en el caso concreto, que la organización del ministerio público (supóngase una entidad económica o financiera defraudada), como de ordinario ocurrirá con las asociaciones creadas, precisamente, para la persecución de ciertos delitos o para la protección de ciertos bienes jurídicos<sup>80</sup>; y, en segundo lugar, porque permitirá ali-

nos, sin cuyo concurso no hubiera sido posible tan siquiera la persecución penal mínima que en nuestro país se llevó a cabo respecto de los hechos punibles aberrantes, cometidos desde el ejercicio del poder político y público. A esas asociaciones se debe, asimismo, el éxito en el descubrimiento o desarrollo en nuestro país de nuevas técnicas de investigación, que no sólo sirvieron para la persecución penal, en sentido estricto, sino precisamente

# JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

## SEPARATA

### MATERIALES DEL VI CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Logroño, 20-22 de junio de 1991

#### SUMARIO

	<u>Pág.</u>
<b>Ponencias</b> .....	III
— 1.ª <i>Protección real del consumidor. Vivienda y crédito.</i>	
— 2.ª <i>Defensa de los intereses difusos.</i>	
<b>Conclusiones</b> .....	XXXIII
— 1.ª Ponencia: <i>Protección real del consumidor.</i>	
— 2.ª Ponencia: <i>Defensa de los intereses difusos.</i>	
— <i>En materia laboral</i>	
<b>Declaraciones</b> .....	XLI
— <i>Sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.</i>	
— <i>Sobre la situación actual de la justicia de menores.</i>	
— <i>Sobre policía judicial.</i>	
— <i>Por una efectiva despenalización del aborto.</i>	
— <i>Sobre la obligación de readmisión en caso de despido, impuesta en sentencia.</i>	
— <i>Sobre el «caso Amedo».</i>	
— <i>Contra la permanencia de símbolos religiosos e ideológicos en las sedes de organismos políticos.</i>	
— <i>Contra la guerra y en favor del uso del derecho para la solución de los conflictos internacionales.</i>	

# PONENCIAS

## 1.ª Protección real del consumidor. Vivienda y crédito

### I. EL JUEZ PROTECTOR DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS QUE EXIGE LA CONSTITUCION EN CONTRAPOSICION AL JUEZ QUE EXIGE EL SISTEMA

Por primera vez nos vamos a ocupar en un Congreso de esta Asociación del Juez Civil y del papel que le corresponde en la realización de ese Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución y que se encuentra en la base de nuestro ideario. Parece que, en todo esto, al Juez Civil le corresponde el papel menos lucido. Se pretende que el orden económico es el establecido por el denominado libre juego de las fuerzas sociales dentro del sistema de libertad de empresa, con lo que, además de olvidar la idea de la «economía social de mercado» que es la proyección de ese Estado Social de Derecho en el ámbito económico, se busca la resignación a que de esa forma se perpetúe y reproduzca la desigualdad y asimetría que hoy caracteriza a las relaciones económicas.

Frente a tal inercia, esta ponencia pretende suscitar el debate y la reflexión sobre el fundamental papel que corresponde al Juez Civil, como juez de «lo corriente».

El tema es extenso y se presta a muchas consideraciones generales; pero, por razones de tiempo y por respeto al lema de este Congreso, sin renunciar a tratar algunos aspectos generales de la Justicia, nos centraremos en el concepto del Juez Civil como equilibrador y protector de los derechos de los consumidores y usuarios. Para ello trataremos de dibujar sus perfiles a la luz de la Constitución, aunque sólo sea para caer en la cuenta de que se trata de un Juez distinto al que, hoy por hoy, exige el sistema. Para huir de ese concepto de Juez que no sólo opiniones de todo tipo reclaman, sino incluso del que propicia la propia Inspección. Después, trataremos de los problemas corrientes con los que se topa diariamente el Juez Civil desde esta perspectiva.

La simple lectura de la Constitución pone de relieve las muchas ideas caducas que están presentes en el lenguaje común, en el de los juristas y en el de la judicatura. Y es que, todavía hoy, al hablar del Juez, a muchos se les viene a la cabeza un tipo de juez neutral, aséptico, no implicado que aplica el derecho como si de un simple juego de lógica formal se tratase. Su papel sería el de elaborar artificiosos silogismos en los que la premisa mayor sería la Ley (aderezada con extensas y, a veces, anquilosadas recetas jurisprudenciales); la premisa menor, el caso concreto (necesariamente y para limpieza de la inferencia, cercenado en muchos de sus as-

pectos que no se consideran significativos para la Ley, de la que el Juez se declara mera voz), y finalmente la conclusión, es decir, el fallo. El Juez queda de ese modo liberado de responsabilidad y dispensado de reflexionar sobre las consecuencias de su resolución.

Esto, que ya se demostró como una quimera para los juristas ligados a la «escuela de la exégesis» y a la de la codificación como un sistema axiomático y completo, se acentúa hoy cuando el Legislador ha perdido todo interés sistemático y cuando las Exposiciones de Motivos reflejan la misma retórica del debate parlamentario.

Defender hoy esta tesis en nombre de la distinción entre Derecho y Política, sosteniendo en ella la apoliticidad del Juez, no es sino otro modo de hacer política... reaccionaria, por supuesto.

Otra cosa bien distinta es que el Juez no deba ser sectario.

En efecto, por la lectura de los artículos 1.º y 9.º de la Constitución queda claro —en la medida en que este término puede ser usado en nuestro campo— que el Derecho no se concibe ya como un sistema axiomático, cerrado y completo que puede dar solución segura a un número indeterminado de casos, un marco neutro para el libre juego de las fuerzas sociales guiadas por el interés particular. El Derecho ha de ser concebido como un instrumento de progreso dirigido a lograr la realización de los valores superiores que la Constitución proclama (libertad, justicia, igualdad, participación, seguridad, dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, etc.).

No parece ocioso recordar aquí que el artículo 9.º de la Constitución dice que corresponde a los Poderes Públicos —incluido el judicial— promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, al tiempo que les obliga a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Que esto afecta al Juez Civil —y más a la luz del artículo 53.3 de la Constitución— parece una obviedad, y, sin embargo, se hace necesario insistir sobre ello, porque es sobre el Juez Civil sobre el que más se proyecta la idea caduca del juez neutral, garante de la seguridad del tráfico, respetuoso con la autonomía de la voluntad y absolutamente limitado por el principio de rogación y de aportación de parte. Esta idea encierra una grave contradicción, ya que, si el Juez es instrumento del Derecho, ¿cómo puede quedar al margen de los valores de progre-

so, justicia, libertad e igualdad real que impregnan ese derecho del que es instrumento?

Sostener esa contradicción en nombre del Derecho, de la apoliticidad del Juez y de la seguridad, supone marginarse del derecho vigente, hacer política de otra clase, simplificar deliberadamente la labor del Juez y, aunque parezca contradictorio, agrandar el portillo de la inseguridad cuando no de la arbitrariedad.

Es necesario además someter a crítica la idea de que el Juez no innova nada en el mundo del Derecho, limitándose a mirar el pasado a la luz de la norma y sin tener en cuenta las consecuencias de su resolución. Y esto es algo que afecta de modo especial al Juez civil —menos condicionado que el Juez penal por su posición garantista—. Del Juez civil, como señala Dieter Simon, puede decirse, lo mismo que del constitucional, que crea y hace realidad ese orden público económico que, admitiendo la libertad de empresa como principio de organización, subordina los derechos patrimoniales subjetivos a su fin social y a la idea de progreso en pos de la libertad, la participación y la igualdad real, perfilando caso a caso cuál sea la función social de los derechos patrimoniales y el ejercicio social de los mismos. Y si las relaciones reales en el campo de la economía de mercado se caracterizan hoy por la desigualdad y por la asimetría, la misión del Juez civil no puede ser la de permanecer neutral limitándose a constatar las condiciones formales de igualdad, sino que ha de intervenir como reequilibrador y restablecedor de la igualdad real, prestando especial atención a la parte más débil, como le exigen los artículos 9.º y 53.3 de la Constitución.

Para esto, desde luego, no sirve el simplificado silogismo judicial. Si la Ley no ha sido nunca una unidad de sentido acabada y siempre ha necesitado del caso concreto para completar su sentido, de modo que el jurista tiene que mirar alternativamente a la norma y al caso para entender una y otro, hoy hay que proclamarlo con mayor razón al haber perdido el legislador todo interés sistematizador. Las leyes, sobre todo en el campo civil y mercantil, surgen de múltiples compromisos y sus textos están llenos de principios generales y de conceptos indeterminados que ha de ir construyendo el Juez al contemplar el caso concreto. Basta leer leyes como la General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la de Defensa de la Competencia, la General de Publicidad o las numerosas reglamentaciones y directivas comunitarias, para comprobar esta realidad.

Todo ello exige del Juez la reflexión suficiente sobre el supuesto concreto, y para entender la realidad social que subyace en él no puede apartarse del caso, sino que ha de sentirse implicado en él y utilizar su propia experiencia. El Juez es también un consumidor y usuario que se siente desasistido frente a las grandes empresas y no entiende los recibos de la luz, del gas o del teléfono, está pagando su vivienda con un préstamo hipotecario y no entiende las liquidaciones del banco, tiene goteras en su casa y se le empachan los niños con los potitos defectuosos. Esos problemas los entiende el Juez desde su propia experiencia y no por ser un ser superior que se digna a oírlos y los reconoce sólo si tiene precedentes en la dogmática o en la jurisprudencia.

La idea clásica del Juez olvida también la profunda alteración que la Constitución ha introducido en nuestro sistema de fuentes. Hoy no basta con recitar el artículo 1.º del Código Civil como en el tema de las oposiciones. La Constitución, auténtica Norma como tanto ha de recordarnos el Tribunal Constitucional, ha positivizado no pocos principios generales del Derecho que, perdiendo su ambiguo valor como fuente, pasan a colocarse a la cima del ordenamiento. A la luz de esos principios cobran una nueva dimensión principios generales de la contratación como la equidad, el equilibrio, la responsabilidad, la proscripción de la arbitrariedad que han de configurar el orden público económico y que casan mal con la figura del Juez no intervencionista.

Así pues, el Juez que reclama la Constitución es un Juez equilibrador, protector de la parte más débil de la relación consumidores-usuarios, a quien corresponde definir, caso a caso, la función social del derecho. Es un Juez configurador del Estado Social de Derecho y, por tanto, de lo que se ha dado en llamar «economía social de mercado».

Para ello el Juez civil ha de prestar especial atención al caso concreto aportando su propia experiencia, reflexionando sobre ello a la luz de los fines del Derecho tal como la Constitución los concibe, sin simplificar la realidad para garantizar la limpieza de un fracasado silogismo judicial y reflexionando sobre las consecuencias sociales de su resolución.

Hay quien objeta a lo anterior que, en definitiva, se está apostando por el uso alternativo del derecho y, con ello, por la inseguridad jurídica, lo que no es en modo alguno cierto. Nunca puede considerarse uso alternativo del derecho lo que no es sino estricta aplicación de éste respetando el principio de jerarquía normativa. En la cima de nuestro ordenamiento están positivizados en la Constitución esos valores que exigen al Juez un talante distinto y que han de guiar toda interpretación de la Ley.

Lo que ocurre es que hoy el valor «seguridad» no puede plantearse en los mismos términos que en los tiempos de la codificación. Y, en todo caso, la solución la construye el Juez siempre preguntando al Derecho y partiendo de él. Pero, como señala Esser, «aquí tiene que actuar una previa vinculación a intereses, es decir, a expectativas, y a las correspondientes preguntas al sistema jurídico. El jurista no consulta a su materia ordenadora siguiendo el esquema de un interrogatorio neutral; él comprende ya estas expectativas, teniendo en cuenta el índice de los intereses de su época y de su sociedad que le sirven de compás para la rectitud de su interrogatorio».

La interpretación no ha sido nunca una cuestión simple. Pero en cualquier caso si con el criterio elegido se llega a una solución socialmente inaceptable, se estaría olvidando la principal de las reglas hermenéuticas: la de que toda interpretación debe ser razonable y su resultado aceptable socialmente según los valores superiores de nuestro ordenamiento. De modo que si una determinada interpretación nos lleva a un resultado intragable, la conclusión no debería ser la de aceptar esta interpretación, sino justamente la contraria, porque entonces se habría puesto de manifiesto la incorrecta aplicación de las demás reglas hermenéuticas.

Cierto es que al separarse el Juez de los precedentes, se exige, como ha recordado el Tribunal Constitucional, una adecuada argumentación que permita el control de la rectitud de la resolución que se adopta desde el Derecho. Pero al mismo tiempo todos sabemos que una aplicación mecánica del Derecho, perfectamente respetuosa con los precedentes, necesariamente mutiladora de la realidad —de las que sólo se destacarán los aspectos formales y los que interesan a la aplicación limpia del precedente—, puede encubrir la mayor arbitrariedad y ocultar las verdaderas razones del Juez: elusión de responsabilidad, vagancia, inclinaciones políticas o sociales, etc. El Juez que razonadamente se separa del precedente y de una aplicación rutinaria del derecho puede vencer o no, pero jamás podrá decirse que es arbitrario, ya que su resolución se basa en una argumentación sujeta al control: contra arbitrariedad, argumentación y no rutina y simplificación. Pero, evidentemente, eso exige más esfuerzo y más tiempo.

Este es el deseo. La realidad, sin embargo, enseña que el Juez que reclama el sistema no tiene nada que ver con el que propugnamos y entendemos exige la Constitución. Y por sistema entendemos no sólo los intereses estructurados en esas grandes compañías, que cuando pasan a ser usuarias del servicio de la Administración de Justicia pretenden mantener los mismos privilegios que en el mundo de la economía, sino también la propia organización judicial tal como la diseñan los que deben dotarla y los que deben controlar su funcionamiento —Administración y Consejo—. Y es que, en estos tiempos en los que todo se mide por el éxito y la competitividad, la Administración, el Consejo y el propio Legislador se han contagiado de los criterios de eficacia empresarial: simplificación de las decisiones, automaticidad y rapidez y, como corolario, aumento de la producción (pura cibernética). Así, como fenómeno paralelo a la contratación en masa, surge el fenómeno de los pleitos masa en los que se pretende la misma solución automática y simplificada, con los mismos modelos de ordenador, lo que necesariamente exige marginar la reflexión como inoperante o perturbadora del funcionamiento del sistema. Pleitos en los que es habitual la existencia de una póliza con extensos condicionados que se pretende que el Juez no lea —ni tenga tiempo para ello—, limitándose a comprobar los aspectos externos. Y es que la lectura de tales condicionados puede herir la sensibilidad de algunos, máxime si se tiene la desfachatez de comparar sus cláusulas con la Ley de Protección de los Consumidores.

Más del 70 por 100 de los asuntos que entran en un juzgado civil tienen que ver con consumidores y usuarios frente a grandes compañías. El diseño del sistema de inspección pretende que a ello dediquemos menos del 10 por 100 de nuestro trabajo, prácticamente firmar y dar las buenas tardes, al igual que al consumidor cuando firma el contrato se le deja solamente firmar y dar las buenas tardes.

El Juez que interesa al sistema es el burócrata y cumplidor que resuelva cuanto más mejor sin atender a cómo resuelve y qué ha hecho para llegar a su resolución.

Si a ello unimos una oficina judicial diseñada no

para servir a la función judicial, sino al modelo racionalizado y simplificado que conviene a ese tipo de Juez, y que, para colmo de torpeza, tampoco funciona, nos daremos cuenta con el profesor Aparicio de que «la justicia tradicional presta en el mismo orden de cosas un servicio suplementario y también de cierta consideración: presta el servicio de su propia ineficacia, de la necesidad estructural de que la justicia funcione dentro de ciertos límites de tolerancia, lo suficientemente mal como para que no ocupe espacios políticos y sociales en los que iría en contra de las íntimas necesidades del sistema».

## II. EL JUEZ DEL MODELO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LAS RELACIONES JURIDICAS MATERIALES EN QUE SE VEN IMPLICADOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

### Introducción

#### 1.º *El orden público económico*

El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En esta frase se contienen algunas de las expresiones como libertad de empresa y economía de mercado utilizadas hasta la saciedad por quienes pretenden justificar los aspectos más negativos del orden socioeconómico actual, entre otros la creencia de que el Juez no puede hacer nada ante las situaciones de desigualdad.

A quienes piensan que el Juez está atado de pies y manos ante los aspectos más negativos del actual orden socioeconómico, hay que recordarles que existe lo que ya Federico de Castro denominó: el «orden público económico». Este concepto vendría referido a la estricta aplicación al campo de la economía del concepto genérico de orden público del artículo 1.255 del Código Civil antes basado en normas extrapositivas y cuya finalidad se centra en evitar que los órganos del Estado, y entre ellos los jurisdiccionales, al socaire de la libertad de contratación, se vean obligados a interpretaciones que repugnen al más elemental sentido de la justicia y la moralidad.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, tales normas han pasado a conformar un orden público económico constitucional que no es otro que el de la economía social de mercado. Este orden se encuentra contenido en los propios preceptos de la Constitución, en las normas que la desarrollan e incluso en otros cuerpos legales, como el Código Civil, el de Comercio, etc., que, aunque anteriores al Texto Fundamental, han de ser aplicados e interpretados conforme a él.

Así, cuando el artículo 38 de la Constitución reconoce en su primer párrafo la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, no hace sino establecer un elemento, capital sin duda, de un conjunto sistemático de principios que configuran el orden público económico constitucional. La libertad de

empresa en el marco de una economía de mercado se encuadra en un sistema donde existen una serie de elementos que lo limitan y le dan sentido, tanto desde el punto de vista de la estructura político económica como desde las «exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» —último inciso del mismo artículo—, o del equilibrio y redistribución de la renta —artículo 131.1—, o de la subordinación de la riqueza del país en sus distintas formas al interés general, o de la reserva al sector público de ciertos recursos y servicios esenciales —artículo 128—. Tampoco puede perderse el punto de vista de los principios que afectan a los derechos de contenido social y económico de los ciudadanos, por ejemplo el derecho al trabajo del artículo 35, a la protección de la salud contemplado en el 43, al disfrute de un medio ambiente adecuado y una vivienda digna de los artículos 45 y 47, y a la defensa de los consumidores y usuarios del artículo 51.

En este último aspecto vamos a centrarnos entendiendo que las relaciones jurídicas en las que se encuentran normalmente implicados los consumidores y usuarios están caracterizadas principalmente por la desigualdad real de su posición frente a la contraparte, y englobando dentro de esa defensa de los consumidores y usuarios que impone la Constitución otros derechos reconocidos en esta como pueden ser los relativos a la protección de la salud, al disfrute de un medio ambiente adecuado y de una vivienda digna, etc.

## **2.º *Los Instrumentos del Juez para lograr la efectividad del orden público económico***

El papel del Juez en relación a este segundo grupo de elementos configuradores del orden público económico, surge directamente del análisis sistemático de la Constitución siempre que ésta impone al Juez la defensa de los consumidores y usuarios.

El artículo 51.1 de la Constitución impone a los poderes públicos —entre los cuales está el judicial— la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los intereses económicos de los mismos. Por otra parte, el artículo 53.3 de la Constitución establece que «el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º —esto es, los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el de defensa de los consumidores y usuarios— informarán la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...». Al tiempo, el artículo 9.2 impone a los poderes públicos —también al judicial— la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Es pues, ineludible obligación del Juez la de proteger los intereses legítimos de los consumidores y usuarios como parte más débil en el ámbito de las relaciones en que se ven inmersos, caracterizadas por la posición de desigualdad real entre las partes.

Lo expuesto introduce una cuestión más general: el paso del Estado Liberal decimonónico, a cuyas

coordinadas responde nuestro Derecho privado codificado, al Estado Social y Democrático de Derecho que establece y configura nuestra Constitución, cuya traducción al campo de la economía ha determinado el nacimiento de la economía social de mercado, y que impone una necesaria reelaboración de los conceptos tradicionales de «autonomía de la voluntad» y «derecho dispositivo» que hasta ahora se venían manteniendo. De la autonomía de la voluntad diseñada por el Estado Liberal y plasmada en el artículo 1.255 de nuestro Código Civil, se ha pasado a una concepción en los Estados Sociales de Derecho en la que se entiende que el derecho dispositivo es un paradigma de regulación jurídica que el legislador positiviza como modelo de equilibrio de contraprestaciones y autoriza a que las partes lo sustituyan por otro que atienda a los particulares intereses del caso concreto en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Eso es así siempre y cuando se trate de un modelo equitativo, sinalagmático y conmutativo basado en el principio de igualdad real y no en la consagración de un poder fáctico de una parte que se exonera de todo tipo de responsabilidades y se atribuye un poder determinante en lo relativo a la validez, eficacia y cumplimiento del contrato frente a la parte más débil que carga con un plus de obligaciones y se constituye en una situación de inferioridad en el desarrollo de la relación contractual. El derecho no puede amparar situaciones que no sean reflejo de un justo equilibrio de las prestaciones y una igualdad en la posición jurídica de las partes.

A la luz de estos principios cobran un nuevo sentido preceptos como el artículo 1.256 del Código Civil en cuanto prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos, o el artículo 57 del Código de Comercio en cuanto introduce el elemento de la buena fe para el cumplimiento de los contratos. Y, naturalmente, cobran así plena operatividad preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como el apartado 4.º del artículo 10 que establece la nulidad de las condiciones generales de los contratos oscuras, inconcretas o difíciles o que no reúnan los requisitos necesarios de buena fe y equilibrio de las contraprestaciones.

En definitiva, se trata no de proteger al incumplidor o al moroso, sino de lograr que las relaciones jurídicas en las que son parte los consumidores y usuarios estén caracterizadas por las notas de igualdad, equilibrio y buena fe que impone el orden público económico constitucional, impidiendo que la desigualdad real en la que se encuentran los consumidores y usuarios al relacionarse jurídicamente con las empresas y corporaciones pueda suponer que el ordenamiento jurídico de cobertura a las situaciones de desigualdad real e indefensión efectiva de la parte más débil, lo que es incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho.

## **3.º *El derecho del consumo***

La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha empezado a ser desarrollada reglamentariamente —R.D. 515/89 de 29 de abril, sobre información a suministrar a los consumidores en la compraventa y

arrendamiento de viviendas, y R.D. 287/1991 de 8 de marzo, relativo al Catálogo de Productos, Bienes y Servicios—, la Ley General de Publicidad, la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Contrato de Seguro —en ciertos aspectos— son el exponente positivo más claro del orden público económico constitucional.

Vamos a destacar dos cuestiones de especial relevancia: las condiciones generales de los contratos y la publicidad.

#### A) Las condiciones generales de los contratos

Uno de los fenómenos característicos del sistema económico capitalista es el de la contratación en masa. Estas demuestran un auténtico poder normativo de facto por parte de las grandes empresas y corporaciones que, al detentar el monopolio en la explotación de determinados sectores, establecen realmente la Ley por la que han de regirse las relaciones inter partes.

Es evidente que, en este plano, el enfrentamiento entre consumidores y productores y distribuidores no puede dejarse abandonado en normas de derecho dispositivo derogable por la «voluntad individual» de las partes, no solamente por la desproporción entre la organización de una y otra parte, sino por la propia existencia de un interés digno de protección que no puede ser sometido unilateral y prefiadamente —aunque sea con la formal cobertura del acuerdo de voluntades— al dictado de un grupo social, y ello con independencia de la calificación que se atribuya a aquel interés necesitado de protección como interés de clase, como interés público o como interés difuso, ni enteramente individual ni enteramente colectivo.

Por ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el que diseña la Constitución, las condiciones generales de contratación sólo pueden admitirse como medio de racionalizar y simplificar la capacidad negocial de la empresa a través de formulaciones estereotipadas que permiten la realización idéntica y poco menos que simultánea de un número indeterminado de contratos, así como llenar las lagunas que el derecho positivo presenta en íntegros sectores de la contratación. Lo que no puede admitirse es que estas condiciones impongan de facto un poder normativo de la empresa de forma unilateral frente a la parte más débil. Es por ello que los poderes del Estado, y entre ellos el poder judicial, han de intervenir para restablecer la igualdad y el equilibrio mediante los instrumentos de derecho imperativo que el orden público económico constitucional pone en sus manos.

Tales condiciones generales de los contratos precisan, pues, de un triple control:

1. Un control previo en su formulación, bien administrativo, bien negociado —a modo de los convenios colectivos—, entre productores o suministradores y asociaciones de consumidores y usuarios. El control administrativo, que comienza a extenderse en las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, no merece, sin embargo, gran confianza, puesto que la ex-

periencia está demostrando que la contratación en éstas adolece de los mismos defectos observados en las empresas privadas.

2. Un control legislativo de legalidad intrínseca y eficacia obligatoria de dichas condiciones generales, mediante normas de derecho imperativo, del tipo establecido en el artículo 10 de la Ley 29/84, aunque la técnica defectuosa de éste excluye de su ámbito a los pequeños y medianos empresarios que en sus relaciones con las grandes empresas se encuentran en la misma posición de desequilibrio. El Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, elaborado y reelaborado por la Comisión General de Codificación, duerme el sueño de los justos desde hace diez años, sin que el legislador parezca tener prisa alguna para elaborar la ley definitiva.

3. Un control judicial que requiere tanto de instrumentos legales eficaces como de una nueva sensibilidad por parte de los Jueces y Tribunales sobre los principios antes mencionados.

Es imprescindible a este respecto tener en cuenta que los consumidores y usuarios son especialmente remisos a la hora de acudir a los Tribunales. Ello se debe tanto a la falta de información como a lo gravoso que suele resultar la defensa de un solo caso particular, generalmente por su escasa trascendencia económica en el caso individualizado. Tampoco puede perderse de vista la desconfianza en la tutela judicial al no haberse destacado precisamente los Tribunales por la aplicación de las normas del derecho del consumo y no solamente por la escasa sensibilidad de los jueces, demostrada por lo menos hasta ahora, sino también por la excesiva carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y por su progresiva burocratización.

Además de lo anterior, serían necesarias reformas legislativas que potenciaran la defensa del consumidor tales como:

a) el establecimiento de una acción de cesación, con legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores y usuarios que les permitiera impugnar con carácter general las cláusulas ilícitas y abusivas, similar a la prevista en el artículo 25 de la Ley General de Publicidad;

b) el otorgamiento del carácter inhibitorio a las sentencias que estimaran tal acción de manera que al empresario vencido en juicio le resulte vedado la utilización futura de estas cláusulas abusivas, tal como se prevé en la legislación alemana en la que incluso existe un registro público donde se inscriben las sentencias de cesación;

c) la extensión ultra partes de los efectos de tales sentencias a los adherentes afectados por la misma cláusula que se acojan a los efectos de la cesación, como también prevé la Ley alemana.

#### B) La publicidad

El tema de la publicidad está indefectiblemente unido al modelo económico y cultural de la sociedad en los países capitalistas desarrollados.

En palabras de J.K. Galbraith, a medida que una sociedad va avanzando en la opulencia se crean

nuevas necesidades por el proceso que las satisface; y así, a un mayor nivel de producción, se corresponde un mayor nivel de creación de necesidades que, a su vez, requieren un nivel superior de satisfacción de las mismas. Una de las consecuencias de este proceso es la creciente indefensión de los consumidores ante las constantes incitaciones a consumir efectuadas por medio de una publicidad agresiva y omnipresente pensada más para influir que para informar.

El enfoque obligado en esta materia ha de partir de dos principios recogidos en la Constitución: el de defensa del consumidor, del artículo 51.1, y el del derecho a recibir una información veraz por cualquier medio de difusión, del artículo 20.1.d.

Por eso la publicidad ha de ser entendida no como una mera comunicación sugestiva al potencial cliente de las características más relevantes del producto o servicio desde el punto de vista del interés del productor o suministrador, sino como la necesidad de informar al consumidor de las características globales de la relación jurídica en que se pretende involucrarle y, especialmente, de las que puedan serle desfavorables —consecuencias del incumplimiento contractual, causas de resolución de los contratos, intereses de mora, etc.—, de manera que tenga un conocimiento claro y suficiente de los aspectos positivos y negativos de dicha relación jurídica.

Hay que insistir en el que el Juez tiene tres normas básicas para defender el derecho del consumidor a obtener una información veraz. La primera, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuyos artículos 2.1.d y 8 determinan como derecho básico del consumidor el de obtener una información correcta sobre los distintos productos o servicios, y el carácter vinculante desde el punto de vista contractual de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios. No es que estas dos medidas sean de por sí suficientes, ya que deberían verse complementadas por otras, como la instauración del cierre registral en la venta de viviendas, pero sin duda significan un avance sobre el alcance de la voluntad unilateral.

En cualquier caso hay que llamar la atención del Juez para que efectúe interpretaciones en este campo conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas.

La segunda norma básica a que hacíamos alusión es la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, dictada en desarrollo y cumplimiento de la Directiva del Consejo de las CC EE, de 10 de septiembre de 1984, en materia de publicidad engañosa. En ella se regula la publicidad ilícita, la acción de cesación y la rectificación de dicha publicidad legitimando para su ejercicio a los órganos administrativos competentes, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las personas naturales y jurídicas que resulten afectadas y en general a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés directo.

Por último, por su trascendencia práctica, es de máxima importancia que los Notarios cumplan efectivamente lo previsto en el artículo 147 del Reglamento Notarial, que les obliga a informar a los firmantes de las escrituras del significado de las cláusulas que propone una de las partes. En materia de

consumo este precepto es de vital importancia si se parte de la realidad de que en la generalidad de los casos se trata de contratos de adhesión.

## **Contratos bancarios y de financiación**

### **1.º El sector financiero como servicio público**

Las transformaciones económicas y sociales han supuesto evidentemente una generalización en el uso de los servicios que prestan este tipo de entidades. No se concibe ya hoy que el ciudadano no utilice de forma habitual los servicios de un banco para cuestiones tan habituales como cobrar la nómina, adquirir un coche o una vivienda.

Desde este punto de vista amplio puede considerarse que se trata de un servicio público en la medida en que no sólo es que se constate que el consumidor y usuario utiliza estos servicios, sino que en muchas ocasiones está obligado a ello, por ejemplo, para cobrar una indemnización en la Administración de Justicia.

Así pues, las entidades de esta clase terminan teniendo la posición que da la propia necesidad de sus servicios, y se termina, como es habitual, con que el ciudadano no sea libre de contratar o no con estas empresas, y si se ve obligado a contratar deberá hacerlo en las condiciones que le imponga quien crea la necesidad. El Estado, pues, ha de tutelar de alguna forma al ciudadano cuando utiliza estos servicios.

Si bien la actividad de este sector se desarrolla en teoría conforme a las reglas de la libre competencia, en la práctica se constata la existencia de una actuación fuertemente interconectada —por ejemplo, por la actividad del Consejo Superior Bancario— que provoca la existencia de unas prácticas homogéneas, en muchas ocasiones abusivas, que acrecientan la fortaleza en la posición de esta parte en relación con el consumidor y usuario.

### **2.º La publicidad**

En sus relaciones con los consumidores estas entidades realizan campañas publicitarias agresivas —véase últimamente la llamada guerra de las supercuentas— que, aunque actualmente se efectúan con mayores garantías por exigencias reglamentarias —TAE, comisiones, etc.—, ha mantenido y mantiene aspectos de deficiencia en la información a los usuarios, tales como información sobre comisiones, remuneración de tramos inferiores en operaciones de pasivo y, en general, sobre la información comprensible para el usuario.

Pero lo que hay que resaltar es la necesidad de que esta información se extienda a la globalidad de la operación, es decir, de la totalidad de la relación jurídica que nacerá del contrato que se oferta y, concretamente, de las consecuencias negativas que para el usuario se producirán si se incumple el contrato o se cumple anormalmente. Aludimos a las

causas de resolución, al tipo de interés de demora, la sumisión expresa, dado lo gravoso para el usuario de las consecuencias de este tipo de cláusulas.

### 3.º *Las condiciones generales de contratación*

El sector financiero es un sector prototipo en lo referente a la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales de contratación unilateralmente redactadas por las entidades financieras que son impuestas al cliente si éste quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión salvo, claro está, en los contratos que estas entidades celebran entre sí o con grandes empresas o corporaciones donde se produce auténtica discusión de las condiciones contractuales porque en este caso sí hay equilibrio entre las partes.

A pesar de la variedad de las estipulaciones contractuales utilizadas por cada entidad, existen usos homogéneos en aspectos esenciales del contrato, tales como el «pacto de liquidez», las cláusulas de sumisión expresa, etc., que en la mayoría de los supuestos se trata de usos abusivos a la luz del orden público económico instaurado por la Constitución, en la Ley de Consumidores, e incluso en muchos preceptos del Código Civil y del Código de Comercio.

Las entidades de esta clase suelen defender la validez de estas cláusulas por los usos bancarios generalizados, pero conforme al sistema de jerarquía de fuentes vigente en nuestro ordenamiento nunca puede admitirse la validez de un uso o práctica bancaria, por muy generalizada que esté, si es contraria a las normas legales, y mucho menos si son contrarias a las normas imperativas que integran el orden público económico.

Es por ello que el Juez, en aplicación de las normas mencionadas, ha de ser especialmente cuidadoso en este campo de la contratación, donde la utilización generalizada de contratos de adhesión, la clara desigualdad en la posición de las partes, la existencia de prácticas homogéneas en el ramo, e incluso la utilización de publicidad abusiva —por acción u omisión— hace necesaria su intervención reequilibradora.

Hay que desterrar la imagen del Juez que solamente entra en el problema cuando se opone el demandado. Dada la renuencia del consumidor a acudir a los Tribunales y la existencia de numerosos procedimientos privilegiados utilizables por dichas entidades —131 de la LH, juicio ejecutivo con base en el artículo 1429.6 de la misma Ley—, el Juez no puede desentenderse de la cuestión en cuanto se trata de un interés colectivo o difuso cuya defensa le viene impuesta por la Constitución. Luego entraremos en supuestos concretos.

### 4.º *Las cláusulas abusivas*

Como se ha dicho, son frecuentes los supuestos de condiciones generales de la contratación empleadas por tales entidades que infringen claramente lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley General de Publi-

cidad, el Código Civil, y el Código de Comercio. Analizando las más frecuentemente utilizadas, y siguiendo la sistemática del artículo 10 de la primera de las Leyes citadas, pueden resumirse las infracciones más frecuentemente observadas del siguiente modo:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción.

Destacan en este aspecto las cláusulas de determinación del tipo de interés aplicable —TAE, interés nominal, interés anual—, en relación con las consecuencias de interpretación de las cláusulas oscuras prevista en el artículo 10.2 de la LGDCU y del artículo 1.288 del Código Civil, e incluso de la propia indeterminación del interés aplicable de los contratos de préstamo en los que solamente se hace constar el importe de lo prestado y las cuotas de devolución, su periodicidad y número, cláusulas éstas que habrían de estimarse nulas por aplicación del artículo 10, apartados 1.a y 4 de la LGDCU, e incluso del apartado 1.c, considerándolas como condiciones abusivas de crédito.

b) Posibilidad de comprensión directa sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, habrá de hacerse referencia expresa en el documento contractual.

A este respecto son numerosos los contratos cuyas condiciones generales contienen remisiones a comisiones o intereses fijados por la entidad bancaria para determinados servicios sin fijar su cuantía concreta, o bien se remiten a los Estatutos del Banco, o a unos intereses fijados por otras entidades del mismo sector, etc.

c) Cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

Han de considerarse incluidas en este supuesto las que permiten a la entidad financiera resolver el contrato por incumplimientos irrelevantes o en circunstancias cuya apreciación se dé al libre arbitrio de la entidad financiera, y también aquéllos en los que no se establece de una forma clara de los incumplimientos que pueden dar lugar a la resolución.

Asimismo han de incluirse en este apartado, en relación con las tarjetas de crédito, la facultad de cancelar la tarjeta sin determinar las causas expresadas para ello. Estas cláusulas han de reputarse nulas por aplicación del artículo 10.4 en relación con el 10.1.c.2.º de la LGDCU.

d) Cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Condiciones abusivas de crédito.

Pueden entenderse incluidas en este supuesto las siguientes cláusulas:

— la exigencia de retenciones o depósitos obligatorios;

— la revisión de la tasa de interés si ésta des-cansa en criterios de referencia no objetivos o incurre en falta de precisión en los términos de la revisión, o se vincula a la variación que sufran los intereses fijados para ciertas operaciones por varias

entidades bancarias que estén integradas en el mismo grupo financiero;

— el establecimiento de condiciones distintas para la revisión del interés, según sea al alza o a la baja;

— la exigencia de garantías personales o reales desproporcionadas;

— el establecimiento de interés usurario, cuestión que, aunque se encuentre sumamente debatida en éstos momentos, es evidente que no puede dejarse al margen dentro del concepto de las condiciones abusivas de crédito;

— la consideración como una sola cuenta de todas aquéllas de las que sea titular una persona, ya sea solidaria o mancomunadamente, a efectos de compensación recíproca, con lo que se pueden ver afectados terceros ajenos a la relación jurídica, con clara contención de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil;

— la reserva por la entidad bancaria de la facultad de corregir los apuntes erróneos, sin necesidad de consentimiento ni siquiera de notificación al usuario, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil;

— la facultad del banco de modificar comisiones o intereses sin especificar cuál sea la causa de esta modificación, con infracción del mismo precepto;

— el sometimiento del cliente a las normas que en cada caso fije el banco en contratos de tarjetas de crédito;

— la imposición de las costas y gastos procesales al usuario, pretendiendo así instaurar el proceso convencional;

— la aceptación a priori por el cliente de la cesión por el banco del préstamo hipotecario sin necesidad de notificación en contra de lo dispuesto en los artículos 1.526 y 1.527 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria.

— la imposición al prestatario del pago de los tributos presentes y futuros que graven el capital e intereses, sin especificar cuáles sean estos tributos.

Además de éstas, merece una especial consideración el denominado *pacto de liquidez* o *pacto de liquidación*.

Uno de los problemas más serios con los que se encuentra el consumidor y usuario en relación con estas entidades, es el de entender las cuentas que le hace el banco, en las que se mezclan conceptos, números, saldos medios, claves de ordenador y complicados cálculos financieros de los que el consumidor medio tiene escaso conocimiento.

Y si esto de por sí es ya complicado, peor es aún cuando se introducen ciertas cláusulas como es el contemplado pacto de liquidez, amparado por el párrafo antepenúltimo del artículo 1.435 de la LEC, según el cual se tendrá por liquidada la cantidad que certifique el banco de forma unilateral con el solo añadido de que un fedatario mercantil acredite que la liquidación se ha efectuado con arreglo a las condiciones del contrato.

Basta contrastar tal cláusula con los principios del Código Civil en materia de carga probatoria o del valor probatorio de los documentos privados, para concluir su nulidad de pleno derecho no solamente por contravenir los preceptos citados —1.214 y 1.228 del Código Civil, en relación con el 31 del Código de

Comercio—, sino por instaurar la arbitrariedad proscribida en el artículo 1.256 del Código Civil, y por ir abiertamente en contra del artículo 10.1.c de la LOGDCU.

Si esto es claro en el juicio ordinario, suscita una viva contienda en el marco del juicio ejecutivo, en el que los títulos han de estar revestidos *prima facie* de una especial fuerza probatoria. Los usos bancarios, al amparo del artículo 1.435 de la LEC ya citado, han pretendido introducir en la práctica la extravagante O.M. de 21 de abril de 1950 tras la reforma urgente de la LEC de agosto de 1984.

Merece la pena detenernos en algunas consideraciones. Se pretende con esta práctica bancaria la fijación unilateral por parte de la entidad bancaria del saldo entendiendo que ésta su liquidación, lo que hay que rechazar, ya que «liquidar» implica la operación por la que las partes se ponen de acuerdo sobre diversas partidas integrantes de la cuenta, una vez que éstas se han producido, para fijar el saldo —ahora sí— mediante la realización de una operación matemática. La interpretación que pretende la práctica bancaria supone, pues, un error argumentativo por petición de principio porque se está dando por supuesta la conclusión a la que hay que llegar. Se da por líquido lo que se pretende liquidar, sin que la intervención de fedatario público añada nada porque nunca podrá convertir en protocolo público la contabilidad del banco.

Este privilegio, injustificado por más que se quiera apoyar en la seguridad del tráfico mercantil o en los usos bancarios, no es admisible, y su constitucionalidad es tan dudosa que en este momento existen una veintena de cuestiones de constitucionalidad pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional desde 1988. La generalidad de dichas cuestiones de constitucionalidad entienden que dicho párrafo penúltimo del artículo 1.435 vulnera los artículos 14, 24.1 y 24.2 de la Constitución.

e) Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

En este apartado pueden incluirse las siguientes cláusulas:

— la exigencia de contratación obligatoria de seguros;

— el abono obligatorio por el cliente de gastos de estudio;

— la previsión de que en caso de descubierto en cuenta corriente, además de un interés elevado, devengará comisiones en favor del banco;

— las que establecen recargos por demora, sin especificarlos con la debida claridad y separación. Incluso se discute si los mismos pueden constituir una condición abusiva de crédito.

f) Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

En este apartado pueden destacarse los siguientes supuestos, como nulas por lo dispuesto en el artículo 10, apartados 1.c.6.º y 4.º de la LOGDCU:

— liberación absoluta de responsabilidad en caso de pérdida o sustracción de cheques, libreta de

ahorros, o tarjeta de crédito o de cajero automático;  
— las de exoneración de responsabilidad a la entidad de leasing respecto del no suministro del bien o de los defectos del mismo;

— la exención de responsabilidad de la entidad emisora en caso de falta de atención a la tarjeta de crédito por los establecimientos adheridos a ella, así como las que se derivan de las incidencias de tipo técnico u operativo de los cajeros automáticos.

g) La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

En este apartado han de incluirse las que exigen a la entidad bancaria de responsabilidad por los perjuicios que se irroguen al cliente como consecuencia de las demoras o deficiencias de los servicios de comunicación.

h) La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

Son frecuentes las cláusulas —además del pacto de liquidez comentado— en las que se pretende atribuir a una «certificación» emitida por el propio banco con base en su propia contabilidad, un valor probatorio privilegiado a efectos de la posible reclamación a los clientes. Estas cláusulas han de considerarse nulas, por la prohibición del proceso convencional, por las normas de la LGDCU, y por lo dispuesto en los artículos 1.228 y 31 del Código de Comercio.

i) La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta ley.

Es habitual en los contratos tipo utilizados por este sector incluir cláusulas de renuncia a derechos de los consumidores. Una de ellas es la de sumisión expresa con renuncia al fuero propio. Estas cláusulas han de estimarse nulas como trataremos de argumentar en el apartado dedicado al derecho procesal.

## 5.º *La adaptación de la legislación a la normativa comunitaria europea*

Por último, no puede dejar de señalarse que el estado español no ha agotado las medidas necesarias para dar cumplimiento en todos sus extremos a la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembro en materia de crédito al consumo, y que establecía como fecha límite para realizar tal desarrollo normativo el 1 de enero de 1990, afectando esta falta de desarrollo a algunos aspectos de suma importancia para la protección del consumidor y usuario como son:

a) En el caso de créditos para la adquisición de bienes, el establecimiento de condiciones en virtud de las cuales puedan recuperarse dichos bienes, en particular, cuando el consumidor no haya dado su consentimiento, garantizando que cuando el acreedor recupere la posesión de los bienes, la liquidación entre las partes se efectúe de tal forma que no se ocasione un enriquecimiento injusto —art. 7 de la

Directiva—. Este es el caso típico de recuperación del bien y pérdida del dinero entregado como cláusula penal, aunque en este caso quizá pudiera defenderse la nulidad por perjuicio desproporcionado del artículo 10.4 en relación con el 10.1.c de la LGDCU.

b) En el caso de contratos de crédito en que se permita al consumidor pagar mediante letras de cambio, pagarés o cheques, los estados miembro asegurarán la adecuada protección de los consumidores —art. 10 de la Directiva—. Esta protección no se ha llevado al ordenamiento español, pese al punto V de la exposición de motivos de la LCCH, y tiene especial relevancia en las acciones cambiarias ejecutivas contra consumidores y usuarios cuando la acción es ejercida por el librador y suministrador o fabricante frente al consumidor.

c) La garantía de que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro.

La falta de desarrollo de este punto provoca que el consumidor se vea compelido a seguir abonando el préstamo, aunque se trate de un claro incumplimiento contractual y, lo que es más grave, cuando la entidad de financiación esté íntimamente relacionada con el propio vendedor.

## La vivienda

La vivienda, como marco de la esfera privada de la vida de las personas, lugar donde las mismas desarrollan su actividad más íntima, constituye, no ya un bien de primera necesidad, sino el elemento imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la personalidad, así como para el disfrute de determinados derechos, como la libertad, la seguridad, la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio, todos ellos proclamados como fundamentales en la Constitución.

El acceso a la vivienda digna y adecuada como prescribe el artículo 47 del texto constitucional, ya sea en propiedad o en alquiler, no puede regirse únicamente por las normas del mercado, deviniendo inexcusable una normativa especialmente protectora de los derechos de los consumidores en este ámbito. Frente a ello, la realidad actual nos ofrece un sinnúmero de irregularidades, disfunciones, desigualdades y abusos, en los que el ciudadano se ve indefenso y muchas veces privado de lo que para todos es insustituible. Ante esa realidad los jueces no pueden limitarse a ser meros intérpretes de la voluntad privada (casi siempre plasmada en un contrato confeccionado por una sola de las partes), sino que deben, como poder del Estado que son, promover las condiciones necesarias para hacer efectivo tan importante derecho constitucional.

Analizamos seguidamente las dos formas más generalizadas de acceso a la vivienda y los problemas que para los consumidores en las mismas se plantean.

## La adquisición de la vivienda

La compra de la vivienda constituye por lo general la adquisición más importante en la vida de una persona, meta de sus ahorros, y fuente de no pocos quebraderos de cabeza, ya que, además de comprometerle su crédito durante años, le va a obligar a contratar con diversas empresas en clara situación de inferioridad (inmobiliarias, constructoras, bancos, aseguradoras, compañías de suministro, etc.), todo lo cual exige que sus intereses como consumidor precisen de especial protección.

La regulación protectora de tales intereses se encuentra básicamente contenida en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y en el Real Decreto 515/89, los cuales proclaman como de esencial importancia la que en este tipo de ventas tiene la información, configurada como derecho del consumidor y correlativa obligación del vendedor, y ello puesto que en la mayoría de las ocasiones el contrato se perfecciona sin tener a la vista total o parcialmente el objeto del mismo, como «cosa futura»; esta obligación no sólo tiene un carácter contractual, sino también, y sobre todo, precontractual, de forma que la normativa antes referida establece una relación detallada de los datos que debe integrar dicha información previa al contrato.

Respecto a la información precontractual resulta de una especial eficacia protectora de los consumidores el considerar las condiciones de la oferta, tal como ésta es mostrada a través de folletos, anuncios o pisos piloto, vinculantes para el promotor, de manera que los folletos y anuncios pasan a ser documentos contractuales, y por ellos se van a definir las obligaciones del vendedor: «los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad, serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado» (art. 3, R.D. 515/89).

En lo referente a la información contractual, se regula de modo detallado en el citado Real Decreto la que debe darse en el momento mismo del contrato, el cual por su parte debe estar redactado con la debida claridad, sencillez y concreción, y sin que se puedan efectuar en el mismo remisiones a textos y documentos que no se faciliten previa o simultáneamente; así, señala la obligatoriedad de poner a disposición del comprador documentos tales como planos, descripción de materiales, ubicación de zonas comunes, certificaciones de organismos oficiales, etc. También la reforma del Reglamento Notarial ha contribuido a reforzar el derecho a la información de los consumidores al establecer la obligación del notario de explicar al consumidor la importancia y alcance de las distintas estipulaciones contractuales. En cualquier caso la reiterada inobservancia de tales prescripciones, que habitualmente apreciamos en los juzgados, en ningún supuesto podrá perjudicar al comprador, debiéndose considerar en esos casos la voluntad de éste viciada, bien por dolo o negligencia, y en consecuencia anulable el contrato, ello sin perjuicio del derecho a indemnización que en cualquier caso habrá nacido en su favor.

Especial mención merece el problema que fre-

cuentemente se plantea como consecuencia de la modificación de las normas de planeamiento cuando ésta se produce con posterioridad al inicio de la promoción urbanística; es habitual que viviendas que se anuncian y venden con unas determinadas superficies, privativas o comunes, zonas de esparcimiento e instalaciones, a la postre se vean notoriamente menguadas, justificando el promotor tal reducción como una consecuencia del cambio de normas urbanísticas que habrán sido alteradas generalmente a instancia del propio promotor valiéndose de su condición de único titular registral. Ante ello, y como cuestión de «lege ferenda», es indispensable el cierre registral para todas las parcelas afectadas por una promoción, y desde el momento en que esa promoción se anuncie; igualmente propugnamos como norma necesaria la que establezca la imposibilidad de modificar las normas parciales de planeamiento que afecten a una promoción sin que se oiga previamente a los adquirentes de las futuras viviendas o a sus representantes.

En lo relativo al precio de la vivienda, se observa el sistemático desconocimiento de que son objeto del principio de claridad y las normas que lo desarrollan; se detectan numerosos abusos, especialmente graves en las viviendas de protección oficial, por parte de promotores poco escrupulosos que cobran cantidades a los compradores sin entregar recibos (se justifica tal actividad en oscuras razones fiscales), o lo hacen por conceptos que difícilmente tienen una explicación (gastos de estudio, de documentación, honorarios del promotor, etc.); también se repercuten sobre el comprador gastos no cuyo pago sólo al vendedor competen, acción ésta declarada contraria a la buena fe y al justo equilibrio contractual por la misma LCU (art. 10.1.c.11). Contra estos abusos, la principal dificultad del comprador es la de su prueba, dificultad que sólo puede ser combatida con una eficaz labor investigadora y sancionadora de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la propia LCU y en la normativa sobre viviendas de protección oficial.

En todo caso habrá de tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del R.D. 515/89, todas las cantidades entregadas por el comprador han de considerarse a cuenta del precio pactado, sin que sean repercutibles sobre él gastos que, por su naturaleza, corresponden al vendedor, como son los de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiación de la construcción, o su división y cancelación, y sin que sean válidos incrementos del precio por servicios que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles en cualquier caso de ser aceptadas o rechazadas.

Respecto a los defectos de la vivienda, resulta especialmente eficaz y protectora de los intereses del comprador, la información que al mismo debe darse sobre las características de la vivienda, calidades, materiales, suministros, servicios e instalaciones a cuyo tenor ha de medirse el cumplimiento del promotor; caso de faltar la información debe quedar claro que el comprador siempre tendrá derecho a calidades adecuadas al precio pagado según el mercado.

Los defectos de la vivienda pueden dar lugar a dos tipos de acciones: las derivadas del incumpli-

miento, medido conforme a lo antes dicho, y las fundadas en la responsabilidad decenal que establece el artículo 1.591 del Código Civil. En torno a esta última merece nuestro aplauso la postura adoptada por el Tribunal Supremo, el cual, pese a la escueta regulación que integra el citado precepto, al que por otra parte muy poco añade la LCU, ha desarrollado una amplia labor interpretadora llegando a crear una estimable doctrina protectora de los intereses de los consumidores; no obstante, considerando insuficiente la actual regulación, se hace precisa la elaboración de una nueva normativa que tenga en cuenta el desarrollo de las técnicas de construcción y acoja los principios de la doctrina del Tribunal Supremo.

Finalmente, en lo tocante a la resolución de los contratos de compraventa de viviendas por impago del precio, hemos de señalar que la actual ola de especulación ha llenado los juzgados de pleitos en los que se ejercitan acciones resolutorias con base a lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código Civil. Sin pretender por ello amparar a los morosos, queremos remarcar la extraordinaria importancia y gravedad de la decisión que supone privar y desposeer a una persona de su hogar, y en consecuencia propugnamos una reflexiva ponderación de las circunstancias de cada caso, así como de las consecuencias de la resolución, huyendo de soluciones simplificadas, de modo que no hayan de imponerse frente al derecho a la vivienda puros intereses especulativos, y sin que en ningún caso se ampare el ejercicio antisocial del derecho, como proclama la propia Constitución.

Suelen ir ligadas a estas condiciones resolutorias cláusulas penales en las que se prevé que el vendedor podrá retener en caso de resolución, las cantidades entregadas por el comprador como pago aplazado y sin que por el contrario se establezca en el contrato sanción alguna para el retraso del promotor en la entrega de la vivienda; tales cláusulas penales, en tanto no guardan relación con los daños efectivamente causados, sancionan más al que más cumple, manteniendo la situación inicial de desequilibrio, de tal manera que, entendemos, han de tenerse por no puestas. En todo caso, no debe olvidarse la función moderadora de la pena que en cualquier caso corresponde al juez.

*Conclusiones:* A la vista de lo dicho, podemos concluir que, aunque perfeccionable y falta de sistemática, la regulación civil relativa a la adquisición de la vivienda, es estimable y suficientemente protectora de los intereses de los consumidores. Pero, frente a ello, sorprende su escasa penetración social, salvo en cuestiones muy trilladas en la práctica contractual, siendo injustificable el desconocimiento de la materia por parte de los operadores jurídicos, y ello pese a la extensa literatura existente, de tal manera que apenas aparece en la doctrina de los tribunales, ni se resuelve en base a ella, sobreviviendo, sin embargo, en los juzgados tesis nacidas al amparo de una regulación legal completamente superada.

## El alquiler de la vivienda

La vigente regulación de los alquileres de viviendas es modelo paradigmático de precipitación legislativa y falta de sistemática, y está provocando en este ámbito un cúmulo de injusticias y desigualdades de incalculables consecuencias.

La paternalista ley arrendaticia de la dictadura, de 1964, la cual, por otra parte, tiene su antecedente en un decreto de 1931, poseía, y posee a pesar de su precaria vigencia, un marcado matiz social. Los derechos que la misma consagra son irrenunciables; la renta, inicialmente congelada, pudo más tarde actualizarse pero siempre de acuerdo con índices objetivos; los hijos y aún los nietos del arrendatario pueden subrogarse en el contrato, y, sobre todo, se garantiza al inquilino la vigencia indefinida del arrendamiento en tanto el mismo no incurra en las célebres causas de resolución, pecado mortal, que provoca inexorablemente el lanzamiento del arrendatario.

Las incuestionables bondades sociales de dicha ley se han tornado, sin embargo, con el paso de tiempo, perniciosas por injustas. Siguen existiendo en la actualidad (cada vez menos) inquilinos que pagan rentas absolutamente ridículas que apenas llegan para que el propietario satisfaga los impuestos que el inmueble genera, y conocidas son las triquiñuelas existentes para conseguir una subrogación. Por su parte, los propietarios, a sabiendas de que su inmueble cada vez es menos rentable, y que por consiguiente se devalúa, han obviado cualquier tipo de inversión en el mismo, aun de mera conservación, provocando el deterioro más absoluto de las viviendas cuando no, como ha ocurrido en innumerables ocasiones, incluso ex profeso, su ruina. Se produce al mismo tiempo la espuria búsqueda de causas resolutorias absolutamente desconectadas de la realidad social del momento. Otros han optado pura y simplemente por mantener desocupada la vivienda, con la carencia que existe, en tanto no apareciese un comprador solvente (se calculan sólo en Madrid más de 120.000 viviendas deshabitadas).

En suma, se ha producido una descapitalización casi total de este mercado con el consiguiente envejecimiento de los inmuebles y falta absoluta de las condiciones mínimas de habitabilidad en los mismos; los propietarios no están dispuestos a invertir una peseta en ellos, y los inquilinos callan no vayan a subirles la renta. Este arrendatario es hoy en día un privilegiado, ya que nadie le puede expulsar de la vivienda y la renta sube sólo moderadamente, pero ¿hasta qué punto, si terminará habitando una casa ruinosa?

Pero la alternativa propuesta por el legislador mediante el «Decreto Boyer» no sólo no ha solucionado los problemas de aquellos arrendadores, puesto que el derecho transitorio consagra la vigencia de las anteriores relaciones, sino que por sí mismo ha implantado la ley de la selva en un ámbito que como éste afecta a derechos fundamentales de la persona. Desde el momento de la publicación del citado Real Decreto-Ley, (2/85 de 30 de abril, sobre medidas de política económica), fue fácil prever las gravísimas consecuencias de una norma creada tan a la ligera, pero el paso del tiempo ha demostrado que

nos quedamos muy cortos en aquellas previsiones. A partir de abril de 1985 se ha desatado una auténtica fiebre, los antiguos arrendadores ven por fin la posibilidad de resarcirse de tantos años de sequía y utilizan cualquier tipo de argumentos, maquinaciones, e, incluso, fraudes para poder cambiar de inquilino o cuando menos de contrato; se han multiplicado los procedimientos dirigidos a la resolución de relaciones arrendaticias antiguas, hasta tal punto que entre los jueces se ha generado un natural recelo contra este tipo de procedimientos por considerar, como puede comprobarse, que la mayoría de ellos están sustentados en causas de resolución infundadas. Se formalizan ahora por escrito, en palmario fraude de ley, contratos que siempre fueron verbales, para así poder acogerse a la nueva legislación, y en general se persigue al arrendatario anciano esperando anhelante que el mismo fallezca en breve plazo. Peor ocurre con los arrendadores nuevos, el mercado de inmuebles para alquiler, hasta hace poco descapitalizado, ha observado cómo a él acudían no sólo ahorradores de todos los tipos, sino, sobre todo, detentadores de dinero negro que han apreciado en este tipo de inversiones una desmesurada rentabilidad y un cobijo para su capital previamente no declarado; han aparecido numerosas empresas inmobiliarias que se dedican únicamente a alquilar, y que, al basar toda su estrategia en la rentabilidad de su inversión, no les importa desahuciar conjuntamente a 20 o a 100 inquilinos con la perspectiva de amortizar el desembolso en muy escaso término; por otra parte, es significativo apreciar cómo el proceso inflacionista del mercado de viviendas de adquisición coincide en el tiempo con la promulgación del decreto de marras. La rentabilidad de la inversión aumenta la demanda, y el aumento de la demanda el de los precios, y la consecuencia es que hoy en día en las grandes ciudades sobre todo, pero también en las pequeñas capitales, una familia de nivel medio no puede comprar vivienda porque los precios son prohibitivos, y tampoco puede alquilarla porque las rentas son desorbitadas, pudiéndose contemplar un nuevo fenómeno migratorio desde los centros urbanos a los cinturones industriales.

Pero hay más; la nueva normativa, al otorgar al arrendador un poder omnímodo, permite la aparición de situaciones no sólo injustas, sino incluso grotescas. Al amparo del Real Decreto-Ley, y de conformidad con el artículo 1.481 del Código Civil, modelo de liberalismo decimonónico, se pactan contratos de alquiler por meses, creándose un nuevo tipo de trasahumantes, o, lo que es más común, el arrendador chantajea al inquilino al que su contrato se el termina; o se paga un 20, 30, 50 ó 100 por 100 más, o se le desahucia sin remisión.

Efectivamente, el Decreto Boyer ha conseguido que haya un 25 por 100 más de viviendas en alquiler en los últimos cinco años, pero ¿a costa de qué? El precio del metro cuadrado de vivienda en alquiler en Madrid capital oscila entre las 600 y las 2.000 pesetas/mes, y en Barcelona entre 500 y 1.700 pesetas/mes, y todos los nuevos arrendatarios de este país se han convertido en precaristas permanentes.

Consecuencia directa de esa norma legal es la aparición de un nuevo tipo de marginación social como es la de los «sin vivienda», individuos de cla-

se trabajadores que no pueden escapar a provincias porque en las grandes ciudades está el trabajo, pero cuyo poder adquisitivo, aun medio, no les permite acceder a una vivienda, no ya digna, sino habitable; el fenómeno ocupacional, «okupas», cada vez es más amplio, y no es un fenómeno marginal, ahora son familias enteras con hijos a las que no les queda otra solución que dar una patada a la puerta de una vivienda deshabitada, e instalarse en la misma hasta que el propietario, muchas veces las propias instituciones públicas, reaccionan, y entonces vuelven a coger muebles y enseres y buscan otra vivienda vacía, cuya existencia ya se corre de boca en boca; también estamos comprobando la multiplicación del fenómeno de los arrendamientos parciales y subarriendos, familias de cuatro y cinco miembros se instalan en una sola habitación por la cual pagan la mitad de sus ingresos, eso sí, con derecho a cocina, pero sin ninguna garantía de permanencia, ya que se pactan alquileres «por días», lo cual, es perfectamente legal a la luz del referido artículo 1.581.

En definitiva, la ley de la jungla ha vuelto al sector de los arrendamientos, ya que, aunque en apariencia el Decreto Boyer únicamente deroga el derecho a la prórroga forzosa, en realidad vacía de contenido toda la legislación especial, y ello por mucho que lacónicamente el párrafo segundo del artículo 9 señale que dichos contratos, «salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos», ya que la posible subrogación, el tanteo y el retracto, e incluso el traspaso del local de negocio, son derechos fundados en la permanencia obligada del arrendatario, pues de lo contrario, la forma de obviarlos consiste pura y simplemente en esperar la finalización del contrato vigente.

Ante esa formulación, la mayoría de los componentes de la carrera judicial han reaccionado con perplejidad primero y con acomodaticia adaptación después, preocupados además por los intrincados problemas procesales que la nueva norma con su carencia absoluta de técnica jurídica ha planteado; así frente a una mayoría que considera que la mera contratación con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley implica la abolición de la prórroga forzosa, son escasas las resoluciones judiciales que, huyendo del automatismo, entienden que es preciso someter expresamente la relación jurídica a la nueva normativa para que la misma devenga aplicable; para colmo, el hecho de que los procesos arrendaticios tengan hoy su tribunal supremo en las distintas secciones de las Audiencias Provinciales, está produciendo una multidiversidad de soluciones jurídicas ante supuestos de hecho idénticos, que si bien es paradigma de la independencia judicial, supone un tratamiento atentatorio del derecho a la igualdad y provoca la estupefacción en el justiciable.

No obstante, la interesante controversia interpretativa, la solución del problema planteado no puede hacerse depender del mayor o menor voluntarismo de los jueces y tribunales, o de la vigencia de un hipotético principio de «in dubio pro locatario», entre otras cosas porque la interpretación por la que abogamos del Decreto Boyer dejará de tener sentido, como ya está ocurriendo, cuando la mayoría de los

arrendadores establezcan de forma expresa la cláusula de sumisión a la nueva norma, que en seguida aparecerá incluso incorporada a los modelos de contrato confeccionados por inmobiliarias, gestoras y Cámaras de la Propiedad; no, la solución pasa bien por derogar el famoso decreto, lo cual a estas alturas resulta insuficiente; bien por la elaboración, tantas veces prometida, de una legislación de nuevo cuño que conjugue los casi irreconciliables intereses en juego, pero que en cualquier caso integre unos mínimos que garanticen no ya la inamovilidad del inquilino, pero sí una permanencia en la vivienda arrendada.

Como *conclusiones* en este apartado propugnamos: 1.º, la promulgación de una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de aplicación general que derogue toda la legislación vigente y en concreto el Real Decreto-Ley 2/85 de 30 de abril, la cual deberá garantizar al inquilino de viviendas la permanencia en el inmueble arrendado por un período mínimo que no deberá ser inferior a seis años; 2.º, la nueva legislación deberá contener un período transitorio de adaptación de un mínimo de diez años para todos los contratos suscritos con anterioridad al Decreto Boyer; 3.º, se impone la necesidad de una nueva normativa fiscal que sancione impositivamente la permanente desocupación de las viviendas, fomentando de esa manera su venta o alquiler, y 4.º, en tanto no se derogue el Decreto Boyer, los jueces deben optar por la interpretación del mismo más acorde a la realidad social, moderando, si es posible, la aplicación indiscriminada de norma tan regresiva.

### **Ventas o suministros en régimen de monopolio o en posición dominante en el mercado**

No es necesario insistir en que la generalidad de los contratos de suministro a particulares son contratos de adhesión, con las consecuencias antes analizadas.

Si bien es cierto que desde la promulgación de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios se ha ido paulatinamente produciendo una corrección en favor del usuario, reflejada sobre todo en el derecho a la información y transparencia en lo relativo al cálculo de consumos y su precio, plasmado así en las facturas-recibos que actualmente emiten las compañías tales como las de electricidad, agua o teléfono (eliminando los auténticos jeroglíficos que se venían utilizando como forma de comunicación con el consumidor, auténticamente indecifrables para el ciudadano medio), con ello no se acaba con la posición de desigualdad en que se hallan los usuarios frente a aquellas compañías.

Pensemos en los supuestos de reclamación por facturaciones de consumos que el destinatario no reconoce haber efectuado, o que el servicio que se le factura fue deficiente, malo o incluso nulo en casos de averías. Ejemplo claro lo encontramos en el servicio de teléfono, en el que el abonado, por regla general, no tiene la posibilidad de conocer la realidad de los pasos o impulsos de llamadas que se contabilizan en un contador registro instalado en las centrales correspondientes de la empresa. Aquí de nue-

vo afloran las consecuencias de la desigual posición de las partes de la relación, pues lo primero que tiene que hacer el usuario no contento es pagar, o depositar el importe reclamado por la contraria si no quiere verse privado, automáticamente, del servicio (lo que al amparo de normas administrativas, como por ejemplo el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles de 1973 efectúa la Compañía de Gas, o la Telefónica acogiéndose a su particular reglamentación), y después reclamar. Eso es así, primero por conducto administrativo para, posteriormente, acudir al auxilio judicial, de forma que, si el importe de la reclamación es de escasa cuantía, el usuario se resigna y se inhibe de seguir todo ese penoso procedimiento, y la compañía correspondiente sale ganando; pero es que, aun en el supuesto de llegar a un juzgado una reclamación del usuario (lo que es perfectamente raro), éste se encuentra en una posición procesal absolutamente desigual respecto a su contrincante que acude con el asesoramiento prestado por sus propios servicios jurídicos de los que carece el particular, y, además, casi todos los elementos probatorios que precisa el consumidor para la acreditación de su pretensión están en poder de la suministradora. Así, por ejemplo, ¿cómo probar que, repetidamente, a través del número de teléfono facilitado por la propia Compañía Telefónica un ciudadano ha requerido la subsanación de la avería de su línea o aparato?

Es preciso, pues, invertir la carga de la prueba, eliminando trabas en la protección jurídica del consumidor frente al suministrador del servicio, y en esta línea debe actuarse en los Tribunales, y así lo sanciona ya la citada LGDCU en su artículo 26 y en el 10.1.c.8, al sentar la exclusión, y en su caso la nulidad, de las cláusulas que invirtieren la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Reiteramos una vez más la obligación del Juez de cumplir lo dispuesto en los artículos 9.º y 53 de la Constitución.

### **Ventas a plazos**

La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Inmuebles —Ley 50/65 de 17 de julio— dictada en plena época desarrollista responde a una función pretendidamente tutiva de los derechos del consumidor, y, sin embargo, plantea problemas prácticos de alcance en su aplicación, especialmente por su descoordinación con el resto del sistema jurídico.

Dejando aparte su ámbito y consideraciones generales, examinaremos sus conexiones con los derechos del consumidor y usuario.

En la misma línea que el artículo 10.1.b de la LGDCU, su artículo 5.º determina que los contratos consten en tantos ejemplares como partes, aunque el incumplimiento de esta obligación es más drástica, pues de ello depende la validez de los contratos sometidos a la misma. Sin embargo, en la práctica, resulta imposible la aplicación de este precepto ya que puede ocurrir que el consumidor no reciba su ejemplar, aunque así se haga constar en el contrato. A ello contribuye el hecho de que el vendedor retenga todos los ejemplares a efectos de inscripción en el Registro Especial.

Problemática también resulta la obligada aparición del precio más recargos en el contrato, el desembolso inicial, el número, importe y vencimiento de los plazos, e interés de mora y el derecho del comprador a anticipar el resto pendiente de pago con reducción de los recargos contenida en el artículo 6.º. Aunque el artículo 7.º sancione el incumplimiento de estas especificaciones con la reducción de la obligación de pago al precio de contado, la realidad demuestra la inutilidad de tal prevención porque no es infrecuente que se haga constar como único precio el obtenido de la suma del principal e intereses como único precio de contado.

En el supuesto de aceptación de letras para el pago de los plazos, que supone el 90 por 100 o más de las operaciones, las restantes disposiciones que se orientan en defensa del comprador resultan inútiles al topar con las normas del derecho cambiario y con el proceso ejecutivo, sin que, como veíamos antes, se haya desarrollado el texto legal respecto de las letras emitidas en operaciones en las que se encuentra inmerso el consumidor. Ni el artículo 10 que contempla la reducción y anticipo del precio, ni el artículo 13, en cuanto faculta a los Jueces y Tribunales para señalar nuevos plazos en determinadas circunstancias, ni el artículo 14 en cuanto determina la imposibilidad de sumisión a fuero electivo, tienen virtualidad alguna cuando median letras de cambio, porque nunca consta su origen.

Como conclusión, pues, las a veces bienintencionadas normas de la Ley de 1965 cuando topan con el derecho cambiario, hacen inútil cualquier previsión, y terminan sometiendo al consumidor a las normas generales, dejándole así desprotegido.

### **La responsabilidad civil del fabricante**

Tal como se resaltaba anteriormente, no sirven las normas del Código Civil en lo que a este respecto se refiere. Ni la responsabilidad contractual del artículo 1.101 del Código Civil, ni el saneamiento por vicios ocultos del 1.488.2, ni la responsabilidad civil extraconceptual del artículo 1.902, pueden servir a la defensa de consumidores y usuarios, porque todos ellos parten de una situación de igualdad inexistente.

El Juez del modelo que propugnamos no puede olvidar el contenido del artículo 51 de la Constitución.

La LGDCU, en desarrollo del precepto constitucional, ha sido insuficiente, ya que en su artículo 25 obviando la responsabilidad objetiva del fabricante, establece una cadena de responsabilidades en la que los diferentes operadores mercantiles se van pasando la pelota impidiendo dar una respuesta satisfactoria al consumidor.

Es importante resaltar en esta materia la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria, cuya directiva de 25 de julio de 1985 promueve la objetivación de la responsabilidad estableciendo un amplio período de prescripción de la acción indemnizadora que fija en tres años; sin embargo, el legislador, desoyendo la recomendación comunitaria, y considerando suficiente la pro-

tección otorgada por la LGDCU, mantiene el plazo de un año establecido con carácter general por el Código Civil en materia de responsabilidad extraconceptual, limitando además el concepto de «uso previsible» de la normativa comunitaria al relacionarlo con la posible culpa del consumidor «o de las personas por las que deba responder civilmente».

Por ello es imprescindible ir a un sistema de absoluta objetivación de la responsabilidad, evitando así el enojoso problema de la prueba, con exacta determinación de las personas responsables, solidaridad expresa de las mismas, y estableciendo de un seguro obligatorio para el fabricante con el correspondiente Fondo de Garantía. Por su parte, en adaptación a la Directiva Comunitaria, la acción de responsabilidad debe estar sometida al mismo plazo de prescripción de tres años. Solamente así se dará un contenido real a la protección del consumidor y usuario en relación con la responsabilidad civil del fabricante, lo que en seis años de vigencia de la Ley General no se ha conseguido.

### **III. EL JUEZ DEL MODELO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS RELACIONES JURIDICAS PROCESALES EN QUE SE VEN IMPLICADOS LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS**

#### **Replanteamiento del proceso civil y de sus principios inspiradores**

Es evidente que el proceso no es —como se había sostenido durante mucho tiempo— un instrumento neutro y aséptico que sirve al derecho material. En el Estado que diseña la Constitución es obligado promover las condiciones para que la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución sea efectiva —art. 9.2—. Por ello, el Juez no puede ser ya el funcionario aséptico que es capaz de mantenerse aislado del problema que le es sometido a consideración por el artificioso postulado de que ha de ser un mero observador de si la premisa mayor —la ley—, en la que se subsume el problema concreto, ha de dar un concreto resultado.

Los artículos 24 y 53 de la Constitución obligan al Juez a dejar ese papel pseudoneutral, y procurar que se cumpla uno de los principios esenciales del proceso: la igualdad de las partes.

Que el proceso no es igualitario en el ordenamiento civil para los consumidores y usuarios es algo que llama poderosamente la atención. A pesar de que las Directivas Comunitarias así lo exigen y que la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios Públicos lo declaren formalmente, subsisten en nuestro ordenamiento procesal situaciones de desigualdad propiciadas por su propia dinámica y porque —para qué engañarnos— el proceso está pensado y diseñado entendiendo que las partes actúan en el derecho material en igualdad de condiciones, respondiendo así al concepto liberal del Estado, cuando el actual estado de las relaciones económicas, con la proliferación de las condiciones generales de los contratos, los contratos tipo, los normados y los de adhesión, demuestran un punto de partida absolutamente contrario.

Siendo la Justicia uno de los valores fundamentales —art. 1 de la Constitución— del ordenamiento jurídico, es evidente que los ciudadanos tienen un auténtico derecho subjetivo a que el Estado les garantice la más efectiva realización de la misma. Por eso el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, y por eso no basta con declaraciones de intenciones, o principios de defensa puramente formal, sino que en el Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado ha de crear los instrumentos precisos para que ese fin superior se cumpla en condiciones de igualdad real y de efectividad.

El actual diseño del proceso civil, en general y más concretamente respecto a los consumidores y usuarios, propende a establecer la desigualdad entre las partes, precisamente más acusada en los supuestos en los que la relación material subyacente ya proviene de una originaria situación de desigualdad. Luego entraremos en los ejemplos concretos, pero en principio, cabe ya afirmar que la LEC, diseñada en el auge del Estado Liberal, no sirve para el estado que proclama la Constitución.

Frente a esta realidad ampliamente constatada en la práctica diaria de quienes ejercen la jurisdicción, los sucesivos proyectos de reforma de las Leyes Procesales son francamente desalentadores. Desde el mantenimiento del sinnúmero de procesos distintos que existen en la LEC, desplazando el proceso tipo —esta vez de menor cuantía, que pareció la panacea en 1984, al de cognición añadiéndole simplemente una fase final de resumen de pruebas—, al parche recientemente programado —y afortunadamente parece que proscrito— de dar intervención a otros ¿funcionarios públicos? para aliviar el problema, no se ha avanzado casi nada cuando existe un clamor unánime de que es imprescindible una reforma del proceso civil.

En definitiva, el proceso actual, en lugar de atender a la promoción de las condiciones de igualdad entre las partes, con destierro de la discriminación y de la indefensión, produce exactamente lo contrario y está configurado como un instrumento de desigualdad en el que prima más la técnica juridico-procesal que el planteamiento de un debate entre las partes, en el que un olvido puramente formal en la presentación al Juez de la controversia motiva la pérdida del derecho —vid. art. 751 de la LEC—, en el que, en fin, la verdad formal prima sobre la real, de manera que para obtener la tutela de los Jueces lo primero que hay que dominar —en la más pura técnica del derecho romano— es la técnica de la acción y no la razón. Y aun cuando se domine la técnica de la acción, existen procesos que producen una situación de desigualdad por su propia esencia.

La Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene una centena de procedimientos, en los que es capaz de perderse el más avezado de los juristas. Cuanto más no es capaz de entenderlo el simple ciudadano que topa con la justicia. Parece como si el proceso laboral o el criminal, que al fin y al cabo se refieren a las clases menos favorecidas, pudieran despacharse con procedimientos rápidos, expeditivos y sencillos y sentencias de medio folio, y estos pleitos civiles, en los que, al menos una de las partes es potencialmente de la clase más favorecida, requiriera de to-

dos los artificios para que el Juez adopte una decisión.

En este orden de cosas, junto al reforzamiento de principios inherentes al proceso como son los de contradicción e igualdad, expresamente constitucionalizadas por los dos apartados del artículo 24 de la Constitución se hace necesario replantearse los principios del proceso. Por lo que respecta a los principios inherentes a la pretensión y al derecho subjetivo material, algunos aspectos de principios como el dispositivo y el de aportación de parte requieren una revisión a la luz de los principios de defensa del usuario y consumidor.

En la misma línea que se dijo en el análisis del apartado anterior, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el Juez está obligado a servir a la justicia material y no a la verdad formal que las partes quieren suministrarle, máxime en este tipo de procesos en los que, como veremos, numerosos condicionamientos hacen que el consumidor se encuentre frecuentemente en situación de rebeldía procesal.

Para el Juez se hace obligado en este caso extremar el control de los presupuestos procesales, y averiguar en período probatorio, incluso mediante las pruebas para mejor proveer, la realidad material subyacente, máxime cuando ante la ausencia del demandado, al demandante le interesa presentar una determinada cara del problema.

En cuanto a los principios del procedimiento, es necesario insistir una vez más en la defensa a rajatabla y sin entrar en falaces argumentos de productividad, de la oralidad y la inmediatez.

### **Tutela judicial efectiva y proceso civil. La desigualdad de los consumidores y usuarios en el proceso civil**

Sin ánimo de agotar la cuestión, y fijándonos en el aspecto que importa a este Congreso, como no podía ser menos, los consumidores y usuarios se encuentran con mayor frecuencia de la deseada en situación de evidente desigualdad en el proceso.

Algunas muestras parecen evidentes.

#### **1.º Citaciones, notificaciones y emplazamientos**

La llamada a juicio del demandado, o las diversas comunicaciones con las partes se producen bien en su persona y en su domicilio, conocido, bien en su domicilio pero a través de los parientes, criados, vecinos, etc. Pero cuando no es conocido el domicilio, o cuando el demandante —que es quien lo facilita— manifiesta desconocerlo, se producen dos sistemas para su citación.

Ambos sistemas son ineficaces y producen al Juez la sensación de que, realmente, quien va a ser seguramente condenado, y no ya sólo al pago de una cantidad, sino a devolver la casa que compró, a desalojar la que tiene arrendada, o a ver sus bienes vendidos en pública subasta, no va a saber que podía haberse defendido de la pretensión contraria,

hasta que la cuestión no tenga solución alguna. Me refiero a las citaciones por los periódicos oficiales y en los estados del Tribunal.

Sobre la artificiosidad e indefensión que producen no es necesario insistir mucho.

## 2.º *La sumisión a un fuero distinto al del domicilio del demandado*

Las cláusulas de sumisión expresa en los procesos ejecutivos cambiarios y de pólizas de préstamo y crédito, en los contratos de las grandes compañías —grandes almacenes, aseguradoras, distribuidoras de libros, CTNE, Gas, Electricidad, etc.— provocan de hecho la indefensión del ciudadano. Mientras se mantenga en la LEC la regla del artículo 63 que determina el fuero electivo como el prioritario, pensando que las partes se encuentran en una situación de igualdad al otorgar el contrato de adhesión, la realidad es que la inmensa mayoría de los procesos de este tipo se hacen en rebeldía del demandado a quien le cuesta mucho más acudir a una jurisdicción territorialmente lejana que dejar pasar y terminar pagando, aun con intereses y costas. El proceso se termina convirtiendo en este caso, por vía de hecho, como un simple abonamiento del contrato, siendo el Juez el último de los adheridos a él. Como luego determinaremos al analizar el proceso civil que estamos defendiendo, solamente la aplicación de la LGDCU o, mejor aún, una reforma estableciendo el fuero único, sin posibilidad alguna de sumisión, al menos en los contratos en los que se da por sentado la desigualdad inicial de las partes, puede obviar el problema. Lo contrario sería continuar produciendo dos fenómenos que entorpecen la administración de justicia a diario: la falta de interés del demandado para comparecer en una jurisdicción territorial que les es absolutamente ajena y la proliferación de los despachos de auxilio judicial, auténtico martirio diario para el exhortante y para el exhortado.

## 3.º *El juicio ejecutivo*

La seguridad del tráfico mercantil es el argumento más utilizado para justificar la existencia de este proceso. Se trata —se dice— de que el titular de un derecho obtenga con rapidez la tutela judicial de ciertos créditos por la fehaciencia del título en que está representado el crédito, o por la decisión del legislador de dar a ciertas relaciones materiales mayor seguridad. Resalta la doctrina, y surge de la experiencia diaria, que aproximadamente el 50 por 100 de la actividad jurisdiccional contenciosa en materia civil se resuelve en este «juicio ejecutivo». Además, con carácter general, es precisamente en este tipo de proceso donde se están ventilando los pleitos entre las grandes compañías y los consumidores y usuarios.

No es éste el momento ni el lugar para terciar en la polémica naturaleza jurídica y la propia denominación de este «juicio ejecutivo», pero al igual que haremos después al analizar las medidas cautela-

res y la figura del embargo, no parece muy ajustado a la tutela judicial efectiva que en todos estos procesos, sin previa declaración jurisdiccional del derecho, sea en el que precisamente se ventilen los intereses de las grandes compañías frente a los consumidores y usuarios.

Se dice a veces para defender este proceso ampliamente criticado desde la casi totalidad de los sectores doctrinales, que su carácter sumario y la no producción de efectos de cosa juzgada impiden que pueda hablarse de indefensión. También excede de este marco el entrar en la profundidad de dicho aserto, pero vaya por delante que en la mayoría de los casos se trata de una falacia. Efectivamente, la doctrina jurisprudencial ha venido creando una situación —que algún autor ha denominado el juego de ping-pong— en la que los «estrechos márgenes» del juicio ejecutivo impiden entrar a considerar cuestiones propias del plenario. Pero al mismo tiempo la misma doctrina jurisprudencial se ha cuidado de precisar que aquello que pudiera haber sido discutido dentro del juicio ejecutivo no puede reproducirse en el declarativo lo que, en primer lugar, como luego veremos, produce cargar en el consumidor y usuario la obligación de soportar primero un proceso y estar después obligado a interponer otro, y en segundo lugar provoca que, por la vía del juego sumario-plenario, lo que termine decayendo sea el derecho. Ejemplos no faltan en la experiencia diaria.

Otra crítica obligada en el juicio ejecutivo es que su propia esencia determina un cambio en la posición procesal de las partes cuando el demandado decide oponerse. Si el demandado se opone a la ejecución despachada, es él quien introduce la pretensión para que sea el demandante quien la conteste teniendo a la vista las alegaciones del demandado y la documentación y prueba propuesta. Luego, cuando el actor contesta la ¿oposición?, al demandado que no le queda opción alguna para rebatirle.

En el trance de tener que analizar dos cuestiones que se plantean en el juicio ejecutivo y su relación con los problemas derivados de la relación personal entre librador y librado en el ejecutivo cambiario, y el ejecutivo basado en las pólizas de préstamo y crédito.

El juicio ejecutivo cambiario basado en el artículo 1.429.4.º de la LEC y en la Ley Cambiaria y del Cheque, en este aspecto que nos interesa, suele reflejar las tensiones existentes en el cumplimiento contractual en materias tan importantes como la vivienda y en general la adquisición de bienes por los consumidores y usuarios. La denominada excepción de falta de provisión de fondos viene a traer el conocimiento jurisdiccional supuestos de absolutos incumplimientos de contrato, y de cumplimientos parciales o defectuosos. Pues bien, una tesis jurisprudencial asentadísima en estos supuestos atinentes a la denominada provisión real o por entrega de mercaderías, seguida con casi total unanimidad por los Tribunales, mantiene que mientras que el total incumplimiento por el librador es suficiente para que prospere, el cumplimiento parcial, irregular o el defectuoso no pueden ser alegados con éxito dentro de sus famosos «estrechos márgenes». Se producen así situaciones en las que por más que el consumidor ale-

que la excepción de incumplimiento parcial o defectuoso, la decisión jurisdiccional le dirá: puede que usted lleve razón, e incluso es bastante probable, pero aunque haya sido usted traído al juicio por quien le vendió el bien, y éste no sea el que pidió o tenga defectos, ha de pagar usted primero so pena de ver vendidos forzosamente sus bienes, y después podrá usted acudir nuevamente al Juzgado —esta vez a su instancia— a hacer valer su derecho. Esta situación, que atenta claramente contra la tutela judicial efectiva, deja perplejo al común de los mortales. Otros supuestos como la cesión fraudulenta del crédito cambiario a un tercero ajeno a la esfera personal entre librador-librado para evitar la oposición por falta de provisión, la abusiva estampación posterior de cláusulas de sumisión expresa en las propias letras de cambio, se producen a diario, cuando no se da la paradoja de entender tercera cambiaría a una compañía creada por la suministradora para la financiación y el cobro de las letras de cambio.

La facultad de los bancos y compañías de crédito y financiación de que el saldo que certifiquen, de forma unilateral, sin intervención del deudor para absolutamente nada en unas liquidaciones además incomprensibles, está absolutamente admitida en el artículo 1.435 de la LEC. Así, el Juez se ve obligado a despachar ejecución con la sola vista de estos documentos y de la póliza «intervenida por fedatario público», penetrando en el patrimonio del deudor vía embargo preventivo propio del juicio ejecutivo, y sin que el derecho del acreedor haya sido declarado en sentencia. Esta situación claramente inconstitucional, fue sometida por primera vez al Tribunal Constitucional en 1988 por la Audiencia de Cuenca, ha sido reiterada en bastantes ocasiones más y aún no ha sido resuelta. No podemos entrar tampoco en el análisis en detalle de la cuestión, pero la acreditación del saldo deudor en las pólizas de crédito, los propios contratos de préstamo, la «intervención» de los Corredores de Comercio, y, en definitiva, la «liquidez» del saldo así hallada en la dominante permisividad de los Tribunales, está provocando de hecho la indefensión del demandado, vulnera el proceso con las garantías debidas, y es exponente de uno de los casos de desigualdad en la Ley más acusados de nuestro ordenamiento procesal.

#### **4.º El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria**

Este procedimiento afecta de modo particularmente grave a los consumidores y usuarios. Es el instrumento jurídico generalmente utilizado por las entidades de crédito para realizar la hipoteca que garantiza los préstamos concedidos para la adquisición de un bien de primera necesidad: la vivienda.

Este procedimiento, caracterizado por ser de ejecución pura y por ello carente de una fase de cognición —salvo las limitadas y excepcionales causas de suspensión del mismo contenidas en el artículo 132 de la LH—, requiere del Juez la más exacta comprobación del título en virtud del cual se pretende la ejecución, es decir, la escritura pública de

constitución de hipoteca. En bastantes más ocasiones de las deseadas se pretende ejecutar por cantidades no cubiertas por la hipoteca.

Situaciones como las diferencias en los intereses establecidos en las distintas cláusulas de la escritura, y su vinculación no sólo frente a terceros, sino frente al propio ejecutado, o como la reclamación de cantidades que no están garantizadas por la hipoteca, como es el caso de determinados préstamos concedidos por el sector público en los que se reclaman los intereses subvencionados en caso de resolución del préstamo, aunque tal devolución no esté garantizada por la hipoteca.

En consecuencia es imprescindible que el más estricto control de estas circunstancias, dado que de otro modo se está potenciando la utilización de un procedimiento privilegiado de ejecución en el que al deudor le está vedado discutir las cuestiones de fondo, para exigir cantidades no incluidas en el propio título de ejecución.

Es conveniente resaltar también que la exigencia de los intereses revalorizados impone al acreedor —regla 3.ª, apartado 4.º— aportar el documento del que resulte la revalorización, y que éste documento no sea una certificación unilateral de la propia ejecutante, sino que, al menos, haya sido emitido por entidad pública, por ejemplo, por el Banco de España.

La tasación de las viviendas que se realiza en la escritura de constitución de la hipoteca puede, y en estos últimos tiempos ha sido norma común, estar desfasada, de modo que el consumidor puede ver vendida en pública subasta la finca por un valor muy inferior al real. De lege ferenda sería imprescindible que se previera un mecanismo de revalorización automática con parámetros objetivos.

#### **5.º El juicio de desahucio**

Sobre el juicio de desahucio por falta de pago, y del desahucio por expiración del término contractual, se ha tratado con profundidad anteriormente al analizar la situación de la vivienda en el aspecto sustantivo.

No vamos por ello a reproducir lo ya dicho anteriormente. Sin embargo, hay que resaltar que la limitación en la oposición en los juicios de desahucio por falta de pago y las interpretaciones jurisprudenciales sobre la estrechez de sus márgenes, provocan de hecho situaciones de desequilibrio en el proceso, obligando al consumidor a cumplir con su obligaciones de pago de la renta cuando median incumplimientos, incluso esenciales, del arrendador que el arrendatario solamente puede hacer valer en otro proceso.

Asimismo la necesidad de consignación, que ciertamente puede contribuir a evitar recursos injustificados, puede provocar en determinadas ocasiones situaciones de real indefensión para el demandado.

Otra cuestión de gran incidencia en este campo es la llamada a juicio del arrendatario cuando se ignora —o el demandante dice que ignora— su domicilio. El artículo 1.579 de la LEC permite en estos supuestos la citación en estrados, y aunque en algu-

nas ocasiones se está tratando por algunos Juzgados de sustituirla por la citación por medio de edictos, la realidad es que este medio tampoco provoca seguridad alguna de que llegue a conocimiento del demandado la existencia del proceso de desahucio en su contra. Reproducimos aquí la tesis de la posibilidad del Juez de averiguar también en el proceso civil el domicilio efectivo del demandado. Solamente así cabrá la seguridad de que la resolución judicial no se produce de hecho inaudita pars.

#### 6.º *La realización forzosa de los bienes del deudor en el proceso de ejecución civil*

Pocas cuestiones han suscitado y suscitan más unanimidad entre el sentir del común de los ciudadanos y el de quienes están obligados a juzgar.

La venta de los bienes embargados en el proceso civil es uno de los casos más escandalosos de ineficacia, corrupción, corruptelas, e incluso de creación de una nueva profesión, al amparo de lo que en principio se estimaba como la única salida para satisfacer la pretensión del demandante. Existe una opinión doctrinal unánime que aqueja en el sistema de la venta en pública subasta defectos tan trascendentales como la falta de exhibición previa de los bienes embargados, principalmente debida a la inexistencia de locales adecuados, y de organismos encargados de la función de depositarios que incluso se han llegado a dejar en manos de los denominados «subasteros». Se critica la falta de unas tasaciones completamente ajenas al valor real de los bienes, cuando no desfasadas por la propia lentitud de la administración de Justicia, de forma que entre la fecha de la peritación y la de realización se han podido producir diferencias tan escandalosas como las que ha provocado la especulación inmobiliaria en los últimos tiempos. Y, por fin, el sistema de publicidad de las subastas —los periódicos oficiales— es el más atinado para conducir al fin opuesto, es decir, a su real clandestinidad. En general, el proceso de ejecución está pidiendo a gritos una modificación urgente que lo adecue a la realidad social actual. La vieja LEC no sirve porque el valor de los bienes o su importancia no son los que se deja entrever en el artículo 1.447 de la LEC, ni los tiempos que corren permiten un sistema de embargo, tasación, liquidación de cargas, venta, adjudicación y cancelación de cargas posteriores como el que proclama nuestro actual ordenamiento procesal.

Recientemente el desarrollo legislativo de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral ha enseñado a nuestro juicio el camino a seguir al establecer un sistema de liquidación de los bienes embargados que difiere en aspectos sustanciales de la obsoleta regulación de nuestra LEC. Y así:

1. Ha establecido tres sistemas de venta de los bienes embargados (art. 260 del RD Legislativo) cuya decisión se atribuye al propio Juez:

a) la venta por entidad autorizada administrativamente;

b) la venta ante fedatario público;

c) la subasta de los bienes ante el Juez.

2. Ha determinado un precio mínimo por debajo

del cual no es posible adjudicar el bien embargado, en este caso el 25 por 100, de forma que por debajo de esta cifra ni siquiera el acreedor puede adjudicarse los bienes. La solución cuando no se alcanza dicha suma es el alzamiento del embargo.

3. Ha quebrado con el principio de prioridad de forma que el importe de los bienes vendidos ha de distribuirse en proporción a los créditos de los acreedores, combinándolo con sistemas de acumulación obligatoria de ejecuciones, de forma que no sea el acreedor más avisado de los que concurren con créditos del mismo rango, quien obtenga la satisfacción de su crédito con preferencia, y generalmente con exclusión, de los demás.

4. Ha eliminado, salvo para el acreedor, la posibilidad de ceder el remate a terceros, obviando así el caso más claro de evitación de impuestos consentido en la Ley, cuando no la tan habitual venta previa a la subasta por el depositario, e incluso la subastilla entre licitadores, o al menos la ha dificultado hasta extremos que hagan desaconsejable su práctica.

5. Deja sin efecto la necesidad de documentar la adjudicación en posterior escritura pública, trámite dilatorio e innecesario donde los haya, sustituyéndola por el auto de adjudicación que es bastante para que acceda la venta judicial a los libros del Registro.

Estas innovaciones dentro del proceso laboral pueden servir de guía para una futura reforma del proceso civil.

#### **Instituciones procesales, potenciadoras de la desigualdad**

Aún cuando ya se ha apuntado algo anteriormente, las sucesivas reformas procesales tienden en los últimos tiempos a anticipar la ejecución cuando el derecho no está aún declarado, lo cual puede efectivamente ser aconsejable en determinadas ocasiones.

Parece como si quisiera paliarse la lentitud de la Administración de Justicia por el sistema de ir satisfaciendo progresivamente los derechos del acreedor mediante la ejecución anticipada de sentencias definitivas pero no firmes, la ejecución provisional, las medidas cautelares y el embargo de los bienes, tanto con carácter preventivo como tras la declaración de rebeldía.

No se trata de efectuar un ejercicio demagógico al respecto porque, tanto en los supuestos de la ejecución anticipada como en la provisional, existe un pronunciamiento judicial que aunque no sea firme no puede tampoco ser irrelevante, y en ambos supuestos el ordenamiento establece sistemas de aseguramiento de una eventual decisión que revoque o anule la dictada en instancia.

Pero no se puede sostener lo mismo en aquellos casos en los que la decisión jurisdiccional se produce o se puede producir inaudita pars. Nos referimos al embargo preventivo, a las medidas cautelares especiales, y a la retención de bienes muebles y embargo de inmuebles al litigante rebelde.

No se trata de sostener su eliminación al socaire

de un garantismo exacerbado, pero tampoco puede sostenerse sin más su aplicación en la forma actualmente diseñada y ello por varias razones:

a) porque la rebeldía del demandado ni implica su allanamiento, ni releva al demandante de probar lo que constituye la esencia de su pretensión;

b) porque en ninguno de los casos mencionados es imposible adoptar la medida que sea sin, al menos, dar oportunidad del demandado de ser oído antes de penetrar en su patrimonio o de obligarle a un hacer o no hacer antes de declarar el derecho;

c) porque, en última instancia, la mayoría de las veces la decisión jurisdiccional previa o cautelar se produce por reglas de simple intuición o de posición personal en la cuestión, creando así unos límites de arbitrio judicial desmedidos y dispares lo que termina quebrando el principio de igualdad y el de seguridad jurídica.

### **Conclusión: Hacia un nuevo proceso civil. La eterna promesa de tiempos mejores**

Sin embargo, aún sentado lo anterior, es evidente que el Legislador ha de acometer de una vez por todas la reforma del proceso civil, que como se ha resaltado en tantas ocasiones no precisa de tanta formulación técnica y de tantos obstáculos para hacer valer la verdad real en el proceso. No hay que olvidar, como uno de los elementos distorsionadores del funcionamiento de la Justicia, la inflación de procedimientos en los Juzgados. No es materialmente posible cumplir el derecho a la tutela efectiva cuando los Juzgados Civiles llegan a los 2.000 procedimientos anuales. La reforma «Mágica» ha provocado un nuevo caos que añadir al colocar al Juez en el sempiterno trance —falaz— de elegir entre cumplir uno de los principios básicos del proceso — la inmediatez — o entrar en ellos casi de puntillas, porque se viene potenciando desde hace tiempo una figura de Juez productivo, de quien se cuenta cuanto dice y no lo que dice, y qué ha hecho antes de decirlo.

El proceso civil que JpD viene propugnando desde hace más de seis años es un proceso que sirve para resolver los conflictos entre los ciudadanos sin necesidad de que el dominio de la técnica procesal determine necesariamente el resultado, sin que la determinación del fuero o la creación de títulos extrajurisdiccionales dentro de contratos de adhesión provoque la efectiva indefensión —formal y material— del ciudadano, para quien hacer oír su voz se convierte en una carrera de obstáculos en la que, pese a la tesis del Tribunal Constitucional, defenderse, aun sabiendo que lo puede hacer, se termina haciendo más difícil que dejar que el asunto siga adelante.

Como afirmaba M. Carmona, hace cuatro años el proceso ha de ser «claro, diáfano, sencillo y esas exigencias... sólo se pueden dar en un solo proceso que se popularice y se divulgue, de modo que acabe incorporándose al conocimiento social colectivo».

El mismo Tribunal Constitucional no dudó un momento en afirmar que «superando las tendencias que creían que el derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustanti-

vo, resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más y de singular importancia para el cumplimiento de los fines perseguidos por éste...». Por ello, los Tribunales han de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y esto autoriza a corregir las desigualdades mediante normas procesales, siempre que la desigualdad procesal aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente.

Resulta curioso que, además de la ejecutividad provisional de las sentencias, el único deber de consignación que contemplan nuestras leyes procesales sea el de los inquilinos y arrendatarios cuando tratan de interponer un recurso de apelación, y que mientras el trabajador tiene derecho a la ejecución provisional de las sentencias garantizando el Estado la devolución de lo percibido si es revocada, el ciudadano consumidor para dicha ejecución provisional haya de afianzar de su bolsillo sin que el Estado subvenga en su ayuda. Parece como si quien suscribe un contrato de trabajo sea desigual al patrón, pero si a ese mismo patrón le compra un bien como consumidor, entonces operen unas exactas condiciones de igualdad.

Así pues, el proceso que propugnamos ha de ser:

1. Único. Suprimiendo la multitud de trámites procesales que imponen la entrada en un laberinto en el que encontrar la salida hacia la verdad material es sólo tarea para navegantes expertos.

Ello no impide que el proceso esté dotado de fases cautelares en aquellos supuestos en los que la especialidad del derecho material subyacente, el título esgrimido, o las especiales circunstancias del demandado, obliguen a adoptar medidas para impedir que la declaración hipotética del derecho se convierta en una mera declaración sin posibilidad de posterior ejecución. Pero eso tampoco permite que tales medidas se adopten sin la audiencia al demandado, ni que las cláusulas de los contratos de adhesión terminen provocando un tipo de proceso convencional repudiable.

2. Con una primera fase en la que las partes fijan por escrito sus respectivas pretensiones, con elasticidad reglada en el plazo para la contestación a la demanda —lejana de la concepción formalista—, atendiendo a la complejidad del asunto, a la situación del Juzgado, y a las circunstancias de las partes, permitiéndose un mínimo y un máximo de tiempo para ello.

3. La llamada a juicio del demandado —cuyo domicilio ha de ser el fuero único sin posibilidad de sumisión expresa— ha de realizarse en condiciones que permitan el conocimiento de que contra él se sigue un pleito. Hay que desterrar las citaciones por criados, vecinos, parientes, y más aún las citaciones por medio de periódicos oficiales. Es curioso constatar, para quienes defendemos que el Juez Civil ha de tener los medios suficientes para averiguar el domicilio del demandado por medio de organismos oficiales, que la LEC permita dirigirse a ellos para averiguar algún dato solamente cuando se trata de inquirir los bienes del deudor en el juicio ejecutivo —art. 1.455 de la LEC— y que quienes denostan esta posibilidad entiendan que tales averiguaciones implican una ofensiva entrada en un sis-

tema cuasi inquisitivo, cuando la traída al proceso del demandado es una de las condiciones *sine qua non* de la igualdad de las partes en el proceso y de la tutela efectiva. Así pues, si se diseña un fuero único en el domicilio del demandado, y se permite que el Juez acuda a las autoridades del municipio para conocer el verdadero de éste cuando resulte infructuoso, difícilmente podrán seguir proliferando las citaciones y emplazamientos por estos medios que se pensaron como extraordinarios y se han terminado convirtiendo en habituales.

4. Antes de entrar en la fase probatoria es preciso mantener la comparecencia previa. Es un instrumento de saneamiento de los defectos procesales, de acercamiento de las partes para la posible autocomposición de la controversia, de fijación definitiva de los hechos del debate, e incluso de descarte de medios de prueba tradicionalmente dilatorios como son los oficios y mandamientos. Cuando se escarba un poco en la actual comparecencia del artículo 691 de la LEC, en la práctica, se termina constatando que las partes están conformes en admitir que una nota simple del Registro es equivalente para ellas a una certificación de dominio y cargas, que un extracto de cuenta de un banco en fotocopia no existe inconveniente en darlo por bueno, etc. A dicha comparecencia será obligado citar a las partes, y no a sus representaciones, a quienes se hará la advertencia de que deberán comparecer con todos aquellos medios de prueba de los que intenten valerse en los términos que más adelante se expresará.

5. Seguidamente hay que entrar en la fase de prueba, pero sin trámite de proposición distinto al de la comparecencia. En esta misma comparecencia las partes deberán proponer toda aquella que les interese, y será practicada desde luego toda aquella que se encuentre dispuesta, y sólo por excepción se permitirán pruebas de declaración de las partes o de sus testigos fuera de dicho acto de comparecencia y juicio. Han de ser eliminados definitivamente los corsés de los pliegos de preguntas y repreguntas, permitiendo que las partes planteen las preguntas de forma libre y con inmediata apreciación oral del Juez sobre su pertinencia. Para ello es imprescindible introducir en la oficina judicial los medios correspondientes de reproducción distintos a los actuales. Asimismo el Juez, atendida la complejidad de las pruebas propuestas que no puedan ser practicadas en el momento, podrá señalar el término en que ha de practicarse la propuesta y no practicada en ese momento. El término de prueba será elástico, aunque reglado en cuanto al máximo, permitiéndose que, excepcionalmente, se amplíe si se constata la imposibilidad de practicarse lo acordado en el término inicialmente fijado, siempre y cuando se acredite

que el incumplimiento no ha sido debido a la actividad de las partes. Las diligencias para mejor proveer se han terminado convirtiendo, en lugar de en el medio de ampliar el principio de aportación e investigación, en un instrumento de dilación inadmisibles.

6. Tras la fase de prueba se señalará la continuación del juicio para hacer una valoración crítica de las pruebas practicadas respecto a la posición mantenida por cada una de las partes. El Juez podrá dictar *in voce*, en ese mismo momento, la sentencia, siempre que lo estime conveniente o podrá reservarla fijando él mismo el plazo para dictarla, aunque para ello haya que establecerse un máximo de días. Es desesperante comprobar como los plazos para dictar la sentencia se incumplen sistemáticamente, lo que da una imagen nefasta de la labor del Juez, aunque todo el mundo sea consciente de que a veces la resolución de un problema no puede producirse en el margen que actualmente da la LEC.

Para los supuestos en que se dicte la sentencia *in voce*, en el mismo acto las partes habrán de manifestar su intención de recurrir o no la sentencia, y solamente en el primer caso el Juez habrá de fundamentarla por escrito en un corto plazo de tiempo.

7. Los recursos contra las sentencias han de permitir un sistema de ejecución provisional que equilibre la desigualdad económica de las partes.

8. La ejecución de las sentencias civiles sigue siendo un drama. Aún hoy es válida la frase de «pleitos tengas y los ganas» porque penetrar en la voluntad o en el patrimonio del deudor para cumplir lo que el Estado ha decidido es, en muchas ocasiones, materialmente imposible, por las trabas procesales de un sistema obsoleto diseñado en 1885 cuando aún la tierra era lo que valía. El TC ha ordenado a los Jueces, en cumplimiento del deber de tutela efectiva, tomar todas aquellas medidas necesarias para hacer efectivo el pronunciamiento. Sin embargo, es sabido que el propio Tribunal ha aclarado que no es a él sino al legislador a quien corresponde dictar cuáles pueden ser estas medidas. Así se termina produciendo un efecto ping-pong en el que el Juez es el espectador que mira de un lado al otro sin poder intervenir en el juego de quienes se lanzan la pelota de un campo a otro de modo continuo.

La técnica de las «astreintes» es de obligada introducción en nuestro ordenamiento, al modo que se ha hecho en la legislación procesal laboral, siguiendo otros ordenamientos. De esta forma, se podría compeler al deudor a que cumpliera la prestación a que se le ha obligado so pena de abonar determinadas cantidades.

Asimismo es obligado, como ha dicho por otra parte el TC, regular las comparecencias en ejecución, y ajustar el procedimiento de apremio a las actuales circunstancias en los términos más arriba indicados.

## 2.ª Defensa de los intereses difusos

### LOS LLAMADOS «INTERESES DIFUSOS» Y SU PROTECCION JURISDICCIONAL

Entendemos, en este contexto, por «intereses difusos» (terminología, nacida en Italia en los años setenta y luego extendida a otros países) o, en general, intereses colectivos, aquéllos propios de una comunidad, grupo o categoría de personas tomada como tal conjunto, bien sean de imposible o muy difícil individualización en algunos de sus miembros, o bien se trate de intereses que coexisten junto con los individuales.

Nos referimos, especialmente, a todos aquellos derechos y deberes fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución y, más en concreto, a los que integran el contenido del Capítulo III, bajo el epígrafe de «Principios rectores de la política social y económica» (protección de la familia y de la infancia, redistribución de la renta y pleno empleo, promoción profesional, seguridad e higiene en el trabajo, protección de la salud pública, medio ambiente, calidad de vida, conservación del patrimonio histórico, utilización del suelo conforme al interés general, etc.) que, si no coinciden con un derecho subjetivo o interés individual ejercitable ante los Tribunales pueden quedar fácilmente burlados y desprotegidos.

No es ocasión de plantearse ahora problemas de denominación. Desde luego los intereses a los que nos estamos refiriendo no son nada «difusos». Sí será, por el contrario, «difusa» su titularidad o su protección. Por ello, seguramente, la denominación consagrada no resulta adecuada para nuestro contexto jurídico. Sin embargo, no existe inconveniente en continuar utilizándola, o, a su lado, hablar de «intereses colectivos», ya que se trata de términos generalizados e identificables.

De lo que tratamos ahora es de indagar cómo se pueden facilitar las vías para que los ciudadanos puedan hacer valer ante los Tribunales tal tipo de intereses, o de «remover los obstáculos» que aún se oponen a su defensa procesal.

Ciertamente, la cuestión puede generalizarse a toda clase de procesos, pues en todos los órdenes jurisdiccionales pueden, y deben, estar presentes pretensiones en defensa de intereses colectivos. No obstante, por la intervención habitual de alguna Administración Pública en los litigios materiales en que estén en juego estos intereses de titularidad difusa, su presencia en el proceso se plantea con mayor frecuencia en el orden contencioso-administrativo, en el que vamos a centrar el análisis.

### El enfoque tradicional de la legitimación procesal

Nuestras leyes procesales, ancladas todavía en su mayor parte en un proceso de corte individualista, no contemplan, en general, la posibilidad de defensa específica de este tipo de intereses en el proceso.

No podemos olvidar, sin embargo, el impulso que ha representado la entrada en vigor de la Constitución y de las construcciones doctrinales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo a la hora de ampliar los márgenes de la legitimación, tanto de las personas individuales como de las asociaciones y corporaciones.

Esta ampliación de cauce de intervención procesal se ha producido, especialmente, por medio de la aplicación directa del artículo 24.1 de la Constitución, que contiene el reconocimiento, como derecho fundamental, del de tutela judicial efectiva. Tal aplicación directa ha seguido en este campo tres líneas fundamentales.

La primera, a través de la interpretación extensiva del «interés directo», exigido al recurrente por el artículo 28.1.A) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la vista de la redacción del citado artículo 24.1 CE, que se refiere a la tutela judicial a que tienen derecho todas las personas «en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

La segunda, al entender derogada por la Constitución la limitación que contenía el apartado B) del mismo artículo 28.1 en cuanto a la impugnación directa de una disposición general, reservada en dicho precepto a corporaciones representativas de intereses colectivos y admitida para el particular sólo cuando la disposición hubiera de cumplirse por éste de modo directo, sin necesidad de la interposición de un acto previo de requerimiento a sujeción individual.

Finalmente, y siempre con este apoyo constitucional, y el que proporcionan preceptos como el artículo 7º LOPJ, LOLS, etc., la posibilidad de intervención procesal de asociaciones, sindicatos, etc., cuando el interés que se ventile en el proceso trascienda del puramente individual y afecte a los intereses colectivos representados por tales entes.

De todos modos, la evolución no podemos considerarla completa, ni siquiera en estos aspectos. Pero, aunque así fuera, la pregunta es: ¿se pueden satisfacer con estas interpretaciones extensivas de las actuales exigencias de legitimación las crecientes necesidades sociales de protección de los intereses colectivos difusos, o difícilmente situables como propios de una persona determinada?

En este punto, el Tribunal Supremo mantiene un valladar que hasta hoy resulta infranqueable: la exigencia de que el «interés» alegado sea «personal»

en el recurrente a la no aceptación de que una persona determinada pueda litigar para hacer valer meramente el interés de la defensa de la legalidad.

### **La legitimación colectiva e institucional en la jurisdicción contencioso-administrativa**

La fuerza normativa de la Constitución ha desplegado su eficacia directa e inmediata sobre todo el ordenamiento jurídico preconstitucional, afectando singularmente y sin discriminación a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que ha visto cómo muchos de sus preceptos, si no cabía considerarse inmediatamente derogados, sufrían una reactualización, una reinterpretación de su textura a la luz de la Constitución, que los hacía aptos para albergar los nuevos valores e intereses que se afirman desde la Norma Fundamental, como así se ha producido con los institutos de la legitimación individual y colectiva albergados en los artículos 28 y 32 de la referida ley matriz.

El artículo 24.1 de la Constitución, al abrir el acceso al proceso judicial a todas las personas para su defensa de «sus derechos e intereses legítimos», está impresionando una regla común a todos los órdenes jurisdiccionales sobre la legitimación, adecuada para poder introducirse en el proceso, para obtener de los Tribunales de Justicia una respuesta motivada en Derecho.

Y este precepto constitucional, reforzado por su entendimiento ensamblado con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un Tribunal...»— ha sido comprometido por el Tribunal Constitucional de modo abierto, capaz de remover los estrechos lindes de la Ley de la Jurisdicción, e imposibilitar que los recursos desembocasen de modo abusivo y estéril en la declaración de la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación, aún sin acuñar, o extender estas interpretaciones su núcleo de influencia hasta consagrar o procurar la acción popular en la justicia administrativa.

El anteproyecto de ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, elaborado por la Comisión de juristas de 1986 a instancia del Ministerio de Justicia, promueve la legitimación individual en «quienes tuvieren un interés legítimo», mientras que se concreta la legitimación colectiva, condicionada para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, a «las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para su defensa y promoción, así como al Ministerio Fiscal».

Parece aconsejable que en sintonía con el texto constitucional mejorar la fórmula del artículo 17.1 a) del anteproyecto, incluyendo en su redacción, como portadores de la legitimación individual, a quienes tuvieran un derecho o interés legítimo vertiendo así interpretaciones jurisprudenciales sobre los conceptos de «derecho» y de «interés» más matizadas, más consecuentes con el instituto de la legitimación.

En la legitimación colectiva parece de interés atraer al Ministerio Fiscal, debido a su sólida posición constitucional, en promoción de la acción de la

Justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, para que pueda instar acciones, de oficio, o a petición de los interesados, en el proceso contencioso-administrativo, ampliando así de modo decidido su intervención en los procesos de defensa de los derechos fundamentales (Ley 62/1978 de 26 de diciembre).

Y sería notable introducir en el recurso de revisión ante sentencias contradictorias (art. 17 del anteproyecto) la facultad de Fiscal, aunque no hubiera sido parte con anterioridad de poder interponer un recurso extraordinario para favorecer el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, protegido por el artículo 14 de la Constitución.

La aceptación, la relación con los intereses legítimos colectivos o difusos de las asociaciones o corporaciones o grupos, constituye el parámetro de idoneidad para poder instar una acción procesal en defensa de esos derechos o intereses legítimos. Salvo que la Ley específicamente confiera a un determinado grupo legitimación directa e inmediata para acceder sin trabas a los órganos judiciales, es la presencia de esa especial relación, afectación o ligamen el requisito que hace prosperar la legitimación.

Sin duda, es una cláusula abierta a la interpretación de los Tribunales, en el ordenado acatamiento a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y es de destacar cómo en la sentencia 24/1987 de 25 de febrero del alto intérprete de la Constitución (caso del recurso de la Asociación de Fiscales contra el nombramiento de un Fiscal del Tribunal Supremo) se desenvuelve una interpretación expansiva de la calidad de la legitimación requerida y beneficiosa para facilitar el franqueo de las puertas del proceso.

No resulta adecuada en ese texto la intervención de las asociaciones para la defensa jurisdiccional de intereses individuales, sino es a través de la cláusula general de intereses legítimos, ni de intereses que correspondan salvaguardar o se atribuyan con intensidad propia al Estado o a las Administraciones Públicas, pero ya no se distingue en que las normas administrativas sean disposiciones generales o meros actos administrativos a los efectos de identificar el acto impugnado, y deducir ahí la legitimación.

El círculo de acción de las asociaciones ante los Tribunales se justifica en la defensa de valores colectivos primarios, la salud, la educación, el medio ambiente, y en general en todos aquellos intereses que subyacen en el Título I de la Constitución, y singularmente de aquellos principios rectores de la política social y económica, que proclamados en el Capítulo VIII, por su debilidad en engendrar verdaderos derechos subjetivos públicos, gozan de una protección jurisdiccional debilitada o difusa.

El Defensor del Pueblo goza en su Estatuto de un amplio abanico de medidas de intervención ante las Administraciones para su fiscalización efectiva, aunque no lleguen sus poderes para instar ante los Tribunales la modificación o la anulación de los actos y resoluciones administrativas.

Sería estimulante para la Magistratura de persuasión del Defensor del Pueblo, o bien que se regule en el mecanismo de comunicación con el Ministerio Fiscal en orden al ejercicio de las acciones debidas en el proceso contencioso-administrativo, o bien que

se introdujera su legitimación para interponer recursos de amparo ordinario ante los Tribunales de Justicia, ampliando la redacción del artículo 29 de su Ley Orgánica reguladora 3/1981 de 6 de abril, en defensa de los derechos fundamentales o de otros intereses legítimos por sustitución.

Igual legitimación sería deseable para el resto de las Instituciones de las diferentes Comunidades Autónomas que desempeñan idéntica función en su ámbito respectivo (Defensor del Pueblo Andaluz, Justicia de Aragón, Diputado del Común, Sindic de Greuges, Ararteko, Defensor do Povo Galego, etc.).

No debemos terminar este punto sin señalar el reconocimiento legal, ya vigente y operativo, de la legitimación, ante cualquier orden jurisdiccional para la defensa de los intereses colectivos de «las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa o promoción», recogida en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial. En el mismo sentido, el artículo 14 de la Ley Orgánica 11/85, de Libertad Sindical, también reconoce la legitimación del «sindicato a que pertenezca el trabajador presuntamente lesionado (en su libertad sindical), así como cualquier sindicato que ostente la condición de más representativo», en los procesos que versen sobre posibles vulneraciones de dicha libertad, si bien tal legitimación se limita a su personación como coadyuvantes del proceso iniciado por el trabajador. No les reconoce, pues, legitimación directa para demandar en su propio nombre, en defensa del interés colectivo representado por el propio sindicato, aunque estimamos que la legitimación en este caso estaría amparada en el ya citado artículo 7.3 de la LOPJ.

### **La acción popular en el ámbito contencioso-administrativo**

1. Sin embargo, nuestra tradición jurídica cuenta con una figura, la acción popular, desconocida en los demás países de nuestro entorno, que, si bien limitada, en principio, al proceso penal, es susceptible de nuevas y más amplias perspectivas a través de su reconocimiento en el artículo 125 de la Constitución, dentro del amplio género de los modos de participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia.

Como es sabido, la acción popular no resulta una desconocida en el ámbito del Derecho Administrativo.

Hace tiempo que se introdujo en el campo del urbanismo, y así figura en el artículo 235 de la Ley del Suelo, que declara pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y el planeamiento urbanístico.

Más reciente, y con alcance similar, se ha introducido en materia de defensa del Patrimonio Histórico Español (art. 8.2 de la Ley 13/85, de 25 de junio) y de Costas (art. 109.1 de la Ley de 22/88 de 28 de julio).

No obstante, ni se ha reconocido por vía legislativa, en otras materias en las que están presentes

intereses de similar entidad y contenido, ni, como ya se ha mencionado, el Tribunal Constitucional o el Supremo hayan llegado a admitir su generalización más allá del estricto alcance de su reconocimiento por el legislador.

La cuestión que hemos de plantearnos sería, entonces, la de la fuerza expansiva que, aún en la legislación vigente, habría de darse al señalado precepto constitucional, y cómo podría articularse esta expansión.

2. Resulta dudoso que la mención del artículo 125 CE de «aquellos procesos penales que la Ley determine», se pueda entender referida también a la acción popular y no meramente a la institución del jurado.

En todo caso, lo que sí es indudable es que se está reconociendo un derecho de contenido legal, esto es, que el reconocimiento constitucional se remite a la legislación de desarrollo. Pues bien, en ésta, concretamente en el artículo 19.1 de la LOPJ se establece una restricción, dudosamente aceptable, incluso dudosamente válida, en cuanto a la titularidad de la acción popular, reconocida sólo a «los ciudadanos de nacionalidad española». Sin embargo, no se limita en absoluto a los procesos penales, sino que queda abierta la posibilidad en todo tipo de procesos, a través de una nueva remisión a lo que se pueda disponer por ley.

Pero, aunque no exista vinculación expresa entre proceso penal y acción popular, no podríamos olvidar que es en tal proceso en el que nace y donde se han consolidado los perfiles de su contenido.

Si acudimos a su reconocimiento en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, vemos que la que se declara pública en el artículo 101 es la «acción penal», definida en el anterior artículo 100 como la que pretende «el castigo del culpable». No existe, por tanto, una acción popular para sostener cualquier pretensión en el proceso penal, sino sólo para sostener una pretensión punitiva.

En la medida en que, con todos los «matices» que queramos, declaremos aplicables al orden administrativo sancionar los principios inspiradores del orden penal, en cuanto que ambos son manifestaciones de idéntica potestad punitiva, tal como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional, desde una de sus primeras resoluciones, la sentencia 18/81, de 8 de junio, tendríamos ya, desde el primer momento, dos referencias importantes a la hora de enmarcar la posibilidad de la acción popular en el orden contencioso-administrativo. La primera, que habría que referirla, exclusivamente, a la materia sancionadora. En este contexto, la acción popular estaría destinada a posibilitar a todos los ciudadanos el acceso a la jurisdicción, no para ejercer cualquier acción, sino precisamente como respuesta a ilícitos sancionables. La segunda, que, en paralelo con lo que ocurre en el proceso penal, la acción popular sólo sería admisible para sostener, frente a tales ilícitos, una pretensión sancionadora, aunque ello no implique que la acción debiera de limitarse a solicitar la imposición de una sanción, sino que también sería admisible para pretender, al propio tiempo, la adopción del resto de las medidas previstas por el ordenamiento ante la vulneración de la legalidad (p. ej., ex. art. 225 de la Ley del Suelo, la obligación del

resarcimiento y el restablecimiento, incluso físico, del orden jurídico perturbado).

3. El funcionamiento de tal reconocimiento de la acción popular en el derecho administrativo sancionador vendría determinado por la ya señalada identidad sustancial de los principios inspiradores de ambos órdenes punitivos.

No se trata, sin embargo, de una cuestión de mera «arquitectura constitucional», de diseño teórico.

Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional fundaron la extensión de principios penales a las sanciones administrativas no tanto (aunque también) en un presupuesto teórico de identidad de naturaleza (la «materia penal» en la terminología del TEDH), como en la necesidad de que la imposición de sanciones, cualquiera que sea el órgano que las imponga, esté revestida de similares garantías.

Ciertamente, tanto uno como otro, están tratando de las garantías que el artículo 6.º del Convenio Europeo y el artículo 24 de la Constitución reconocen al acusado en un proceso penal.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la ya citada sentencia 18/81, tras reconocer que el artículo 24 CE no alude de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, estima, no obstante, que «la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental». Por ello, y tras la ya citada afirmación de la unidad esencial del ordenamiento punitivo del Estado, termina el fundamento jurídico 2.º de la sentencia señalando que dicha «interpretación finalista... nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimientos han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.º CE». De modo que «no se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

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

Ciertamente, tanto uno como otro, al igual que el Tribunal Europeo, están tratando de las garantías que el artículo 6.º del Convenio Europeo y el artículo 24 de la Constitución reconocen al acusado, literalmente referidas en ambos preceptos al acusado en un proceso penal.

Ahora bien, en la medida en que un juego conjunto de los artículos 24.1 y 125 de la Constitución con

el 19.1 LOPJ y 100 Y 101 de la LE Crim. están reconociendo también un derecho, con alcance y protección constitucionales, al ciudadano que decide ejercer la acusación pública respecto a un hecho tipificado como delito, ningún inconveniente existe para aplicar idéntico tratamiento, y con el mismo fundamento, a quien persigue la sanción de un ilícito administrativo.

4. Mas, como decimos, no estamos persiguiendo con ello un mero diseño teórico.

El gran tema pendiente de la protección jurídica de los intereses difusos en nuestro país no está situado en las posibilidades de defensa del ciudadano frente a una eventual actuación administrativa que trate de preservar tales intereses colectivos. En estos casos el ciudadano infractor, a menudo íntimamente conexionado con grandes intereses económicos, cuenta con todas las garantías legales que, en estos casos, no son meramente teóricas, sino que se actúan realmente, ya que tienen a su disposición los medios para hacerlo.

Por el contrario, donde se sitúa el problema es, precisamente, en cómo actuar dichos intereses ante la frecuentísima inactividad (si no clara connivencia) administrativa respecto de los ataques que los mismos puedan sufrir.

En suma, al igual que la acción popular en el proceso penal se ha concebido para evitar que un monopolio de la acción punitiva por el Ministerio Público, incluso con la posibilidad también reconocida al ofendido, pudiera llevar a la impunidad de determinados delitos respecto de los cuales, por una u otra causa, no se ejerciera, y trata de preservar los intereses colectivos precisamente frente a esa posible pasividad, del mismo modo la acción popular en el orden administrativo sancionador vendría a evitar una impunidad que, por múltiples razones, se revela aún más posible.

Ello resulta especialmente importante en un ordenamiento como el nuestro, en el que conocemos, por un lado, una hipertrofia de la sanción administrativa respecto de la penal, mientras que, por el contrario, el ordenamiento penal sigue aún anclado en las figuras tradicionales de la delincuencia de marginación y no ha entrado a recoger las agresiones contra estos intereses (infracciones urbanísticas, en materia de defensa de consumidores y usuarios, seguridad e higiene en el trabajo, y un largo etcétera). En definitiva, cuando el grueso de las posibilidades de reacción de la colectividad frente a tales agresiones sigue situada en el orden administrativo.

Finalmente, no podemos olvidar que, en este campo administrativo sancionador, frente a lo que ocurre en otros ordenamientos y frente a lo que, en ocasiones, sostiene aquí determinadas autoridades administrativas, éstas están sometidas estrictamente al principio de legalidad, no al de oportunidad, de modo que la reacción jurídica frente a la infracción es obligatoria para el órgano encargado de su represión, no discrecional.

5. Hemos de plantearnos, no obstante, como ejercicio de prudencia y en defensa de lo que la doctrina francesa denomina «requisito de seriedad» en el ejercicio de las acciones, la extensión deseable de tal derecho a la acción popular.

Volviendo, como venimos haciendo, a la finalidad

del reconocimiento constitucional de los Derechos, podríamos llegar a la conclusión de que la acción popular no resulta necesaria cuando se trate de la defensa de derechos o intereses que tiene un titular claramente determinados y en condiciones de poder ejercitarlos. Esto nos lleva a considerar que el ámbito específico del reconocimiento de legitimación pública es, precisamente, el de la defensa de este tipo de derechos de titularidad difusa, especialmente los contenidos en el ya citado Capítulo III del Título I de la Constitución, respecto de los cuales habría que considerar interesado a cualquier ciudadano, por el hecho de serlo, sin exigirle la alegación de un vínculo especial con el bien jurídico protegido por la norma cuya aplicación se pretenda.

6. Lo que sí sería deseable, cualquiera que fuera la extensión con que se reconozca, o se entienda ya reconocida, lo que sí sería deseable es la generalización de la solución dada por la ya citada Ley de Costas de 1988, en su artículo 109.2, al reembolso por la Administración a los particulares ejercientes de la acción popular de los gastos que hayan desembolsado para su ejercicio, cuando tal ejercicio haya sido fructífero. Sería interesante indagar si no sería ya generalizable tal solución por la vía de la genérica responsabilidad administrativa, al considerar la inactividad previa al ejercicio de la acción como un funcionamiento anormal de los servicios públicos específicamente encargados de la defensa de estos valores constitucionales.

### **El contenido posible de la tutela jurisdiccional**

El problema mayor viene representado, no obstante, cualquiera que el legitimado como demandante, por el contenido posible de la sentencia, especialmente en el caso de que la acción se dirija no frente a una actuación administrativa, sino precisamente frente a la inactividad de la Administración a la hora de proteger este tipo de intereses.

Por un lado, dista mucho de la tutela judicial efectiva la situación en que puede encontrarse quien, tras esperar a que se produzca la actuación administrativa, acude a los Tribunales y, en ellos, a veces tras un largo proceso, lo único que obtiene es un pronunciamiento de condena a la Administración «a la iniciación y tramitación de los correspondientes expedientes administrativos por cada una de las denuncias... con audiencia de las partes y resolución expresa» (sentencia TS de 2 de octubre de 1990, R.A. 7825).

La jurisprudencia ha fundado este tipo de pronunciamientos en el «carácter revisor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (sentencia antes citada). Sin embargo, existe un consenso doctrinal, y una línea jurisprudencial, que viene sosteniendo que tal carácter revisor lo único que exige es un sometimiento previo de la cuestión a la Administración y un acto previo, expreso o presunto, por parte de ésta, sin que sea necesario que la Administración resuelva sobre el fondo para que el Tribunal pueda adoptar una decisión igualmente de fondo, y no meramente interlocutoria, sobre la pretensión del ciudadano.

Pero, aunque rechacemos que sea tal principio revisor el que impida un mayor contenido de la sentencia, y obviemos los problemas competenciales, lo que no podemos olvidar es que los derechos del demandante y los intereses que éste pretende hacer valer con su acción han de hacerse en todo momento compatibles con las garantías del codemandado. De modo notorio, si lo que se está demandando, primero en vía administrativa y luego ante la jurisdicción, es una actuación sancionadora, no cabe duda de que no podría imponerse sanción alguna sin que, previamente, el imputado haya dispuesto las garantías de defensa que le reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, y que podemos resumir en información de la acusación que se formule contra él y posibilidades reales de defensa frente a tal imputación.

Podría pensarse que el necesario emplazamiento directo (no sólo edictal) cumple tales garantías. Sin embargo, hemos de reconocer que el proceso contencioso-administrativo, en su estructura actual, se muestra muy poco apto para acoger una pretensión sancionadora directa que, además, muy pocas veces se formula explícitamente como tal. Baste pensar en quién y cómo formularía el pliego de cargos y la propuesta de resolución, que son los actos que, en un procedimiento administrativo sancionador, cumplen las exigencias constitucionales del contradictorio y del conocimiento de la acusación formulada.

Tampoco parece apto para ello el trámite de ejecución de sentencia. ¿Quién instruiría el procedimiento sancionador? Difícilmente podría hacerlo la Sala en sustitución de la Administración y, si ello fuera posible, se plantearía otro cúmulo de problemas relativos al derecho al Juez imparcial (no podría decidir sobre la sanción el mismo Tribunal que ya había acordado la incoación del expediente y había sufrido la inactividad instructoria de la Administración).

Muy probablemente, la intervención del Ministerio Fiscal, a la que antes nos hemos referido, y que ahora podría extenderse, tras el fallo judicial, a la actividad de la Administración sancionadora, constituiría una vigorosa vía de solución de este tipo de problemas.

Sin embargo, si bien es cierto que no pueden orillarse todos estos obstáculos de peso, con el proceso actual, nada impide, con este mismo proceso, un pronunciamiento y una ejecución plena respecto de todo el cúmulo de medidas que pudiéramos englobar para la amplia denominación de «restablecimiento del orden jurídico perturbado por el ilícito», y, especialmente, aquéllas tendentes a evitar su perpetuación. Por vía de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, resulta posible adoptar, sin obstáculo procesal alguno, decisiones de fondo sobre clausura de actividades contaminantes, demolición de obras sin licencia o amparadas en licencia ilegal o cese de prácticas comerciales o publicitarias contrarias al ordenamiento. Tampoco existe obstáculo para la ejecución efectiva de tales pronunciamientos, al menos no existen respecto de ellos obstáculos superiores a los que afectan, en general, a todas las sentencias de condenas en que esté implicada la Administración Pública.

## La ejecución de la sentencia

### 1. Estado de la cuestión

Se centra la cuestión en el poder de sustitución de la Administración en el ámbito puramente procesal, o de ejecución de lo fallado por los órganos jurisdiccionales. Se deja de lado, para otra ocasión, lo que podría llamarse activismo judicial ante la inactividad de la Administración. En la situación actual de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se requiere acto previo, formal o material, de la Administración para que el Tribunal proceda a revisar la actuación. No es sólo un reiterado pronunciamiento jurisprudencial de los Tribunales, sino que está explícitamente expresado en la Exposición de Motivos de la Ley de 1956. La imposición de una actividad a la Administración requiere que tenga el deber legal de actuar en un sentido concreto. De no ser así, podríamos hallarnos ante una intromisión de un poder en otro. La cuestión se complica cuando la actividad es de las que gozan de discrecionalidad técnica o de oportunidad política. En este caso pueden producirse pronunciamientos generales de cumplimiento de legalidad de dudosa eficacia práctica para el ciudadano que ha visto vulnerable su derecho. En este sentido, el Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa hace un pronunciamiento expreso. Así, bajo el capítulo «Actividad Administrativa impugnabile», se comprende el recurso «contra la inactividad material de la Administración, o la utilización por ésta de la vía del hecho» (art. 25.1).

Estamos ante un tema ampliamente debatido. Incluso es objeto de especiales menciones en los Informes anuales del Defensor del Pueblo denunciando la conducta injustificada y nada ejemplar de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, «en honor» de nuestra Administración cabe apuntar que sigue la pauta de otras Administraciones Públicas europeas. El Consejo de Estado francés ha vuelto a denunciar en 1.990, con ocasión de las reformas operadas en la Jurisdicción administrativa, la manifiesta mala voluntad que, en ocasiones, se unen las dificultades serias de ejecución. Este último punto ha de tenerse muy presente, pues, ciertamente, existen fallos de difícil ejecución. Unas veces, por inconcreción. Otras, por auténticas dificultades prácticas.

Ha de tenerse como norte el artículo 1 de nuestra Constitución que propugna como valores superiores del ordenamiento no sólo la libertad y el pluralismo político, sino también la igualdad y la justicia.

Tales principios no puede decirse que gocen de una buena salud en el ámbito que analizamos, pese a las conminaciones realizadas por el Tribunal Constitucional. Es relativamente fácil restablecer el orden jurídico perturbado cuando el causante de la lesión ha sido un particular. Las medidas coercitivas son más realizables. No existe una situación pareja cuando el que lesiona es la Administración. Por ejemplo, una medida conminatoria ha de concretarse en un sujeto concreto, no siendo siempre sencilla su identificación.

Para entrar en materia resaltaremos la sentencia 67-1984, de 7 de junio del TC, donde se afirma que «la ejecución de las sentencias —en sí misma considerada— es una cuestión de capital importan-

cia para la efectividad del estado social y democrático de derecho que proclama la Constitución —art. 1.º— “... por lo que” difícilmente puede hablarse de la existencia de un estado de derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes». Continúa diciendo que «cuando este deber de cumplimiento y colaboración se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento —si se produjera— no puede impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes».

Hasta la promulgación de la Constitución la jurisprudencia ha venido reiterando que la ejecución correspondía a la Administración, en razón al propio redactor del artículo 103 de la LJCA: la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto de recurso. Esta ejecución se llevaba a efecto de acuerdo con lo establecido en el fallo.

Tras la promulgación de la Constitución (artículo 117.3, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes) se mantuvieron proliferas discusiones en la doctrina acerca de la incidencia en este ámbito, dudándose de la constitucionalidad de algunos preceptos. El mencionado artículo 117.3 fue posteriormente reiterado en el artículo 2 de la LOPJ 6-1985, de 1 de julio, sin añadir ninguna reforma específica respecto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, la Administración, como cualquier otro condenado en otro orden, ha de limitarse a cumplir las sentencias que deben ejecutar los Tribunales.

El problema se plantea respecto a cómo intervienen los Tribunales en la ejecución que materialmente ha de llevar a cabo la Administración. En el orden civil una sentencia condenatoria de un particular a favor de otro puede ejecutarse, en último extremo mediante el embargo de bienes de su propiedad. Cabe, en los procedimientos adecuados, hacer uso de medidas aseguradoras (anotaciones preventivas, embargos preventivos...). Incluso el Juez puede sustituir a la parte condenada otorgando en determinados supuestos escritura pública a favor del que ha obtenido tal reconocimiento mediante sentencia. El restablecimiento del orden jurídico perturbado por una Administración, reconocido en sentencia firme, tiene dificultades para materializarse por los órganos jurisdiccionales.

### 2. El principio de la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado constitucionalmente en el artículo 24, incluye el derecho a la ejecución de las sentencias contra la Administración, como en múltiples recursos de amparo ha señalado el Tribunal Constitucional. En caso contrario se violaría el artículo 24.

Asumiendo el Tribunal Constitucional (32-82, 7 de junio) que en la ejecución de sentencias existe tensión en el principio de seguridad jurídica y el de le-

gualidad presupuestaria, afirma que «en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la diligencia debida las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas».

Más contundente es la sentencia 67-1984, de 7 de junio, al afirmar que «si tales medidas (las necesarias a la ejecución) no se adoptan con la intensidad necesaria —y legalmente posible— para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental de ejecución de las sentencias». Parte, pues, de que el artículo 103 de la LJCA constituye «la concreción del deber de cumplir lo decidido por las sentencias y resoluciones firmes y de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en sus resoluciones firmes dictadas en ejecución de sentencias —artículo 118 C.E.—», ya que aún siendo obligado para la Administración que hubiere dictado el acto objeto del recurso, la ejecución de la sentencia recaída, desde la perspectiva constitucional «corresponde exclusivamente al Tribunal hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con las leyes —art. 117.3 CE— y requerir las colaboraciones que estima precisas —art. 118 CE—». Por lo tanto, caso de incumplimiento, el Tribunal sentenciador «deducirá el tanto de culpa que correspondiere por el delito de desobediencia para su remisión al Tribunal competente». Mas el conculcador del derecho a la tutela efectiva que comporta el restablecimiento del orden jurídico perturbado es siempre el órgano judicial.

Está admitida la sustitución equivalente del fallo de la sentencia cuando ésta sea auténticamente inejecutable. Se ha de ser crítico con la vía abierta por el artículo 18.2 LOPJ, permitiendo la «expropiación de sentencias». Procedería un control jurisdiccional de tal actuación que debería estar siempre limitada por la inexpropiabilidad de sentencias en que se estuvieran en juego derechos fundamentales.

Mas las dificultades prácticas no pueden excusar la ejecución de las sentencias. Debe controlarse que no se produzca una ejecución aparente. Las remociones de los obstáculos de la Administración al cumplimiento de lo ordenado han de realizarse como consecuencia de la ejecución, no remitiendo al ciudadano a un nuevo pleito. Siempre con el límite de no ir más allá de lo abordado en el fallo.

### **3. La inembargabilidad como límite a la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración**

El problema de orden a la ejecución de sentencias condenatorias pecuniarias contra la Administración es grave. Tenemos de partida el artículo 44 de la LGP, estableciendo la inembargabilidad de los caudales públicos («Los Tribunales, Jueces y Autoridades Administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública»), mientras el 43.2 dice: «Las obligaciones de pago sólo son exi-

gibles de la Hacienda Pública cuando resulten de sentencia judicial firme...»).

Constitucionalmente, sólo está consagrada la inembargabilidad de los bienes demandales y comunales (art. 132.1 CE). Mas múltiples normas de todo rango y especie realizan declaraciones de inembargabilidad (la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley de Patrimonio del Estado y su texto articulado, Estatutos de Autonomía de La Rioja, Cantabria, Ley Municipal de Cataluña, Ley del Patrimonio de la Generalitat de Cataluña) o permiten a la Administración suscitar conflicto en la ejecución de sentencias (Ley Conflictos Jurisdiccionales, 18 de mayo de 1987).

Las potestades de coacción directa por los Tribunales para exigir la efectiva colaboración y ejecución de las sentencias no han sido innovadas por el artículo 17 LOPJ. Reitera el deber constitucional sin establecer sanción positiva alguna. La crítica fue temprana, afirmándose certeramente que, además de no tener explicación lógica que la falta de crédito presupuestario pueda oponerse a la ejecución judicial de la sentencia dictada y firme de todo recurso, carece de virtualidad impartir responsabilidad a cargo de la Administración Pública por inejecución de sentencias judiciales cuando la ejecución de las mismas está subordinada a la disponibilidad de crédito presupuestario cuya concreción corresponde al órgano legislativo u otra autoridad política.

La controversia entre disposiciones presupuestarias y derechos crediticios reconocidos a los ciudadanos ha sido incluso abordada en una lejana sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Así, en el asunto Leonés en el que el Estado italiano se negaba a satisfacer una prima por reducción del número de vacas para menguar la producción lechera, de acuerdo con un Reglamento Comunitario, se excusa de que el legislador nacional no había votado los créditos al efecto. Dijo el Tribunal que, cumplidas las condiciones para el nacimiento del pago de la prima, el agricultor tiene derecho a exigirla a su Estado, sin que pueda formular éste oposición alguna. Se colige las dificultades del ciudadano frente a la Administración para hacer efectivos sus derechos.

El principio de legalidad presupuestaria está mermando en la actualidad desde el momento que, a partir de la disposición final segunda de la Ley 50-84, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1985, autorizó la compensación de débitos y créditos recíprocos entre la Administración Central e Institucional, Seguridad Social, Empresas Públicas, Corporaciones Locales y demás Entes Públicos, con sujeción a lo establecido en el artículo 50 de la LGP. Así, tanto en el campo de la Seguridad Social (Reglamento de Recaudación de 1986) como de la MUMPAL (Reglamento de Recaudación de 1986) se permite compensar las deudas acumuladas por los Entes Públicos sobre los importes que la Administración del Estado deba transferir a las mismas.

Tradicionalmente se ha negado la posibilidad del administrado de compensar sus créditos contra la Administración. Resulta plausible, dentro del marco de restablecer, aunque sea con retraso, el orden jurídico perturbado, la técnica compensatoria entre cantidades adeudadas a la Tesorería General de la Seguridad Social y cantidades debidas por ésta a

consecuencia de sentencia en la que se reconoció el derecho a devolución utilizada en el asunto a que se refiere el auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990. Sin embargo, hay que decir, resulta un poco tardío. Se desprenden pocos datos del citado auto, pero algunos son significativos. El Tribunal Supremo confirma el 29 de mayo de 1984 la sentencia de la Sala de instancia del 26 de junio de 1982, acordando el derecho a la devolución de cuotas indebidamente ingresadas. Parece que no procede la Tesorería a cumplir la sentencia y el Tribunal acuerda, mediante el auto del 2 de julio de 1986, utilizar la técnica de la compensación. Parece que, finalmente, el 16 de febrero de 1990, la tutela efectiva tiene visos de cumplirse.

No debe ocultarse que la mayoría de los países de nuestro entorno consagran también la inembargabilidad de los bienes de dominio público. Sin embargo, resalta la doctrina, la posición de la Administración no es tan preeminente. En la República Federal de Alemania son embargables determinados bienes no reputados indispensables para la satisfacción de la función pública. El Tribunal Constitucional italiano ha afirmado que la Administración no tiene una posición diversa de la de cualquier otro deudor. En Francia, el Consejo de Estado puede imponer multas coercitivas ante el incumplimiento administrativo, aunque la realidad ha demostrado su escasa efectividad.

#### **4. La ejecución de sentencias no dineradas**

A fin de no conculcar la tutela judicial efectiva, caso de desobediencia de la Administración a realizar lo fallado, es preciso potenciar los poderes de ejecución de los Tribunales. Ordenar que se haga lo mandado a costa de lo obligado e incluso requerir la colaboración de otros entes públicos o personas privadas son principios que se extraen de las sentencias constitucionales. Su uso, según se desprende de un elevado número de autos del Tribunal Supremo en los últimos años, se ha incrementado. Fundamentalmente en el campo de derribo de obras ilegales.

La necesidad de potenciar la técnica de ejecución por comisario es también patente. Es una técnica muy extendida en el ámbito de la justicia constitucional norteamericana, incluso para cubrir vacíos de la inactividad administrativa. También en los juicios por incumplimiento de sentencias firmes desarrollados por la doctrina del Consejo de Estado italiano, extendiendo la norma prevista para la ejecución de sentencias dimanantes de jueces civiles.

Se trata de algo no completamente ajeno a nuestro sistema. Fue utilizado en la convocatoria de un Pleno del Ayuntamiento en el asunto de Villanueva de Arosa. Ante la contumaz actitud negativa del alcalde a convocar el Pleno solicitado por la cuarta parte de los concejales examinado en sentencia al amparo de la Ley 62-78, de 26 de diciembre, fallado el 14 de junio de 1985 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña, ésta dictó auto el 18 de octubre de 1985 disponiendo la fecha de la convocatoria y encomendan-

do al secretario de la Corporación la realización de los actos materiales necesarios para llevarla a cabo. Esta rápida decisión en ejecutar la sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo el 13 de marzo de 1986 recordando que las medidas compulsivas recogidas en los artículos 109 y 110 de la LJCA han de interpretarse reforzando la potestad jurisdiccional en consonancia con el artículo 117.3 de la Constitución.

No se estaba ante un hacer personalísimo, sino que todos los elementos indeterminados de la concreta convocatoria venían predeterminados legalmente. En modo alguno sustituía el juzgador a la Administración. Simplemente llevaba a efecto lo establecido en el ordenamiento.

#### **5. Consideraciones finales. Alternativas al sistema vigente**

No debe ocultarse que el elevado número de asuntos de que conocen las Salas de lo Contencioso-Administrativo, supone una traba en su correcto funcionamiento. Las Memorias del Consejo General del Poder Judicial lo denuncian cada año sin que por el momento se ponga remedio, ni con la reforma de la Ley Jurisdiccional, largamente anunciada, ni con la puesta en marcha de los Juzgados de lo Contencioso. Casi todo está inventado. Se trata de ver qué técnicas foráneas son más convenientes en nuestro sistema.

Sin embargo, si sería preciso resaltar que, ya con la actual legislación, un auténtico control de oficio de las ejecuciones permitiría un ágil restablecimiento del derecho vulnerado. Serviría también de acicate y ejemplo para la Administración. La desidia administrativa en ejecutar tiene su campo abonado por la dificultad de la actividad jurisdiccional sobrepasada en número de asuntos.

Dentro de las técnicas actuales el uso del tanto de culpa no sólo está permitido, sino que el Tribunal Constitucional en alguna ocasión ha recordado que nada obsta a su utilización. Sin embargo, es de empleo infrecuente. No se trata de criminalizar todas las conductas pero sí de impedir abusos. Lo contiene también el Anteproyecto de Ley antes citado.

Las multas coercitivas que puede imponer el Consejo de Estado francés por incumplimiento de las sentencias muy alabadas originariamente en la doctrina con ocasión de su implantación hace un decenio, no han resultado operativas. El propio Consejo de Estado reconoció en 1989 que desde 1980 sólo se habían impuesto cinco. En nuestro ordenamiento están previstas para incumplimiento de órdenes del Tribunal Constitucional (art. 95.4, LOTC). También las prevé el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción (art. 115). Quizás resulten efectivas si se comienzan a utilizar tempranamente. La dificultad radica en la correcta identificación de la autoridad, funcionario o agente, que ha de cumplir el requerimiento judicial.

La técnica de ejecución por encomienda a un tercero comisionado por el Tribunal convendría se instituzionalizara. Claro que ello también exigiría una mayor concreción en los fallos, señalando el Tribunal el cómo y el cuándo de determinadas resoluciones.

Por último, cabría hacer un replanteamiento respecto a la inembargabilidad de determinados bienes. ¿Cómo puede evitar la vulneración de un derecho fundamental —el de la ejecución de la sentencia— un Tribunal si no dispone de medios suficientes para la ejecución de sentencias? Es obvio que carreteras, medios de transporte, edificios públicos..., son inembargables. Mas ¿qué pasa con las cuentas corrientes? Su exacta naturaleza vendrá dada por el fin al que esté destinado el dinero. ¿Qué pasa con los bienes patrimoniales? Su inembargabilidad no goza ni de reconocimiento constitucional ni legal.

## CONCLUSIONES

1. JUECES PARA LA DEMOCRACIA recuerda la cada vez más inaplazable necesidad de la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (tras superarse ampliamente los plazos que el propio legislador se había fijado para ello), para adecuarse en la regulación del instituto de la legitimación individual y colectiva a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, propiciando el acceso al proceso de todas las personas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos y a las asociaciones, grupos y corporaciones para la defensa de los derechos e intereses colectivos.

2. JUECES PARA LA DEMOCRACIA propone que el Ministerio Fiscal reciba por dicha Ley la encomienda de poder entablar acciones en el proceso Contencioso-Administrativo en defensa de los derechos fundamentales y en protección de derechos e intereses legítimos colectivos. También se extendería en materia sancionadora, y tras un fallo que condenase a la Administración a incoar y resolver el correspondiente expediente sancionador, a intervenir en dicho expediente en defensa de la legalidad, formulando incluso pliego de cargos y propuesta de resolución.

3. JUECES PARA LA DEMOCRACIA sugiere que se potencien las facultades impugnatorias de los actos administrativos por el Defensor del Pueblo, en el marco de sus funciones de supervisión de las Administraciones Públicas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, y especialmente insta a capacitarle para promover la acción de los Tribunales de Justicia frente a la inactividad de la Administración en resolver las peticiones que afecten a derechos colectivos.

Igual tratamiento tendría la posibilidad de intervención procesal de las instituciones de las Comunidades Autónomas que tengan asignado, en su ámbito, idéntico cometido.

4. Nos pronunciamos por la admisibilidad de la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y ante los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo la aplicación de la legalidad en defensa de los intereses colectivos, en especial de los reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, al tratarse de derechos que, por su naturaleza, son de más difícil individualización y que, por ello, se encuentran más desprotegidos.

El reconocimiento de la acción pública irá acompañado del derecho al resarcimiento de los gastos justificados realizados en su ejercicio, siempre que éste hubiera contribuido de forma eficaz a comprobar la existencia de la infracción.

5. Las sentencias estimatorias de pretensiones relativas a la actuación de intereses colectivos contendrán los pronunciamientos precisos para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y tendentes a evitar su perturbación.

6. En estos casos, el órgano jurisdiccional competente para la ejecución vigilará de oficio el cumplimiento por la Administración del pronunciamiento de condena, para evitar tanto su ineffectividad como en la posibilidad de actuaciones fraudulentas de quienes hayan sido parte en el proceso.

# CONCLUSIONES

---

## Conclusiones de la primera ponencia: Protección real del consumidor

1. El modelo de juez civil que la Constitución y la idea misma de Estado Social de Derecho diseña, exige de aquél su acercamiento al caso concreto, y un papel reequilibrador de las desigualdades que el mercado genera, como juez que es de «lo corriente»; su intervención en el desarrollo de los valores y derechos constitucionales no es menor que la de jueces de otros órdenes jurisdiccionales. Esto requiere un acercamiento del juez al justiciable y su constante presencia en el proceso.

2. Frente a este modelo que propugnamos, el juez que el sistema promueve es el correlato de ese mercado puro y duro, que simplifica las soluciones y se mueve con criterios de eficacia puramente numérica. Es ese el juez que hoy existe y se pretende, un juez burócrata al frente de Juzgados masificados, y es el modelo que se pretende perpetuar con la reforma de la oficina judicial avanzada por el Ministerio de Justicia, a la que, por tanto, nos oponemos. Por otro lado, denunciaremos que la situación actual de los Juzgados de Primera Instancia es insostenible por la desproporcionada carga de trabajo que pesa sobre ellos. En estas condiciones, la tutela judicial de los consumidores y usuarios termina siendo, con la complicidad de quien está obligado a evitarlo, una pura utopía.

3. La Constitución impone a los poderes públicos, y por tanto, al juez, la defensa de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, lo que exige poner en cuestión el viejo dogma de la autonomía de la voluntad, tal como se ha venido entendiendo tradicionalmente. Se trata no de proteger al incumplidor o al moroso, sino de lograr que las relaciones jurídicas en las que son parte los consumidores y usuarios estén caracterizadas por las notas de igualdad, equilibrio y buena fe que impone el orden público económico constitucional, impidiendo que la desigualdad real en la que se encuentran los consumidores y usuarios al relacionarse jurídicamente con las empresas y corporaciones pueda suponer que el ordenamiento jurídico dé cobertura a situaciones de desigualdad real e indefensión efectiva de la parte más débil, lo que es incompatible con un Estado social y democrático de derecho.

4. La legislación actual, y concretamente la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las demás normas del derecho del con-

sumo, ponen en manos del juez instrumentos eficaces para lograr la efectividad de los principios del orden público económico diseñado por la Constitución en las relaciones jurídicas que afectan a los consumidores. No obstante, exigimos las reformas legislativas necesarias para potenciar la defensa de los legítimos intereses de los consumidores, y concretamente el desarrollo de las directivas de la CEE en materia de consumo, a lo que el Estado español está obligado.

5. Denunciamos la pasividad de las administraciones públicas en el ejercicio de las funciones que legalmente tienen atribuidas de control de las prácticas abusivas y tutela de los consumidores y usuarios.

### CONTRATOS BANCARIOS Y DE FINANCIACION

6. Constatamos la existencia generalizada de prácticas abusivas en este sector de la contratación, escandalosamente amparadas por el Banco de España, al que la ley atribuye, entre otras funciones, la tutela de los clientes de las entidades bancarias.

7. El Estado español ha incumplido su obligación de desarrollar la Directiva Comunitaria en materia de créditos al consumo, y no han surtido efecto alguno las recomendaciones de la Comisión Europea en materia de medios electrónicos y mecánicos de pago.

### VIVIENDA

8. Entendemos que el tratamiento jurídico de la vivienda ha de partir siempre de la concepción de la misma como un bien de uso con un marcado contenido social, y no como un bien de cambio susceptible de especulación.

9. En el acceso a la propiedad de la vivienda observamos la existencia de constantes prácticas abusivas que sistemáticamente ignoran la legislación reguladora de los derechos de los consumidores y usuarios, con la complicidad en numerosas ocasiones de las administraciones públicas, notarios e incluso de los tribunales de justicia.

10. Urgimos la promulgación de una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos que derogue toda la legislación vigente, y, en concreto, el Real Decreto Ley 2/85 de 30 de abril, «Decreto Boyer», la cual deberá garantizar al inquilino de viviendas la permanencia en el inmueble arrendado por un período mínimo de seis años. La nueva legislación deberá contener un período transitorio de adaptación con una duración mínima de diez años para todos los contratos suscritos con anterioridad al «Decreto Boyer». Se impone la necesidad de una normativa fiscal que sancione impositivamente la permanente desocupación de viviendas, fomentando de esa manera su venta o alquiler. En tanto no se derogue el «Decreto Boyer», entendemos que los jueces deben interpretar el mismo del modo más acorde a la realidad social, moderando en lo posible la aplicación de norma tan regresiva.

## EL PROCESO

11. *Jueces para la Democracia* constata la urgente necesidad de reformar el proceso civil de modo que, también a través del proceso, se garantice la igualdad de las partes como una de las manifestaciones esenciales de la tutela judicial efectiva

que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución.

12. Ni el sistema actual de citaciones, notificaciones y emplazamientos, ni la posibilidad de sumisión a fuero distinto del domicilio del consumidor, ni el actual diseño del proceso ejecutivo, del proceso del artículo 131 de la LH, ni el ámbito y estructura del juicio de desahucio, son en la actualidad válidos en aquellos procesos en los que se involucra el consumidor y usuario. Tampoco es en modo alguno válido el sistema de ejecución de sentencias, ni el sistema de realización forzosa de los bienes del deudor en el proceso.

13. *Jueces para la Democracia* propugna un proceso civil único, dotado si es preciso de fases cautelares cuando el derecho que se actúa o el título que se esgrime lo justifique, pero siempre con audiencia bilateral y cumplimiento del principio de contradicción. Un proceso en el que sea la verdad material el objetivo a perseguir, y no la verdad formal y el establecimiento de artificios inútiles, y en el que prime la oralidad, la concentración y el acercamiento de su estructura al ciudadano.

## Conclusiones de la segunda ponencia: Defensa de los intereses difusos

1. La tuela de los bienes constitucionales proclamados en el título I de la Constitución, más específicamente en su capítulo III, torna disfuncional el concepto clásico de derechos subjetivos, siendo necesario un desarrollo de intereses legítimos que permita resolver en sede jurisdiccional los conflictos referidos a la eficacia de los denominados principios rectores de la política social y económica.

Somos conscientes de que la efectividad de la tutela de dichos bienes jurídicos requiere una decidida intervención legislativa para evitar su frustración. Sólo así la operatividad de la mediación judicial puede ser un instrumento que acelere los ritmos para hacer reales y efectivos aquellos bienes constitucionales.

El actual desarrollo legislativo del capítulo II del título I de la Constitución resulta insuficiente para permitir la vigorización de la tutela judicial, en cuanto se supedita a referencias subjetivas concretas o a previas intervenciones administrativas.

2. *Jueces para la Democracia* propone que el Ministerio Fiscal reciba la encomienda legal para la interposición de acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa de los bienes constitucionales antes señalados.

3. *Jueces para la Democracia* sugiere que se potencien las facultades impugnatorias de los actos administrativos por el Defensor del Pueblo y por las figuras afines de las Comunidades Autónomas, en el marco de sus funciones de supervisión de la actuación de las administraciones públicas en defensa de los derechos e intereses legítimos comprendidos en el título I de la Constitución; especialmente, insta a que se confiera legitimación a esta institución para promover la actuación de los tribunales de justicia frente a la inactividad de la Administración en resolver las peticiones y denuncias que afectan a tales intereses.

4. Nos pronunciamos por la admisión de la acción pública para exigir la tutela judicial en la aplicación de la legalidad en defensa de los bienes constitucionales reconocidos en el capítulo III del título I de la Constitución, al tratarse de intereses legítimos que, por su naturaleza, son de difícil individualización y necesitados de una más amplia protección.

5. Los poderes públicos deberán fomentar las iniciativas sociales dirigidas a la promoción y defensa, también en el ámbito judicial, de los bienes constitucionales indicados. En este sentido se propone que los gastos de esta defensa judicial, incluyendo el pago de los dictámenes judiciales necesarios para ella sean sufragados por la Administración, con independencia del resultado del litigio, sin otro condicionante que la cautela de un juicio previo de razonabilidad para la admisión de la demanda.

Igualmente, propugnamos la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo para favorecer la participación de los ciudadanos y de los grupos en que se integran en la elaboración de los actos administrativos y disposiciones reglamentarias.

6. Para la tutela judicial de estos bienes constitucionalmente se propone la configuración de un proceso homogéneo, sustanciable tanto ante la jurisdicción civil como ante la contencioso-administrativa, siguiendo el modelo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución.

En este proceso, que se seguirá ante uno u otro orden jurisdiccional en razón de la cualidad pública o privada del demandado se resolverán los conflictos en los que se pretenda la reacción o la prestación frente a acciones u omisiones que afectan a la protección constitucional del medio ambiente, equilibrio ecológico, valores histórico-artísticos y culturales, urbanísticos, arqueológicos y paisajísticos, así como frente a las que conculquen las disposiciones en materia de defensa de consumidores y usuarios y las que regulan la publicidad.

La anterior protección será independiente de la instable para la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos individualizables en una persona o grupo concreto.

7. El reconocimiento de la acción basada en la legitimación por el mero interés constitucional debe acompañarse del establecimiento de un momento en la fase inicial del proceso para la resolución jurisdiccional sobre la admisión a trámite de la demanda en función de su razonabilidad, así como para la adopción de las medidas cautelares necesarias.

8. La configuración subjetiva del proceso debe articularse a través de mecanismos que tengan en cuenta el alcance de la cosa juzgada derivado de la resolución que ponga fin al proceso.

9. La tutela judicial prestada en el marco procesal que se propone podrá resolverse en los siguientes pronunciamientos:

- a) La condena al cese de la actividad lesiva para el bien constitucional y la imposición de medidas tanto de restablecimiento de la situación previa a la lesión como obstativas de su reiteración.
- b) En su caso la indemnización del perjuicio social derivado de aquella actividad que eventualmente pueda destinarse a nutrir un Fondo de Garantía para la cobertura de este tipo de riesgos.

10. Por otro lado, la finalidad constitucional de plena judicialización del control de legalidad de la actuación administrativa exige una revisión en profundidad del modelo impugnatorio sobre el que se construye el proceso contencioso-administrativo y del sistema de prestaciones deducibles en el mismo a fin de permitir que el objeto del pronunciamiento sobre

la validez pueda proyectarse no solo sobre los actos administrativos y sobre las disposiciones reglamentarias, sino también sobre la totalidad de la actuación administrativa afectada cuando esta sea de carácter continuada y complejo.

11. Consideramos inaplazable que se complete la planta de la jurisdicción contencioso-administrati-

va con la creación de los juzgados de este orden, sin perjuicio de que se puedan replantear las competencias inicialmente previstas para dichos órganos, en la línea de atender más para definir las a la naturaleza y entidad del litigio que a la categoría del órgano administrativo respecto del cual se plantea.

## Conclusiones en materia laboral

1. La nueva ley de procedimiento laboral constituye un avance positivo para adaptar este tipo de procesos a los mandatos constitucionales y orgánicos. Algunos de los principios adoptados en dicha ley deberían extenderse a la necesaria reforma de los procesos civiles y contencioso-administrativo. Se hace al mismo tiempo imprescindible racionalizar la organización de la oficina judicial como condición de eficacia de cualquier reforma procesal.

2. Deberá procurarse la adecuación al principio de igualdad en el proceso como hace la LPL teniendo en cuenta la desigualdad originaria entre los litigantes, que no es circunstancia privativa del orden social. Deben eliminarse en el proceso laboral y en todo tipo de procesos los privilegios de la Administración, como gratuidad y exención de depósitos para recurrir y de pago de honorarios de letrado en caso de vencimiento. Los privilegios procesales de la Administración pública no se asientan en causa legitimadora suficiente frente al quebranto que producen de los principios de igualdad y de acceso a la tutela judicial.

3. Debieran aplicarse y hacerse extensivas a todo tipo de procesos medidas destinadas a evitar la impunidad del silencio administrativo como ya lo ha hecho la LPL. Además debieran exigirse, por imperio normativo y con efectividad real, las responsabilidades de quienes se irrogan desde sus puestos públicos un pretendido derecho de no resolver las reclamaciones de los ciudadanos.

4. La Administración pública genera una irrazonablemente elevada litigiosidad laboral, no sólo en el ámbito de la Seguridad Social, sino también en el contractual cuando actúa como empleador.

Es indispensable:

- a) Que la Administración pública se someta a la normativa laboral, tanto sustantiva como procesal, sin privilegio ni salvedad algunos, cuando actúa en las relaciones de dicha naturaleza.
- b) Que se regulen y actúen efectivamente posibilidades transaccionales de la Administración en el proceso laboral cuando actúa como empleador, así como la libertad de su representante letrado para interponer, o no, los recursos.
- c) Que la reclamación administrativa previa al proceso sirva realmente para evitarlo cuando la pretensión merezca ser atendida, máxime cuando ya ha existido pronunciamiento judicial en la materia.
- d) Que no predominen en las resoluciones administrativas de la Seguridad Social criterios presupuestarios de mera oportunidad o conveniencia, frente a las necesidades sociales justificadas. Asimismo debe la Administración asumir las demandas sociales de prestaciones como las de prótesis dentarias, corrección óptica y otras de-

nominadas especiales sin razón para ello, que son motivo de una innecesaria litigiosidad.

- e) Que se modifique el actual sistema de revisión judicial de los grados de invalidez, que hace asumir a los tribunales funciones que se aproximan a las propias de la técnica médica.

5. Debe llevarse a la práctica de forma inmediata el sistema de venta de bienes embargados mediante entidades autorizadas que prevé la nueva LPL, como alternativa al sistema de subasta judicial que se ha demostrado completamente ineficaz. El sistema alternativo mencionado debería también hacerse extensivo a otros procedimientos.

6. La creación de las Salas de los TSJ ha producido dos consecuencias: la pronta decisión de los recursos y la dispersión doctrinal.

En cuanto a la primera consecuencia, debe procurarse su mantenimiento, evitándose la dura experiencia de los retrasos que acumuló el extinguido TCT.

En cuanto a la unificación de la doctrina, debe constituir ocupación no sólo de la Sala 4.ª del TS, a través del recurso correspondiente, sino también de las Salas de los TSJ, de forma que se logre la necesaria seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. No cabe olvidar, sin embargo, que las divergencias surgen, en último término, de la voluntad política de un Estado de autonomías, con trascendencia judicial explícita en el artículo 152.1 de la CE, potenciando la libertad de criterio que es inherente a la creación judicial del Derecho.

7. La contratación laboral en los últimos años se viene realizando masivamente en forma de contrataciones temporales, muchas de ellas subvencionadas para el empleador, al amparo de las innumerables modalidades introducidas en la última década en nuestra legislación, que perpetúa en el curso de la relación laboral de los afectados el fenómeno de adhesión del trabajador a cuantas condiciones contractuales le presenta su empresario y lleva, en el mismo, el germen del abundante fraude que hoy día se da en materia de contratación laboral, para cuya corrección se requiere una forma legislativa en esta materia en la que prime como eje básico que la contratación temporal sea algo minoritario.

8. La proliferación generalizada del fraude en la contratación temporal, especialmente en las pequeñas empresas privadas de representación de los trabajadores, exige valorar si los actuales instrumentos de prevención y control de dicho fenómeno, son verdaderamente efectivos.

Debe destacarse al respecto que la ley de control sindical sobre la contratación con independencia de la campaña de desprestigio por determinados sectores sociales, es un instrumento ambiguo ilimitado, que, pese a algunos aspectos positivos, no posibilita un control efectivo sobre el fraude.

Así, las empresas pequeñas, sin representación unitaria o sindical de los trabajadores que constituyen el principal foco de fraude en la contratación, no están obligadas a entregar copia de los contratos, con excepción de la que se entrega en la oficina de empleo que, como es sabido, se limita a registrarla, sin realizar control de legalidad sobre los contratos presentados.

Por otra parte, la ley ha apostado por una redacción ambigua, generadora de inseguridad jurídica, al referirse a la obligación empresarial de entregar una «copia básica» del contrato, sin definir el concepto, que, de este modo, se convierte en indeterminado.

Dicha ambigüedad ha motivado que se ponga en funcionamiento circulares desde organizaciones empresariales, sosteniendo que en la copia básica no deben incluirse datos claves, como el salario.

Se ha definido, asimismo, un control sindical, que afecta exclusivamente al contrato inicial, pero no a sus renovaciones o prórrogas, por cuanto las empresas no están obligadas a notificar otra cosa que la propia novación o prórrogas, excluyéndose las condiciones acordadas en estas.

Así, sería posible realizar un contrato limitado en el tiempo, que sería controlado «ab initio», produciéndose una novación posterior en la que se definiría la auténtica voluntad de las partes, que, al tratarse de una prórroga o novación, no sería obligatorio su control, bastando con la simple notificación.

Parece, por tanto, necesario reclamar correcciones en el control sindical de la contratación para que se convierta en un instrumento eficaz contra el fraude y por ello proponemos:

- a) Que sea obligatorio notificar las contrataciones de todas las empresas, lo que implica la comunicación a la representación unitaria y sindical, donde exista. En las empresas donde no haya tal representación, deberán notificarse a las centrales sindicales representativas.
- b) La comunicación deberá alcanzar a todos los aspectos laborales del contrato de trabajo, excluyéndose solamente los datos personales de trabajador que puedan afectar a su intimidad personal (DNI, estado civil, etc.).
- c) Obligatoriedad de notificar los contratos, sus novaciones y prórrogas, garantizándose de este modo, un control efectivo de la contratación.

9. El principio constitucional de igualdad debe tener también su aplicación en la relación privada de trabajo y debe entrañar idéntica retribución para compensar igual trabajo, sin que pueda ser admisible, no sólo cualquier trato discriminatorio por alguna de las causas previstas en la Constitución y en las leyes laborales (sexo, edad, etc.), sino también el trato desigual retributivo sin causa alguna.

Como modo de combatir los tratamientos desiguales que supongan conductas discriminatorias encubiertas, proponemos la inversión de la carga de la prueba, de tal modo que, acreditado por el trabajador un trato retributivo desigual pese a la realización de prestaciones de servicio de idéntico contenido, habría de ser el empresario quien demostrara la existencia de alguna causa justificativa y razonable de aquella conducta.

Esta medida procesal y el principio de «a igual tra-

bajo, igual remuneración» que conlleva, tiene su amparo normativo constitucional en el artículo 10.2 de la ley fundamental, pues siendo la igualdad uno de los derechos fundamentales que en ella se reconocen, ha de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 23.2 se recoge expresamente la mencionada igualdad retributiva.

10. En materia de seguridad e higiene en el trabajo, se hace preciso actualizar, refundir y sistematizar su normativa, con especial referencia a la nueva tipología de empleo, nuevas tecnologías y adecuarla a la normativa comunitaria. Además, ha de agilizarse el control por la autoridad laboral en esta materia, con especial incidencia en su prevención.

11. Como sostiene el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1990 de 2 de julio, es posible llegar a «arreglos» entre las partes afectadas a la hora de fijar los servicios esenciales en material de huelga, pero, caso de no producirse la deseable auto-composición, se hace obligatorio tomar decisiones por la autoridad competente, que a su vez deben ser revisadas de inmediato para evitar el doble riesgo, de que las dudas sobre la legitimidad de la decisión gubernativa, vacien de contenido, el ejercicio legítimo del derecho de huelga.

Se hace obligatorio, por tanto, garantizar el control judicial, previo a la huelga, lo que sería posible, a tenor con la experiencia judicial sobre el derecho de reunión, aportándose los recursos técnicos necesarios, como el apoyo de peritos o expertos, que posibiliten al Tribunal resolver no sólo sobre la legalidad o ilegalidad de los servicios impuestos, si no sobre los servicios mínimos que se deben aplicar efectivamente. Este control judicial debe ser atribuido a la jurisdicción social, a través de un proceso sumario y preferente, con participación del Ministerio Fiscal para la defensa de los intereses generales.

Ello es así porque la actual experiencia judicial se pronunciaba sobre servicios mínimos de huelgas ya producidas, sancionando su legalidad o, en su caso ilegalidad, sin entrar a conocer, en el segundo supuesto, sobre los servicios mínimos adecuados, pero de ser exigible el control judicial previo a la huelga, no bastaría la nulidad de los servicios mínimos impugnados, debiendo sustituirlos mediante la imposición judicial de otros servicios alternativos.

Caso contrario, de no mediar dicho pronunciamiento, se produciría un resultado constitucionalmente inaceptable, por cuanto la anulación judicial de los servicios mínimos, fijados gubernativamente, no podría significar, en modo alguno, que se realizara la huelga, en un servicio esencial para la comunidad, sin limitación alguna, por cuanto el respeto de los servicios esenciales es una limitación intrínseca que se causa directamente en la propia Constitución.

Debe concluirse, por tanto, que en defecto de las deseables fórmulas de autocomposición, que obliga a los afectados a contemplar el conflicto con criterio negociador, atendiendo la totalidad de intereses en juego, se hace necesario garantizar el control judicial previo, en los términos expuestos, en la búsqueda de equilibrios precisos, que normalicen el derecho de huelga, entendiéndose por «normalización» el

estricto respeto a la Constitución, que faculta el ejercicio del derecho de huelga sin otra limitación que el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

12. El derecho al trabajo que nuestra Constitución consagra, ha visto reforzada su efectividad con la reforma reproducida por la nueva LPL en orden al cumplimiento en sus propios términos de la obligación de readmitir impuesta en sentencia.

Sin embargo, ese hecho no se ve plenamente satisfecho, aun en determinados supuestos, para cuya superación se propone:

- a) Una modificación del Estatuto de los Trabajadores para que la opción entre readmisión e indemnización, en caso de despido improcedente, recaiga siempre en el trabajador.
- b) Una aplicación de la normativa legal vigente, no restrictiva a la hora de calificar un despido como nulo y de hacer cumplir en sus propios términos la obligación de readmitir impuesta o acordada en conciliación.
- c) Una interpretación de nuestro ordenamiento actual que no excluye del régimen legal ordinario del despido al trabajador extranjero sin permiso de trabajo cuya prestación de servicios finaliza por exclusiva voluntad empresarial sin causa legalmente justificada, ni al trabajador al servicio de las administraciones públicas cuyo contrato se extinga a iniciativa de ésta sin concurrir motivo legal.

# DECLARACIONES

---

## Sobre el Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

El Gobierno ha aprobado ya como *Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana* la nueva redacción dada al *Anteproyecto* que hace algunos meses mereció un rechazo generalizado en los más diversos medios jurídicos y de opinión del país.

Si se comparan los dos textos se advertirá la existencia de ciertas diferencias entre uno y otro, sobre las que en ambientes oficiales se hace particular hincapié. Sin embargo, su lectura cuidadosa permite ver enseguida que la revisión ha sido sobre todo cuestión de cosmética; ha estado orientada a hacer pasar con más facilidad la desmesurada ampliación de la capacidad de intervención policial autónoma que por esa vía se trata de asegurar. En pocas palabras puede decirse que se han eliminado algunas de las formulaciones más estridentes y se ha estilizado la redacción de otras, pero siempre en la fidelidad más absoluta al propósito inicial.

Así, permanece la misma filosofía de fondo que, de nuevo, se resuelve en la pretensión de atribuir al concepto «seguridad ciudadana» un rango que en ningún caso le confiere el artículo 104.1 de la Constitución, al hablar de ella como misión de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En un estado democrático de derecho y desde luego en el que prefigura la Constitución española, la «seguridad ciudadana» no es un principio o valor superior de carácter sustantivo, sino el resultado material o de hecho de la vigencia efectiva de determinados derechos fundamentales, entre ellos singularmente la libertad personal (17.1 CE); y también de la existencia real de un régimen de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Es indiscutible que la misma Constitución asigna un papel sin duda relevante a las FF y CC de Seguridad, pero siempre de carácter instrumental y dentro de aquéllas coordinadas. Ahora bien, cuando como aquí acontece ese papel resulta sobredimensionado y la «seguridad ciudadana» se convierte abusivamente en un fin en sí, la policía deja de ser función de garantía de los derechos y libertades, para transformarse ella misma en un nuevo y cualificado factor de inseguridad.

Este y no otro es el resultado previsible de la conversión en ley del proyecto de que se trata. Porque, merced al carácter genérico y extraordinariamente abierto de las previsiones habilitantes de la interven-

ción policial que contiene, lejos de contribuir a la necesaria reconducción de esta última a un marco de rigurosa observancia constitucional, potenciaría aún más la enorme discrecionalidad ya existente, la inmunidad al control judicial y con ello los abusos.

De este modo, sucede que mientras la Exposición de motivos del Proyecto es pródiga en fervorosas invocaciones al texto fundamental, el articulado elimina sin más aquellos referentes legales que hoy permiten calificar de irregulares y antijurídicas prácticas policiales sumamente difundidas que habría que erradicar.

Esto se hace patente de forma particular en previsiones como la del artículo 18, cuando se autoriza a los agentes a «realizar, en todo caso» —es decir, sin ni siquiera el límite derivado de la sospecha con algún grado de fundamento— «las comprobaciones necesarias para impedir» que se porten armas.

Y también en el artículo 20, que establece otra cláusula abierta de inquisición facultativa sobre las personas: la llamada identificación —naturalmente comprensiva del cacheo— con la posibilidad opcional de ulterior detención realmente inmotivada y sin posibilidad de asistencia letrada.

En uno y otro caso, como si pudiera legalmente concebirse la existencia de *razones policiales* autónomas ajenas a la evitación de hechos delictivos racionalmente previsibles o a la persecución de los ya cometidos. Y con el pretendido apoyo de la conocida providencia de una sección del Tribunal Constitucional —dictada en un trámite de admisión—, francamente contradictoria de bien clara jurisprudencia de aquél en la materia.

Con todo, la innovación de mayor relevancia negativa para los derechos fundamentales es la que introduce el artículo 21. Este considera «causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento... de que se está cometiendo» algún delito en materia de drogas. Delito *no flagrante*, es lo que en realidad dice, ya que resulta bien claro que en tales casos la noticia, que justificará el allanamiento, no es equivalente a la percepción sensorial directa. Por ello, de prescindir del trato mortificante que el redactor del precepto ha dado en él al castellano, se diría lisa y llanamente: «cuando el delito no sea flagrante, se actuará como si lo fuera»; que es al fin de lo que se trata.

No terminan aquí los motivos de preocupación que justamente suscita el proyecto. Está también el carácter ejecutivo de todas las sanciones (art. 38), que como regla no se verá alterado por eventuales recursos. Sanciones que, además, podrán imponerse en una amplísima gama de supuestos (arts. 23 y ss.) de notable indeterminación, siempre que se decida atribuir a las correspondientes conductas —en muchos casos simples acciones comunes de protesta civil— trascendencia o relevancia para la seguridad ciudadana.

Se da también el paso en el que, en la práctica, se andaba desde hace mucho tiempo: la penalización administrativa del consumo público de drogas (art. 25), ascendiendo así un escalón más en la línea de ciega irracionalidad represiva que caracteriza el modo de afrontar tan grave fenómeno.

No se debe, trivializar la significación regresiva del proyecto, pensando en la interpretación constitucional que del mismo pudieran hacer los jueces. No hay que olvidar que el primer objetivo del mismo es acorazar un espacio estrictamente policial al margen del control judicial. Por eso, incluso aún cuando hipotéticamente éste llegara a producirse, lo sería siempre a posteriori y ya desde la imposibilidad material de remover los efectos ya irreversibles de actuaciones como las que el texto permite. Todo ello sin contar con que el proyecto contemplado, por las enormes

quiebras que introduce en el régimen constitucional de garantías, no dejaría de ser inaceptable aunque tuvieran que aplicarlo sólo los jueces.

No puede, por último, dejar de apuntarse que la clase de actuaciones que propiciaría este ley, además de provocar la generalización de la inseguridad jurídica, carecería de eficacia probatoria en juicio y pondría con frecuencia a sus autores en la situación de tener que responder ante los tribunales de posibles delitos.

El ministro Corcuera, durante la presentación del proyecto, quiso sin duda atenuar la alarma suscitada, apelando a la garantía que frente a eventuales abusos habrá de suponer «el duro régimen disciplinario judicial».

Pero aunque no es sólo el abuso lo que preocupa, sino ya simplemente el uso, no sería ocioso recordar la disposición de cesar al funcionario de su departamento que en determinadas condiciones se detuviera ante un límite legal, exteriorizada por el propio ministro en las Cortes no hace tanto tiempo.

En definitiva, por éstas y otras graves razones que podrían invocarse, *Jueces para la Democracia* solicita del Gobierno la retirada del *Proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana* y que abandone la vía de la legalidad excepcional para el tratamiento de cuestiones que tienen directamente que ver con los derechos fundamentales de la persona.

## Sobre la situación actual de la justicia de menores

El 14 de febrero de 1991 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, regulador del procedimiento para la reforma de los menores de edad penal.

La sentencia del Tribunal Constitucional instó al Gobierno a la urgente elaboración de una nueva ley penal y procesal del menor, en cumplimiento, también de lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, debiendo, mientras tanto, ser llenado el vacío legal producido por la interpretación de los propios jueces.

El 7 de marzo de 1991 se celebró en Madrid, convocada por el Consejo General del Poder Judicial, una reunión de trabajo de los jueces de menores del Estado español a fin de analizar la situación provocada por la anterior sentencia que había paralizado de hecho los procedimientos que se tramitaban en todos los juzgados de menores.

Las conclusiones allí adoptadas venían condicionadas a una «Instrucción» de la Fiscalía General del Estado, cuya Secretaría General Técnica se comprometió, en dicha reunión, a elaborar y remitir a las distintas fiscalías en un plazo no superior a treinta días.

Cuatro meses y medio después, dicha Instrucción no ha aparecido, persistiendo la paralización de los

procedimientos en los juzgados de menores, haciendo imposible el cumplimiento del mandato del Tribunal Constitucional de llenar el vacío legal por la vía interpretativa de los jueces.

La promulgación de una Ley Orgánica por vía de urgencia anunciada por el ministro de Justicia que (en uno o dos artículos) modifique la ley de 1948, exclusivamente en lo que se refiere al procedimiento, es absolutamente insuficiente y responde a una política de «parcheo».

Hay que tener en cuenta que la vigente legislación de Tribunales Tutelares de Menores data de 1948, mala copia de la Ley de Tribunales para Niños de 1918 (que recogía las tendencias correccionistas y positivistas de principios de siglo), y adolece de inconstitucionalidad sobrevinida en gran parte de su articulado. Ello no obstante, y en aplicación de las misma (doce años después de la Constitución), en algunos juzgados y tribunales de menores se siguen imponiendo sanciones a menores prostituidos, licenciosos, vagos, vagabundos e insumisos a la patria potestad; no se garantiza la asistencia letrada; se aplican medidas de internamiento por tiempo indefinido, etc.

Además, la confusa situación legal ha dado lugar a que desde hace muchos años no se hayan creado recursos educativos, lo que impide la ejecución

de las medidas impuestas en las resoluciones judiciales.

Por todo lo expuesto, consideramos necesario que de una vez por todas se aborde en profundidad y con la seriedad que la situación exige la problemática del menor de edad infractor de normas penales.

En consecuencia, *Jueces para la Democracia* exi-

ge que en cumplimiento de la Constitución y de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea Plenaria de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Estado español, se promulgue a la mayor urgencia una *Ley Penal y Procesal del Menor*.

## Sobre Policía Judicial

Los artículos 126 de la Constitución, el título III del Libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial —arts. 443 a 446—, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal —título III del Libro II, arts. 282 a 298—, sientan la dependencia funcional de los miembros de la Policía Judicial respecto de jueces y fiscales.

Las unidades adscritas reguladas por Real Decreto 769/87 de 19 de junio, han sido creadas para cumplir el mandato constitucional y reforzar la dependencia funcional que las normas con rango de ley ya establecían.

Con motivo de los expedientes incoados a dos funcionarios de la Unidad Adscrita de Sevilla, el Ministerio del Interior ha llevado a cabo una interpretación reglamentista, parcial y que menoscaba la dependencia funcional de la Policía Judicial respecto de los jueces, y, en definitiva, la independencia judicial.

La investigación del caso «Juan Guerra» se encomendó por el magistrado-juez de Instrucción número 6 de Sevilla a la Unidad Adscrita. Como en tantas otras investigaciones, la dependencia funcional fue una realidad. Sin embargo, las autoridades del Ministerio del Interior, no han respetado —al expedientar a los policías— ni el Real Decreto de 1987 ni las leyes antes citadas. Así, no se ha solicitado el informe preceptivo que establece el artículo 17 del real decreto en asuntos que estén directamente relacionados con la investigación (ambos expedientes tienen directa relación con una investigación criminal). Tampoco se han respetado los artículos 446 de la LOPJ, y 34 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que exigen autorización del juez o fiscal para apartar a un funcionario de policía de una investigación concreta que la haya sido encomendada por el juez, o por el fiscal.

Con los anteriores incumplimientos se apartó ya

a un funcionario de la Unidad Adscrita y se sigue practicando el expediente al jefe de la citada Unidad sin que los jueces que le tienen encomendado algún asunto hayan sido ni siquiera informados.

Los motivos para expedientar al jefe de la Unidad, señor Vidal, son ridículos y carentes de todo fundamento. Según el Ministerio del Interior el policía faltó al respeto al juez; el magistrado ha desmetido en Junta de Jueces, y ante los medios de comunicación, tal hecho. Otro de los motivos para el expediente es denunciar falta de colaboración de otras Unidades Policiales con la Unidad Adscrita; estos hechos, puestos en conocimiento del juez por el señor Vidal han motivado unas diligencias previas, por presunta denegación de auxilio, y no parece adecuado un expediente disciplinario.

La Junta de Jueces de Sevilla, en reiteradas ocasiones ha mostrado su satisfacción por el funcionamiento de la Unidad Adscrita de Policía Judicial. Los expedientes incoados a sus miembros —y los incumplimientos legales en su tramitación— parecen dirigidos a desmantelar la citada Unidad, en contra del criterio, no sólo de los jueces, sino del ya expuesto por la Comisión Nacional de Policía Judicial (reunión de 6 de junio de 1989) y que expresamente, para Madrid, Barcelona y Sevilla, aconsejaba potenciar la dotación de efectivos humanos, «con el fin de acentuar la dependencia funcional ordenada en nuestra Constitución».

Estos hechos trascienden a las personas afectadas —a las que, desde luego, se está perjudicando gravemente— e inciden en el modelo de Policía Judicial, que sólo dependiendo de los jueces como manda la Constitución, puede cumplir su misión de investigar los delitos.

El desinterés del Gobierno en este modelo de Policía Judicial queda de manifiesto, con la presentación del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana que aumenta los ámbitos autónomos de actuación policial sin ningún control judicial.

## Por una efectiva despenalización del aborto

El tratamiento legal dado al aborto a través del artículo 417 bis del Código Penal se ha manifestado a todas luces, no sólo insuficiente para dar solución a tan grave problema social, sino además como fuente de nuevas situaciones de desigualdad, que encuentran en la administración de justicia su agente más cualificado.

En efecto, la experiencia sobre la aplicación de la ley desde 1985 hasta la fecha, enseña que lo único que la misma propicia con toda certeza es una forma de persecución penal ocasional, aleatoria y arbitraria, en función de las actitudes personales que sobre el tema tengan los policías, fiscales y jueces de turno. De este modo, cuando el aborto ha dejado prácticamente de ser delito en amplias zonas de nuestro territorio, puede verse perseguido con saña inquisitorial en otras.

Mientras tanto, como es notorio, el «nasciturus» como bien jurídico no resulta más protegido, puesto que las interrupciones de embarazos no dejan de producirse en gran número. Así, la ley casi no cas-

tiga, tampoco previene y, paradójicamente, sólo garantiza la mayor clandestinidad del aborto y un tratamiento despiadado para las mujeres que al sufrimiento que el mismo conlleva tengan que sumar el que significa verse tratadas de criminales.

Es evidente que el sistema de las indicaciones, parcialmente admitido en nuestro derecho, no da respuesta eficaz a la demanda social existente y es además un nuevo motivo de discriminación y de injusticia. Al extremo de que por la configuración jurídica de los supuestos de despenalización, incluso un aborto conforme a la ley podría ser siempre investigado, con el consiguiente efecto devastador para la intimidad y la dignidad de la mujer afectada.

Por ello, *Jueces para la Democracia* que ya se ha pronunciado a favor de una amplia despenalización en otras ocasiones, lo hace ahora para pedir al Gobierno que promueva una iniciativa legislativa realista acogiendo el sistema de plazo, como el más apto para garantizar un tratamiento equilibrado de los intereses en conflicto.

## Sobre la obligación de readmisión en caso de despido impuesta en sentencia

El derecho al trabajo que consagra nuestra Constitución ha visto reforzada su efectividad con la reforma introducida por la nueva Ley de Procedimiento Laboral en orden al cumplimiento en sus propios términos de la obligación de readmitir impuesta en sentencia.

Sin embargo ese derecho no se ve plenamente satisfecho aún en determinados supuestos, por lo que se propone:

a) Una modificación del Estatuto de los Trabajadores para que la opción entre readmisión e indemnización, en caso de despido improcedente, recaiga siempre en el trabajador.

b) Una aplicación de la normativa legal vigente no restrictiva a la hora de calificar un despido como nulo y de hacer cumplir en sus propios términos la obligación de readmitir impuesta en sentencia o acordada en conciliación.

c) Una interpretación de nuestro ordenamiento actual que no excluya del régimen legal ordinario del despido al trabajador extranjero sin permiso de trabajo cuya prestación de servicios finaliza por exclusiva voluntad empresarial sin causa legalmente justificada, ni al trabajador al servicio de las administraciones públicas cuyo contrato se extinga a iniciativa de ésta sin concurrir motivo legal.

## Sobre el caso Amedo

En el desarrollo del juicio oral del caso Amedo, en que se juzgan hechos de extraordinaria gravedad, diversos testigos se vienen negando a contestar preguntas declaradas pertinentes por el Tribunal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal obligan a los testigos a responder a las preguntas que se les hagan, y sancionan como delito el in-

cumplimiento de esa obligación. No es causa justificativa del silencio de los testigos la invocación de órdenes superiores o de razones de Estado.

Conductas como las indicadas pueden privar al Tribunal del conocimiento de datos imprescindibles para dictar una sentencia justa.

## Contra la permanencia de símbolos religiosos e ideológicos en las sedes de organismos públicos

Desde el mes de diciembre de 1978 nos regimos por una norma que tiene en la libertad y el pluralismo algunos de sus valores fundamentales y que recoge entre otros derechos esenciales la libertad ideológica y la consecuente interdicción de discriminación deriva del uso de tal libertad y de las creencias religiosas dando marco en definitiva a un Estado aconfesional.

Casi trece años después en bastantes órganos del Estado y en concreto los jurisdiccionales se constatan y reiteran actitudes y conductas no acordes con tales valores como la ostentación de signos identificadores de opciones religiosas o ideológicas —en particular crucifijos— que los ciudadanos perciben,

unos con guiño cómplice y otros como señal de que nada ha cambiado, llegándose en casos al extremo de conductas intolerables como la acaecida recientemente en Oviedo con motivo de una boda civil.

Por otro lado, *Jueces para la Democracia* insta al Consejo General del Poder Judicial y al Ministerio de Justicia para que en el ejercicio de sus funciones como poderes de un Estado aconfesional adopte las medidas oportunas tendentes a que todo signo identificador de opciones ideológicas o religiosas concretas desaparezca de las instalaciones de los órganos jurisdiccionales —oficinas, despachos, salas de audiencia, etc.— haciendo así efectivos los valores constitucionales.

## Contra la guerra y en favor del uso del derecho para la solución de los conflictos internacionales

*Jueces para la Democracia* en su II Congreso, celebrado en Madrid el 23 de enero de 1986, aprobó una declaración en favor de la paz en la que, entre otras cosas, se dice que «si hubo una época en que pudo ser un esfuerzo estimable y progresivo de los juristas reconocer justificación a sólo ciertos supuestos de conflictos armados, discutiendo su legitimidad a los restantes, difícilmente podría darse hoy razón, desde una conciencia democrática de otra actitud que no fuera la de un incondicional y franco alineamiento en favor de la paz. Porque ya no puede haber «guerras justas».

Ahora, cinco años después se tiene además la evidencia de que la guerra no sólo es injusta, sino posible. Las evidencias de que ya no hay guerras «convencionales», ni guerras lejanas. Ahora cualquier guerra, por su ilimitada capacidad destructiva de poblaciones y en general por su desproporción, es una guerra *total* —pues, ¿dónde radica la diferencia entre un objetivo *militar* y un objetivo *civil*?— y, en consecuencia, incompatible por tratado con los Convenios de Ginebra de 1949.

Pero es que además, por lo que hace a la guerra del Golfo, lejos de ser la guerra de la ONU, ha sido quizás la que ha puesto definitivamente en crisis la naturaleza misma de la organización.

El nombre de la ONU se ha empleado para tratar de legitimar una aventura bélica particular que no puede tener encaje en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y que ha supuesto añadir a un acto injusto otro de mayores proporciones, que ha tenido continuidad en el genocidio del pueblo kur-

do, la persecución de palestinos, el endurecimiento de la situación de la población civil iraquí, el mantenimiento del régimen no democrático en Kuwait...

Nadie ignora hasta que punto es tupida y consistente la trama de intereses en que se asienta el actual *orden* internacional y que las palabras, ni siquiera las escritas en la Carta y en otros textos básicos, basta para producir la paz. Pero la experiencia histórica enseña, y lo saben muy bien las gentes del derecho, que todos los mecanismos jurídicos de garantía vigentes tanto en el orden interno como en el internacional, han sido en algún momento, a veces incluso reciente, idealidad utópica.

Resulta inaplazable conseguir de los Estados el máximo respeto a las normas y a las instituciones existentes; la efectiva consideración de la guerra como un crimen de derecho internacional; la democratización de la ONU y el fortalecimiento de las instancias internacionales como instrumento de pacificación y resolución de conflictos, al servicio de los intereses generales de los pueblos. Pues no puede olvidarse que fueron precisamente éstos quienes actuaron como sujetos contratantes en el otorgamiento de la Carta de San Francisco y en la creación de las Naciones Unidas.

Por eso *Jueces para la Democracia* considera imprescindible que se produzca un compromiso generalizado de todos los que tienen al derecho como instrumento de trabajo, dirigido a crear y difundir una auténtica y vigorosa cultura de la paz, esfuerzo en el que los juristas y los jueces demócratas tenemos un relevante papel.

viar la carga de trabajo del ministerio público, que dedicará los esfuerzos ahorrados a perseguir otros casos con más eficiencia.

La institución supone el control de la víctima autorizada por la organización del ministerio público, esto es, por alguna oficina o algún funcionario de esa organización, para evitar iniquidades o arbitrariedades en el ejercicio del poder de perseguir penalmente y para sujetar al acusador privado, en lo posible y recomendable, a la legalidad y objetividad que preside, en principio, la persecución penal oficial. La víctima quedará así ligada accidentalmente a la organización del ministerio público (así como el jurado queda ligado a la organización judicial, para el caso concreto: juez accidental), y, por tanto, vinculada a las instrucciones jerárquicas, generales o particulares, que gobiernan su función. La colisión entre los intereses de la víctima y los del ministerio público se soluciona fácilmente; en tanto la víctima no desee cumplir una instrucción o el ministerio público estime que ella cumple deficientemente la tarea de perseguir o una instrucción determinada, por decisión de uno u otro, cada uno de ellos retorna a su papel ordinario: el ministerio público retoma la persecución penal oficial y la víctima vuelve a su papel de querellante; por ejemplo, si la víctima quiere recurrir una sentencia que el ministerio público considera justa, o viceversa.

Esta sería una manera, y una de las más indicadas, de participación ciudadana en el ejercicio del poder, una manera de acercar al ciudadano al ejercicio real del poder político, de tornarlo responsable por su ejercicio, de mayor necesidad en nuestro ámbito, puesto que se trata, como en el caso de los jurados, de la administración de justicia.

#### e) El ofendido como actor civil; la solución de la cuestión civil en el procedimiento penal

El ofendido —y algunos sustitutos que lo representan o que están legitimados para obrar independientemente en esa posición— puede aprovechar el procedimiento penal —de persecución oficial o privada— para plantear en él, por iniciativa propia, su pretensión reparatoria. Acerca de la regulación jurídica de este *procedimiento de adhesión*, como se lo designa en Alemania (OPP República Federal de Alemania, 403 a 406 c), no es necesario explayarse, porque éste no es el lugar adecuado y porque, en lo que a política jurídica se refiere, no hay duda

de que existen sistemas internos adecuados de regulación del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal<sup>81</sup>. Por lo demás, la literatura jurídica sobre el tema es —a raíz de la posición legislativa lograda— buena, aunque escasa y, parcialmente, ya cargada de años<sup>82</sup>, y contamos con traducciones suficientes de sistemas con prestigio universal<sup>83</sup>. El sistema comprende a la demanda tanto del daño material como moral. Los únicos consejos son: primero, uno negativo, no dar paso atrás alguno y, al menos, conservar el sistema, quizás con pequeñas correcciones que aquí no vienen al caso discutir; y, después, corregir la organización judicial, de manera que la delegación de la acción civil sea un método eficiente de *asistencia y acceso a la justicia* para las víctimas de escasos recursos.

El sistema comprende también a otros interesados en la reparación del daño material y moral, como el *tercero civilmente responsable*, según la ley civil, quien puede intervenir voluntariamente en el procedimiento, aunque no haya sido ejercida en él la acción civil por la víctima o por quien esté legitimado para hacerlo. Esto demuestra el buen origen ideológico de la legislación, pues permite afirmar que todas las facultades, tanto las de la víctima como las concedidas a otras personas, son derechos de defensa de intereses reconocidos por la ley, en un procedimiento judicial, que trata el tema íntegramente.

#### f) La víctima y el procedimiento en general

I. La participación del supuesto ofendido como sujeto del procedimiento penal, en cualquiera de los papeles que hemos visto y defendido, parte del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, plenamente vigente en materia relativa a su propio interés particular. La víctima puede así, por propia decisión, omitir participar en el procedimiento; más aún, así sucede cuando la víctima omite —objetivamente— participar aun sin tomar una decisión consciente acerca de esa omisión, pues, o bien no conoce la existencia del procedimiento (oficial), o bien desconoce sus facultades, datos importantes de considerar precisamente ahora.

Para subsanar esos inconvenientes es que se aconseja que en una serie de oportunidades procesales, el supuesto ofendido sea informado acerca de la existencia del procedimiento penal, de su estado y de las facultades que puede ejercer en él. Sobre todo, estas reglas resultan particularmente necesari-

también para intentar un regreso al *statu quo ante* (me refiero a la identidad de personas «desaparecidas», en especial de niños cuyos padres fueron asesinados y, por ello, entregadas las cráteras a padres adoptivos, de buena o de mala fe, en algunos casos).

<sup>81</sup> Cf. la opinión extranjera, en Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., p. 734

<sup>82</sup> Cf. fundamentalmente, Velez Mariconde, Alfredo, *La acción resarcitoria*, edición del autor, Córdoba, 1965; Nuñez, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal* (2ª edición, reedición actualizada de *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, 1948), Ed. Córdoba, Córdoba, 1982; Orgaz, Alfredo-Soler, Sebastian, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960-1968, t. I, números 235

y ss., pp. 319 y ss., t. II, n.º 604 y ss., pp. 437 y ss., t. IV, n.º 1164 y ss., pp. 58 y ss. Recientemente: Creus, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.

Es bueno aclarar que a esta posición se llegó a través del CPP Córdoba (1939), producto académico que incorporó lo mejor de los ejemplos que brindaba el Derecho comparado. El CPP Costa Rica, 9 y ss., y 56 y ss., es también tributario de esa corriente legislativa.

<sup>83</sup> Acerca del prestigio universal del sistema denominado como el de la *actio civile*, cf. Eser, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*, cit., pp. 739, 741 y 742 (Italia, Francia, España, Grecia); y, Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VII, 2, pp. 715 y ss.

rias durante la instrucción preliminar, cuando se clausura o archiva el procedimiento —o cuando se pretende clausurarlo o archivarlo—, a fin de que el ofendido pueda decidir si interviene en él y/o recurrir las resoluciones indicadas o inclusive la propia asunción de la persecución penal, cuando ello es posible (transformación de la acción pública en privada: 3, b, IV)<sup>84</sup>.

II. Cualquiera pensaría, ante ello, que la víctima se puede liberar del procedimiento penal por propia voluntad. Sin embargo, no es así: el sistema penal moderno le *expropió* a la víctima sus derechos, pero no la dejó tranquila, fundamentalmente porque la necesita como informante<sup>85</sup>. La víctima está *obligada* a comparecer en el procedimiento para informar como testigo (CPP Buenos Aires, 145; CPP Córdoba, 242, 93, 397; CPP Salta, 244, 87 y 412; CPP Mendoza, 244, 88 y 416; CPP La Rioja, 279, 90 y 415; CPP Catamarca, 209, 213 y 344; CPP Santiago del Estero, 205, 57 y 332; CPP La Pampa, 244, 82 y 343; CPP Jujuy, 223, 234, 88 y 379; CPP Corrientes, 241, 93 y 410; CPP Entre Ríos, 240, 95 y 390; CPP Chaco, 226, 84 y 367; CPP Santa Fe, 246 y 250 [ver también CPP Costa Rica, 225, 226 y 68]; regla contraria inusual: CPP nacional, 276, inc. 10) e, inclusive, obligada a relatar la verdad y a no omitir nada sobre el objeto de su interrogatorio, en principio (CP, 275, en relación a aquellas reglas). En estos casos, la tendencia moderna —en países de nuestra área cultural— impulsa más y más un sistema de *protección a la víctima testigo* (a veces privado), que comienza por quitarle el miedo por su comparecencia en el procedimiento judicial, por orientarla de su comportamiento y brindarle la ayuda necesaria (*Kindergarten*, desplazamiento, espera agradable, indemnización por el tiempo perdido, etc.), continúa por la protección contra agresiones resultantes de su posición en el procedimiento y por evitar daños mayores (permisión de ser acompañada con una persona de confianza, durante las declaraciones, exclusión de la publicidad, etc.) y termina por su asistencia jurídica; hoy se reconoce el derecho de la víctima a concurrir al procedimiento en compañía de un abogado que la asista<sup>86</sup>. Dejamos de lado las ayudas compensatorias por parte del Estado, en casos de hechos punibles graves, con ejercicio de violencia, porque excede el propósito de este trabajo<sup>87</sup>.

III. Otras veces resulta necesario escuchar a la supuesta víctima antes de tomar ciertas decisiones.

<sup>84</sup> Cf. Pr. CPP Guatemala, 154, 270, 286 y 302, con las diferentes oportunidades y el alcance de la información, pasible de mejoras

<sup>85</sup> La verificación empírica de que más del 90 por 100 de las persecuciones penales comienza por la denuncia de la víctima, demuestra que ella es el principal vehículo de información del procedimiento penal y, en especial, de los órganos de persecución penal.

<sup>86</sup> Sobre todo esto, Rieß, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*, cit., II, 7, e, N.º marg. 167 y ss., pp. 112 y siguientes.

<sup>87</sup> Resumen del problema, sobre todo para el Derecho americano del norte, en Stark and Goldstein, *The rights of crime victims*, cit., III, pp. 102 y siguientes.

Ya el CP argentino, artículo 41, inc. 2.º, *in fine*, indicó el camino, un camino que es aconsejable para las leyes procesales penales. Por ejemplo, antes de clausurar la persecución penal oficial (sobreser o archivar), sobre todo cuando se permite la utilización de criterios de oportunidad, ante esa posibilidad, convendría escuchar a la víctima para no omitir algún grave interés comprometido; algo similar ocurre también por razones de equilibrio de influencias sobre la decisión del conflicto, con la posibilidad de que la víctima pueda ser oída antes de cerrar el debate y pasar a deliberar y votar la sentencia, como es oído el imputado, a pesar de no haber participado, como sujeto en el procedimiento penal<sup>88</sup>.

### g) La víctima y la organización judicial

No es un secreto que, al menos entre nosotros, se carece de un sistema organizado como servicio público de auxilio a la víctima<sup>89</sup>. Tan no lo es que la deficiencia se nota también en materia de Derecho privado donde el estudio de la cuestión constituye uno de los problemas políticos principales (acceso a la justicia) de la actualidad, también en el ámbito universal<sup>90</sup>. Sin posibilidad de demostración empírica alguna, creo que es en este ámbito —y no en el de creación de mayores facultades normativas— en aquél en el cual se puede progresar más rápidamente con relación a las víctimas de delitos, en las circunstancias históricas actuales. Un buen paso en este sentido incorporaría la posibilidad real de asistencia —al menos jurídica— para un elevado número de víctimas, y cualquier paso cuantitativo en este terreno significa, para las circunstancias actuales (escaso aprovechamiento de las posibilidades que brinda el sistema por las propias víctimas), una evolución cualitativa. Precisamente una de las críticas más expandida contra la incorporación de los intereses de la víctima al sistema penal, cierta empíricamente y, por ello más eficiente, utilizada sagazmente por aquellos que no consienten la incorporación, consiste en resaltar la inoperancia del sistema, su escasa utilización cuando existen facultades acordadas por las reglas jurídicas a la víctima<sup>91</sup>.

Si se ligan ciertos progresos normativos con la reparación y un mejor desarrollo procesal de las facultades de la víctima en el procedimiento penal, con un acceso adecuado de la víctima al mundo judicial, la mayoría de las veces inescrutable de antemano y motivo de temor para la víctima (curioso: idéntico temor al del imputado; reflejo: temor ciudadano ante

<sup>88</sup> Cf. Pr. CPP Guatemala, 339.

<sup>89</sup> Sólo conozco el que ha comenzado a funcionar en Córdoba, gracias a los desvelos de la doctora Hilda Marchiori; y, sin especificidad alguna —al contrario, a veces excluyendo la asistencia en materia penal—, los consultorios jurídicos de las universidades o de los mismos poderes judiciales, escasos, pequeños y con recursos humanos y materiales pobres.

<sup>90</sup> Cf. Cappelletti, Mauro y Briant, Garth, *El acceso a la justicia* (trad. por Amaral, Samuel), Ed. Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 1983; entre nosotros: Benzonze, Roberto O., *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987.

<sup>91</sup> Cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., VI, f, p. 712.

los tribunales de justicia), se podrían esperar resultados convincentes.

Entre nosotros ya han sido dados algunos primeros pasos. Uno de ellos es la llamada *delegación de la acción civil*, instrumento teórico para corregir el acceso de la víctima a la justicia penal y para lograr que se le repare el daño. Faltaría crear un sistema de asistencia real, eficiente, al cual la víctima se pueda dirigir en busca de auxilio.

Una vía recomendable resulta del camino esbozado por el proyecto de transformación de la justicia penal, Pr. LOJ (Ley Orgánica de los Tribunales Penales, el ministerio público y el servicio de defensa oficial), libro cuarto, título III. Con motivo de la necesaria organización de la defensa oficial, se pensó también en la defensa de los intereses de la víctima sin posibilidades reales de ejercer sus derechos. El Servicio Oficial de Defensa, creado a partir de la organización de los Colegios de Abogados (Federación Argentina de Colegios de Abogados), debía cumplir no sólo la tarea de lograr adecuada defensa para el imputado, sino también socorrer a la víctima<sup>92</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

A mí me parece que de la información aquí contenida y de las argumentaciones que sostienen los distintos puntos de vista y propuestas concretas, se pueden extraer las enseñanzas siguientes, a manera de síntesis de la tendencia político-criminal actual. Por supuesto —y el lector lo habrá observado—, quien escribe se halla comprometido con la idea básica que sugiere la tendencia: la nueva incorporación de la víctima del delito al sistema penal.

a) Este es el primer intento directo desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta<sup>93</sup>, por dismantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí, pero el primero que desde el nacimiento del Derecho penal que gira alrededor de la pena estatal, toca su fundamento. El intento responde más allá de los problemas que crea la realización del modelo a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos —o estaremos— suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios —al menos—, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados. El intento supone por ello, en su horizonte negativo, que el Estado abandona —en la medida del intento— primero su papel

tuitivo de la paz entre los hombres congregados y, en segundo lugar, a la herramienta del Derecho penal y de la pena como medio directo de control social de sus súbditos, para, a lo sumo, pasar a desempeñar por intermedio de sus organismos de administración de justicia un servicio (público) a ciudadanos que intervienen activamente en el ejercicio del poder, sugerido por cualquier organización social —que participan del ejercicio del control pacífico de sus conciudadanos—, y disponen de él.

b) Más allá de esta visión teórica, principista, en el futuro inmediato son escasas las posibilidades de ingresar al sistema penal soluciones conciliatorias o reparatorias, incluso terapéuticas, entre autor y víctima, y procedimientos tendentes a que esas soluciones se realicen prácticamente en una medida considerable. Se debe reconocer que, mientras perdure la forma de organización política que conocemos como Estado nación, esto es, mientras se mantenga el alejamiento del poder político central de los ciudadanos que conforman ese poder y lo legitiman, tal realidad política será una valla difícilmente superable para este tipo de soluciones. El cabildo, la organización política local, la justicia de barrio o vecinal, como se postuló<sup>94</sup>, con la proximidad del ciudadano al ejercicio del poder, conforma el caldo de cultivo más idóneo para este tipo de soluciones<sup>95</sup>. Por ello, resulta previsible que, a pesar de la generalidad argumental que sostiene a esta tendencia y de los remedios elaborados para un uso generalizado, debemos satisfacernos con pequeños logros y con una subutilización —empírica— de las posibilidades creadas legalmente. Este último no es un argumento de principio que deba evitar el esfuerzo. Por lo contrario, el esfuerzo debe perseverar para hallar algunas soluciones viables en el futuro inmediato, sin perjuicio de desarrollar su forma argumental y sus soluciones abstractas.

c) La conciliación entre autor y víctima y la reparación representan hoy soluciones posibles para desplazar a la coacción penal o para suavizarla:

- I) en el Derecho contravencional;
- II) en el ámbito de los delitos más leves y de mediana gravedad;
- III) en ciertos delitos que, a pesar de su gravedad, generan costos adicionales para la víctima, si no se procede de esa manera, costos que no están en relación con el daño social estimado, y sobre los cuales sólo la víctima puede decidir, dado el carácter predominantemente privado, íntimo, del interés protegido;

IV) en el ámbito de la determinación de la pena.

d) La solución conciliatoria y la reparatoria presuponen en el sistema penal actual el juego de la autonomía de la voluntad de la víctima y del autor, en un marco prudente de libertad de decisión, con control judicial, para evitar arbitrariedades.

Dentro de ese marco, son recomendables ciertos mecanismos de ayuda para estas soluciones, que

<sup>92</sup> Cf. Anteproyecto de Ley Orgánica para la justicia penal y el ministerio público, separata n.º 2 de «Doctrina penal», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.

<sup>93</sup> Según incluso el tiempo histórico de realización que cada proponente ha tenido en cuenta: si no se tratara del futuro inme-

diato, generacional, p. ej., nosotros estaríamos cerca de la posición de Malhofer, citado en el texto (ver 2, a).

<sup>94</sup> Cf. Hulsman-Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit., pp. 119 y siguientes.

<sup>95</sup> No sería utópico pensar en soluciones similares para el Derecho contravencional.

representan en todo caso, una renuncia total o parcial al ejercicio del poder penal por parte del Estado. La solución conciliatoria o reparatoria, su compensación por otras prestaciones y el esfuerzo del agente por componer el conflicto para la víctima, en la medida de sus posibilidades, debería ser condición del perfeccionamiento de toda remisión, total o parcial, de la pena o de la misma condena (condena condicional, suspensión a prueba de la pena, remisión del resto de la pena o libertad condicional) y hasta de la renuncia del Estado a la misma persecución penal (suspensión del procedimiento a prueba).

e) Se puede ampliar de diferentes maneras el ámbito en el cual desempeña un papel la autonomía de la voluntad privada en la persecución penal:

I) incorporando otros delitos a la persecución penal privada o la necesidad de la instancia o de la autorización estatal para su persecución oficial;

II) permitiendo la retractación de la instancia o de la autorización estatal;

III) permitiendo que la víctima asuma la persecución penal, por vía del procedimiento por delito de acción privada, cuando el Estado por algunas razones de *oportunidad*, niegue el interés público comprometido y, por ello deje de perseguir penalmente.

f) La víctima es, junto al autor, un protagonista principal del conflicto social que conforma la base de un caso penal. En tal sentido, es correcto que intervenga en la reproducción intelectual de ese conflicto, tarea del procedimiento penal y, de hecho, su intervención ha sido necesaria en la inmensa mayoría de los casos, aun cuando no se le reconozcan derechos igualitarios de participación. La supuesta víctima (ofendido) puede intervenir en el procedimiento penal cumpliendo eventualmente tres papeles posibles:

I) acusador, excluyendo toda persecución oficial, en los delitos de acción privada o conjuntamente con el ministerio público o en colaboración con él en los delitos de persecución penal oficial;

II) actor civil, pretendiendo la reparación del daño causado por el delito, según reglas del Derecho civil;

III) testigo, informante sobre el tema del procedimiento penal. El reconocimiento jurídico de estos tres papeles debe ser tarea del ordenamiento jurídico, principalmente de la ley procesal, al regular las facultades que diferentes personas ejercen durante el procedimiento.

g) Fuera de los casos reconocidos por la ley para la persecución penal privada, si se mantiene el sistema de persecución penal oficial, conviene más, tanto a la esencia del sistema, como al resguardo de los derechos defensivos del imputado, que el

ofendido no participe en el procedimiento como otro acusador autónomo (*acusador conjunto*), sino, antes bien, es preferible concederle el papel de un colaborador del ministerio público, ejerciendo tareas de control y complementación (*acusador adhesivo*).

Inclusive, el supuesto ofendido podría formar parte, accidentalmente, de la organización del ministerio público en tanto por su idoneidad para cumplir ese papel, se le confíe, judicialmente o por intermedio del propio ministerio público, la persecución oficial del caso en el cual interviene. Tal representación supone una inversión relativa de su papel, pues se someterá al control y supervisión del ministerio público.

h) Es satisfactorio, como ejemplo, la evolución normativa del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal argentino.

i) Aunque no participe en el procedimiento penal oficial, el supuesto ofendido tiene derecho:

I) a controlar la legalidad de los actos y resoluciones que impliquen clausura o archivo de la persecución penal;

II) a asistencia para su comparecencia en el procedimiento, sobre todo a la asistencia jurídica y al asesoramiento de un abogado durante su informe;

III) a que se escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura de la persecución penal.

j) El Derecho de protección a la víctima debe avanzar, sobre todo, en la creación de un servicio, parecido al de la defensa oficial o, quizás, aprovechándolo que sirva a la asistencia de las víctimas cuyos recursos económicos no son suficientes para ejercer los derechos que les competen. Lograr un resultado cuantitativo en este ámbito provocará, seguramente, cambios cualitativos del sistema.

k) Cuando se nombra a la víctima o al ofendido no sólo se menciona a la persona física o jurídica, portadora individual del bien jurídico que sufrió el daño, sino además, a ciertos grupos de personas (asociaciones intermedias) que se reúnen precisamente para ocuparse de la persecución de ciertos delitos o de la conservación de ciertos bienes jurídicos; ello es importante, sobre todo, en presencia de ataques sufridos por bienes jurídicos colectivos o universales.

l) No resulta posible tolerar en el actual estado de la política criminal, paso atrás alguno en esta materia. El punto más conservador de la escala debe estar constituido por el sistema vigente; un regreso, como plantea por ejemplo el Pr. CPP aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación, respecto de la legislación nacional vigente, debería descartarse sin más<sup>96</sup>.

<sup>96</sup> Allí se postula una nueva desaparición de la víctima del procedimiento oficial, frente a la participación que tiene acordada en la ley vigente. Quienes se oponen al movimiento en favor de la víctima y a las nuevas soluciones propuestas dejan bien en claro

su conformidad con las facultades que se les acuerdan actualmente, en general suficientes para ellos, y hasta postulan alguna nueva posibilidad: cf. Hirsch, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, cit., p. 699 y siguientes

# El discutible valor jurídico de las normas deontológicas

Tomás IGLESIAS

## 1. LA FUERZA VINCULANTE DE LAS NORMAS JURIDICAS Y DE LOS PACTOS VOLUNTARIOS DE LOS CIUDADANOS

1.A. En el conjunto de la vida en sociedad existen, sin duda, distintos tipos de reglas que suponen diferentes compromisos: reglas religiosas, morales, sociales y, también, jurídicas. Si tratamos de poner de relieve el elemento que caracteriza a estas últimas, podemos compartir la idea de que la «coacción, o coercibilidad entendida como posibilidad de coacción, aparece (...) en última instancia como dimensiones esenciales, fundamentales si se quiere, de la *normatividad jurídica*»<sup>1</sup>.

Partiendo de ello tenemos que las normas legales, por serlo, comportan su obligatoriedad, su fuerza vinculante que se expresa en el artículo 9,1 de la CE: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». La fuerza de tales reglas dimana de ser producto del contrato social o más concretamente proviene la imperatividad de las disposiciones legales de su encardinación dentro del sistema de fuentes regulado en la Constitución y en el título preliminar del Código Civil. En tal regulación encuentran acomodo las normas estatales, los tratados internacionales, los convenios colectivos, la costumbre... Respecto a todos los que, entre estas fuentes, tienen la naturaleza de norma, la Constitución garantiza su *publicidad* (art. 9,3); sin duda bien relacionada esta exigencia con los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el mismo artículo y párrafo.

1.B. Pero al igual que las normas legales vinculan a todos los ciudadanos, los pactos emanados de la autonomía de la voluntad privada, ya sea individual o colectiva, también comprometen a quienes los asumen. En tal sentido, nadie duda de la obligatoriedad que comportan las cláusulas de un contrato, las disposiciones de un convenio colectivo, los estatutos de una sociedad, asociación o fundación...

Al igual que la normativa jurídica encuentra su base en la Constitución, lo mismo ocurre con la autonomía de la voluntad que se engarza de forma directa con el artículo 1,1 del texto constitucional que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, «consagra la libertad como *valor superior* del ordenamiento jurídico español, lo que implica evidentemente el re-

conocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (...)»<sup>2</sup>.

## 2. LA SITUACION ESPECIAL DE LAS NORMAS DEONTOLOGICAS

2.A. Su existencia. En el ámbito de los colegios profesionales existen normas deontológicas (en adelante, nn.dd.) a las que, como más adelante veremos, la jurisprudencia reconoce eficacia jurídica y que, sin embargo, no son ni normas legales encuadradas en nuestro sistema de fuentes del derecho ni tampoco son producto del libre y voluntario acuerdo de los ciudadanos. Voy a limitarme en concreto a esta normativa referida a los colegios profesionales de *Médicos, Abogados, Arquitectos y Farmacéuticos*.

El Código de Deontología Médica fue aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, el 7 de abril de 1978, sustituido por otro de 1990. El Reglamento de Normas Deontológicas de Actuación Profesional de los Arquitectos fue aprobado por la Asamblea General de Juntas de Gobierno de los Colegios de Arquitectos en sesiones de 7 y 8 de mayo de 1971 (revisado el 22 de noviembre del mismo año y con reformas parciales posteriores en 1975 y 1988). Las normas deontológicas de la abogacía española que regulan por primera vez, de manera sistemática, los principios que deben inspirar el ejercicio de tal profesión, se aprobaron por la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados en España en 1988<sup>3</sup>. El Consejo General de Farmacéuticos ha aprobado el primer Código Ético de tales profesiones en 1991<sup>4</sup>.

2.B. Su naturaleza. La naturaleza de estos textos, decíamos no participa ni de la normatividad jurídica ni de la voluntariedad de los pactos entre particulares. De un lado, no han sido instrumentados mediante ninguna articulación que los incorpore al ordenamiento jurídico o les dé respaldo legal, no habiendo sido reproducidos en ninguna publicación oficial estatal. Desde otra perspectiva, no son producto de un concierto libremente establecido entre los destinatarios de tales nn.dd., dado que ni han sido directamente elaboradas por los mismos ni tampo-

<sup>1</sup> Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.ª edic., reimp. 1989, p. 26

<sup>2</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 132/89, de 18 de julio, F.J. 6.

<sup>3</sup> Publicado en *La Toga*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, de febrero de 1988, pp. 5-8, sin indicación de la fecha de celebración de dicha asamblea.

<sup>4</sup> *El País*, 25-4-91, p. 25.

co por quienes gestionen la dirección de unas asociaciones a las que se pudiera libremente pertenecer y también abandonar; este aspecto, la obligatoriedad de la colegiación de estos profesionales, lo abordaré más adelante.

No existe ninguna intervención ni refrendo estatal, sin ninguna necesidad de explicación, en los supuestos de los arquitectos, abogados y farmacéuticos cuya fuerza aprobatoria dimana de sus máximos órganos corporativos nacionales. Alguna explicación si requiere, y no dejará de ser curiosa, el caso del Código de 1978 de los médicos.

En el texto publicado por la Organización Médica Colegial, Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, se inserta una «presentación» que es bien expresiva de la «sanción» (¿?) legal del Código Deontológico. En dicha presentación se contiene el siguiente relato:

«Desde que por la renovación de la reglamentación colegial, en 1967, quedaron derogadas prácticamente las normas éticas vigentes para la profesión médica española que figuraban como anexo al Estatuto de 1945, se habían venido sucediendo diversos intentos dentro de la Corporación Médica para estructurar un auténtico Código de Deontología Médica. (...) El día 17 de noviembre de 1978, el secretario general del Consejo (...) presenta personalmente al subsecretario de la Salud duplicado ejemplar del Código de Deontología Médica, para que, sin perjuicio de la independencia de la Organización Médica Colegial, se proceda a la sanción oficial correspondiente, dado el carácter de corporación de derecho público de aquélla, reconocido por la ley y amparada por el Estado a tenor de la Ley de Colegios Profesionales. (...).

Ante la demora de la Administración en atender la aspiración de la O.M.C. se realizaron diversas gestiones y elevaron escritos al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, hasta que, el 23 de abril de 1979, se obtuvo la esperada sanción mediante una fórmula que, respetando la competencia y autonomía de la corporación, proclamaba oficialmente la recepción pública y vigencia del Código de Deontología Médica. (...).

La fórmula no dejaba de ser curiosa; se trataba de una corta carta del 23 de abril de 1979 del ministro del ramo que decía exactamente:

«El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social ha recibido el texto del Código Deontológico elaborado y aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España. El Ministerio expresa su satisfacción y declara la utilidad profesional y pública de las normas éticas y deontológicas que deben presidir el ejercicio profesional de la Medicina, acordando su publicación y difusión para general conocimiento».

Curiosa forma de recepción, que en términos jurídicos carece de validez alguna, máxime si se tiene en cuenta que la acordada publicación no tuvo lugar.

El nuevo Código de Ética y Deontología Médica, publicado por la Organización Médica Colegial en

1990, carece ya de cualquier intervención administrativa, ni siquiera fuera como la de su precedente.

Un caso especial resulta el de los abogados, que además de sus nn.dd. tienen una regulación, ésta sí jurídica, en el Real Decreto 2090/82, de 24 de julio, que aprobó el Estatuto General de la Abogacía. Seguramente estos profesionales, por sus conocimientos técnicos y por la cercanía de sus dirigentes corporativos a los centros de poder de los que emana la producción legislativa, consiguieron lo que otros no lograron. Respecto a este texto no cabe discutir su encuadre dentro del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que particularmente algunas de sus disposiciones desprendan un fuerte olor corporativo similar al de las nn.dd.; sobre ello insistiré posteriormente.

Por si no fuera suficiente también existe un Código Deontológico de los abogados de la Comunidad Europea aprobado por unanimidad por los representantes de los colegios de dicha Comunidad en Estrasburgo, el 28 de octubre de 1988<sup>5</sup>.

2.C. Su reconocimiento jurisprudencial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de valorar la trascendencia legal y la eficacia de las nn.dd., afrontando la cuestión en sede disciplinaria suscitada por los recursos de colegiados que habían sido sancionados.

Y cuando lo ha hecho, y a pesar de cuanto hemos dicho, no ha hecho sino declarar el carácter disciplinario de las nn.dd. y consiguientemente la normatividad jurídica de éstas; en tal sentido pueden citarse las SS. de 30 de septiembre de 1980; 14 de octubre de 1980; 14 de mayo de 1982 y 28 de septiembre de 1982.

Una sentencia más reciente, también del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1987 al haber sido recurrida en amparo ha dado lugar a un procedimiento del Tribunal Constitucional que en su Sentencia 219/89, de 21 de diciembre, ha venido a confirmar esa línea jurisprudencial con la argumentación que trataré de sintetizar.

En el supuesto fáctico contemplado se trataba de un arquitecto sancionado por la Comisión de Depuración de su colegio profesional, quien, tras agotar la vía administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la sala correspondiente de la Audiencia Territorial respectiva que desestimó su recurso; habiendo apelado al Tribunal Supremo, éste dictó sentencia parcialmente estimatoria reduciendo la cuantía de la sanción, pero manteniendo la validez del núcleo argumental central de la sentencia de instancia.

La sanción impuesta se apoyaba en el artículo 39 de los Estatutos de los Colegios de Arquitectos aprobado por Decreto de 13 de junio de 1931 y en varios preceptos de las nn.dd. El recurso de amparo, a su vez, planteaba la infracción del principio constitucionalizado en el artículo 25,1 de la CE, que incorpora la regla *nullum crimen, nulla poena, sine lege* por infracción de la doble garantía que comporta:

a) de orden material que exige la predeterminación normativa de las infracciones, de las sanciones,

<sup>5</sup> Publicado en *La Toga*, Boletín ya citado, de agosto-septiembre de 1990, pp 11-14.

y de la correspondiente adscripción y proporcionalidad entre unos y otros;

b) de orden formal, que hace referencia a la reserva de ley en materia punitiva entendiendo el recurrente que las normas aplicadas en el caso, los Estatutos aprobados por Decreto y unas normas deontológicas aprobadas por una Asamblea de Juntas de Gobierno de los colegios, chocan frontalmente con las exigencias constitucionales de legalidad material.

Voy a prescindir del tratamiento dado por la sentencia del Tribunal Constitucional a la problemática de orden material (a), para ceñirme a lo que aquí nos interesa: la garantía formal de reserva de ley (b).

Para el Tribunal Constitucional «no hay duda (...) de que las sanciones impugnadas no han conculcado la garantía formal de reserva de ley» (F.J. 3) y basa su tesis en una cuádruple vía argumental:

a) Existe un argumento primero y central: «Es cierto que la única cobertura legal que las normas sancionadoras aplicadas poseen viene determinada por el artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que faculta a los mismos para ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial. Esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio. Ahora bien, si tal tipo de remisión resulta manifiestamente contrario a las exigencias del artículo 25,1 de la C., cuando se trata de relaciones de sujeción general (...) no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujeción especial (...)» (F.J. 3).

En esta misma línea se concluye: «En efecto, frente a lo que el recurrente sostiene, las normas de deontología profesional aprobadas por los colegios profesionales (...) no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega en favor de los colegios (...)» (F.J. 5).

b) El segundo razonamiento es de tipo histórico y resulta sin duda poco convincente: «Es generalmente sabido (...) que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los colegios profesionales» (F.J. 5).

c) La tercera línea de fundamentación se limita a un argumento de autoridad, de la autoridad del Tribunal Supremo, que en boca del Tribunal Constitucional y en materia de su competencia no resulta demasiado coherente: «Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...)» (F.J. 5).

d) En último lugar, la sentencia contiene una referencia más en calidad de *obiter dicta* que otra cosa: «Por otra parte, también tiene declarado este Tribunal (...) que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución» (F.J. 2). El carácter con que se formula esta observancia puede estar fundado en la dificultad de equiparar nn.dd./disposiciones reglamentarias, así como que de asumirse esta línea argumental como básica se dotaría a la solución del problema de una trascendencia meramente transitoria.

Al margen de su fallo y fundamentación central, a lo largo de la lectura de la sentencia en tres ocasiones se observan posiciones críticas sobre la situación actual de la regulación de las nn.dd. de los arquitectos. En dos ocasiones en relación con la garantía, exigible ex artículo 25,1 de la Constitución, de orden material (predeterminación normativa) y que aquí no hemos abordado; así se dice que el criterio adoptado es «sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo, mediante las refundiciones o modificaciones normativas a que haya lugar...» (F.J. 5); «es cierto —se dice más adelante— que (...) resultaría más adecuado a las exigencias constitucionales la tipificación de las conductas y la determinación de las sanciones...» (F.J. 6). No existe, sin embargo, ninguna referencia explícita a nuestro tema, de la garantía de orden formal, de reserva de ley, o aún más básicamente de existencia de una normativa estatal siquiera fuera reglamentaria (sobre esto último, volveremos). Pero existe una referencia en el último párrafo de la sentencia que, por los preceptos invocados, pudiera referirse a la doble garantía material y formal: «(...) en garantía de una mayor seguridad jurídica sería conveniente que por los organismos competentes se adaptase la normativa disciplinaria de los Colegios Profesionales de Arquitectos de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los artículos 9,3 y 25,1 de la Norma fundamental» (F.J. 6).

### 3. EL CUESTIONAMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DEONTOLOGICAS

#### 3.A. Colegiación obligatoria y normas deontológicas.

García Murcia ha expuesto en un reciente trabajo sobre *Derecho de sindicación y colegios profesionales en la Jurisprudencia Constitucional*<sup>6</sup> un sugerente planteamiento sobre la relación entre colegios profesionales, asociaciones y sindicatos al hilo de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

En el conjunto de ideas defendidas por dicho autor hay dos de especial relieve:

<sup>6</sup> García Murcia, Joaquín *Derecho de sindicación y colegios profesionales en la Jurisprudencia Constitucional* *Revista Espa-*

*ñola de Derecho Constitucional*, año 11, n.º 31, enero-abril, 1991.

a) «La colegiación obligatoria (...) parece chocar (...) con la libertad negativa de asociación y sindicación que, de forma implícita en el primer caso (...) y de manera expresa en el segundo, se contempla en los artículos 22 y 28,1 C.E.»<sup>7</sup>; esta tesis se defiende aún explicitando las escasas posibilidades de prosperar a la luz de recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional<sup>8</sup>.

b) «Pero lo que sí exigen —continúa García Murcia— los artículos 22 y 28,1 de la Constitución, es que la opción por la colegiación obligatoria, acogida como sabemos por la vigente LCP, venga acompañada por la máxima restricción de las funciones y actividades de los colegios profesionales que tengan por objeto la mera defensa de intereses profesionales, de tal manera que no se invada el campo propio de los sindicatos y de las asociaciones de defensa profesional. Por ello, los fines (...) que el artículo 1 de la LCP atribuye a los colegios han de ser entendidos y reinterpretados a la luz del sistema constitucional, con objeto de que su alcance quede restringido a lo que constituye propiamente protección de intereses de relevancia pública»<sup>9</sup>.

Este doble planteamiento del autor citado me permite una tercera reflexión relacionada con el tema que voy abordando. Me refiero a la incompatibilidad entre colegiación obligatoria y nn.dd. En unos colegios profesionales de adscripción voluntaria no cabe duda de que los miembros de los mismos podrían dotarse de unas normas estatutarias y compromisos asociativos vinculantes en cuanto basados en el valor superior de la libertad y en la voluntariedad de pertenencia y de separación de tales profesionales. Donde no hay margen para la obligatoriedad de las nn.dd. es en aquellos espacios de adscripción obligatoria, y, por tanto, ajenos a la fundamentación libre y voluntaria que pudiera servirle de base en que apoyarse, a la par que extraños también a cualquier forma de producción normativa inserta en el sistema constitucional de fuentes del derecho.

3.B. Falta de fundamentación constitucional de las nn.dd. Una normativa de espaldas y ajena al cuadro de fuentes carece de la juridicidad que le da fuerza vinculante y, como razón última de ello, se encuentra el no venir refrendada ni de forma directa ni mediata por la *soberanía nacional* —artículo 1.2 CE—.

La ausencia de la autonomía de la voluntad, de la libre opción de los ciudadanos, y la presencia de la obligatoriedad de la colegiación, priva a las nn.dd. del sustento que en última instancia pudiera darle uno de los valores superiores del ordenamiento: *la libertad* —artículo 1.1. CE—<sup>10</sup>.

No cabe duda en relación a lo anterior que el contenido de las nn.dd. puede responder, y de hecho lo hace, a criterios no compartidos por la totalidad de los colegiados sin que éstos tengan la opción por ello de separarse de tales corporaciones; esa desintonía de los colegiados no se produce, por otra parte, respecto a lo regulado por ninguna instancia es-

tatal, con los componentes de coercibilidad, pero también de legitimación que ello comporta. Pero además el contenido de las nn.dd. tampoco tiene por qué reflejar, y no lo hacen, el espectro ideológico del conjunto social, ni en su pluralismo ni en sus mayorías explicitadas primordialmente por las vías electorales. En ocasiones las nn.dd. simplemente contradicen la producción legislativa o la propia Constitución, expresión de esas mayorías. En todos esos casos las nn.dd. vuelven a lesionar la libertad y otro de los valores superiores del ordenamiento: *el pluralismo* —artículo 1.1 CE.

Bastará algún ejemplo para poner de relieve lo que decimos: el artículo 114 del Código de Deontología Médica de 1978 establece: «El médico está obligado a respetar la vida humana en gestación»; el 115 del mismo: «La esterilización irreversible, sólo está permitida cuando se produce como consecuencia inevitable de una terapéutica encaminada a tratar o prevenir un estado patológico grave». El artículo 25.1 del Código actualmente vigente, de 1990, indica: «No es deontológico admitir la existencia de un periodo en que la vida humana carece de valor. En consecuencia el médico está obligado a respetarla desde su comienzo. *No obstante, no se sancionará al médico que dentro de la legalidad actúe de forma contraria a este principio.*» Las interpretaciones de los máximos mandatarios corporativos no se andan por las ramas y expresan la disociación entre legalidad, por corta que ésta sea, y la deontología por ellos elaborada: «Nuestro Código Ético recoge el aborto como una falta grave castigada con la excolegiación, porque tiene resultado de muerte. Esa excolegiación conlleva la inhabilitación profesional a nivel nacional...»<sup>11</sup>.

Entre los farmacéuticos existen igualmente referencias reveladoras; el artículo 27 de su Código se refiere a que: «El amparo que la Constitución Española reconoce al embrión humano en su derecho a la vida y a la integridad física, concede al farmacéutico el derecho a considerar como violación de ese amparo cualquier intento de conexión entre diagnóstico prenatal y aborto». Y por si hubiera alguna duda, el secretario del Consejo General de Farmacéuticos aclara el tema: «Si un farmacéutico realiza una prueba de embarazo y sospecha que ese diagnóstico va a provocar una interrupción voluntaria del embarazo, puede negarse a dar los resultados»<sup>12</sup>.

En multitud de ocasiones, por último, las nn.dd. *no tienen siquiera textura normativa*. Su entramado, su contenido, no se adecua a la naturaleza de una disposición legal. Por más que a una poesía o una exclamación se le otorgara rango de ley no tendría naturaleza jurídica ni generaría obligaciones de ninguna clase. Algo similar ocurre con algunas de la nn.dd.

Sirvan de ejemplo algunas de ellas. El artículo 33.1 del vigente Código de Deontología Médica indica: «La confraternidad entre los médicos es un deber primordial». El artículo 50 de las normas deon-

<sup>7</sup> Pag. 182 del artículo citado.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 89/89 de 11 de mayo y 131/89, de 19 de julio.

<sup>9</sup> Pág. 185 del artículo citado.

<sup>10</sup> En el sentido expresado en la Sentencia del Tribunal Constitucional ya citada 132/89, de 18 de julio, F.J. 6).

<sup>11</sup> *El País*, 11-4-91, p. 22

<sup>12</sup> *El País*, 25-4-91, p. 25.

tológicas de los arquitectos se refiere a que «todo arquitecto tiene la obligación de relacionarse con sus compañeros con lealtad y rectitud (...)». El 51 de los mismos: «Todo arquitecto deberá ser objetivo en sus críticas a las obras de sus colegas (...)». En el Código Deontológico de los Abogados, en el apartado sobre relaciones entre los colegiados se prescribe en su párrafo 1: «Entre abogados debe haber fraternidad, lealtad y respeto recíproco (...)»; en el 2: «El abogado con antelación en el ejercicio profesional debe prestar desinteresadamente orientación, guía y consejo, de modo amplio y eficaz, a los de reciente incorporación que lo soliciten (...)». Este tipo de afirmaciones a lo más que llegan es a constituir consejos morales o expresar buenas intenciones pero, como decíamos, su contenido no está dotado de la mínima textura que permita considerarlos entre las normas jurídicas.

3.C. La facultad sancionadora en las relaciones de sujeción especial.

Con anterioridad me refería a que la S.T.Co. 219/89 tenía un argumento central: que la exigencia de reserva de ley como cobertura para la facultad sancionadora, no resulta inexcusable en referencia a las relaciones de sujeción especial. Como precedentes de la aplicación de este criterio se mencionaban las S.T.Co. 2/87, de 21 de enero y 69/89, de 20 de abril y cuyos análisis pueden resultar de interés para ver las coincidencias y diferencias de tales supuestos con el contemplado en la S.T.Co. 219/89.

A) En el supuesto contemplado en la S.T.Co. 2/87 nos encontramos con un recurso de amparo formulado contra los acuerdos de un órgano administrativo de la prisión de Basauri y ciertos autos del correspondiente Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa, en el recurso entre otras muchas cuestiones, se mantiene que las sanciones impuestas estarían contra el artículo 25.1 de la Constitución, al estar tipificadas en una norma reglamentaria; esta problemática se aborda desde una triple perspectiva:

- el interno al integrarse en una institución penitenciaria adquiere un status específico que no es el de la relación común de los ciudadanos con el Estado, sino que se encuentra ligado con la administración penitenciaria por una relación de sujeción especial;
- de lo anterior se deduce que «la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material «y habría cobertura suficiente cuando la ley, en este caso la Ley General Penitenciaria(...), se remite, en la especificación y graduación de las infracciones, al Reglamento» (F.J. 2). Esta referencia va a servir para desestimar este motivo del recurso ya que la sanción impuesta lo fue en base al artículo 108 del Reglamento Penitenciario (antecedente 3, f);
- si de las dos afirmaciones anteriores nace ya la respuesta negativa al problema debatido, el Tribunal Constitucional parece querer poner coto y freno a su propia doctrina añadiendo un argumento aparentemente innecesario: «Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo

25.1 y obviamente, el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. (...) Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado (...)» (F.J. 2).

B) La S.T.Co. 69/89 contempla una sanción impuesta a un policía por el director general de Policía y el recurrente en amparo también señala la vulneración del principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución.

La solución en este caso se puede sintetizar en cuatro líneas de argumentación, tres de ellas coincidentes con el caso anterior de la S.T.Co. 2/87:

- el caso se refiere a una relación de sujeción especial tan característica y peculiar como la que se mantiene entre los funcionarios de policía y sus superiores jerárquicos;
- a la vista de ello la aplicación al recurrente de una sanción prevista en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, de 17 de julio de 1975, no infringe el artículo 25.1 de la Constitución;
- un tercer aspecto supone una variante respecto al caso de la sentencia anteriormente analizada: no es posible aplicar el requisito formal de reserva de ley a normas anteriores a la Constitución, como aquella en que se funda la sanción impuesta al recurrente;
- por último, de nuevo el Tribunal Constitucional considera conveniente repetir que «*incluso en este ámbito (el de las relaciones de sujeción especial) una sanción carente de toda base normativa legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1*» (F.J. 1).

De la doctrina resumida en los anteriores apartados a) y b) cabe hacer una doble conclusión:

- en ambos supuestos la sanción impuesta estaba contemplada en una norma reglamentaria: Reglamento Penitenciario y Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa;
- en los dos casos se repite una clara posición de principio: incluso en las relaciones de sujeción especial una sanción carente de toda base normativa sería contraria al principio de reserva de ley en materia sancionadora.

Y ello es justamente lo que ocurre con las normas deontológicas: no se trata ya de que el texto donde vienen recogidos no es una ley formal, sino que ni siquiera es un reglamento, no son normas que gocen de algún tipo de reconocimiento estatal, sino normas corporativas elaboradas por las cúpulas de los colegios profesionales, siendo éstos además de adscripción no voluntaria. No estamos ante una ley que remita a un reglamento para la ordenación disciplinaria de que se trate, sino que según la propia Sentencia 219/89, la única cobertura legal genérica es la del artículo 5, i) de la Ley de Colegios Profesionales, ya citado anteriormente, y que se remite no a un desarrollo reglamentario, sino que «esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido

sancionador material propio» (F.J. 3, Sentencia 219/89).

Pero es que, además, la propia doctrina del Tribunal Constitucional expuesta necesita ser matizada. En tal sentido la Sentencia de 15 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha precisado:

«Baste entonces señalar que por mucho que se quiera relativizar el principio de legalidad en las relaciones de sujeción especial, por el camino emprendido por el Tribunal Constitucional en SSTC 2/87, de 21 de enero, y 69/89, de 20 de abril, y consolidado en STC 219/89, ello nunca puede llevar a la negación absoluta de tal principio, ya que ello vulneraría frontalmente el artículo 25.1 de la Constitución. Por eso el propio Tribunal ha recalado más tarde en Sentencia 61/90, de 29 de marzo, que, aun en este tipo de relaciones, «siempre deberá ser exigible... el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano», de modo que tales principios puedan ser objeto de una «adaptación», pero «nunca supresión».

3.D. Normas deontológicas y prohibición de los tribunales de honor.

Los colegios profesionales o los órganos de que disponen para llevar a cabo la actuación disciplinaria es claro que no se constituyen formal y explícitamente como tribunales de honor, o, dicho de otra manera, no se autodenominan de esa forma. Pero ello no impide que puedan actuar como tales tribunales de honor. Es sabido que los contratos y las relaciones jurídicas son lo que realmente son y no como se las denomina o como se constituyen formalmente, es decir, independientemente de cual sea su apariencia externa.

Los colegios profesionales actúan como tribunales de honor cuando no aplican un ordenamiento jurídico, sino un conjunto de reglas que se sitúan en el ámbito de la ética y la moral estamentales y no del derecho, tanto por su contenido como también por no estar recogidas en ningún instrumento normativo legal.

Buena muestra de esta autonomía de la normativa deontológica e incluso de su contradicción con la legalidad la constituye el artículo 100 del Código Ético Farmacéutico, cuando se refiere a que el profesional de que se trata «debe cumplir con toda exactitud las normas legales dictadas por la Administración Pública, siempre y cuando se respeten las deontológicas de este código»<sup>12 bis</sup>.

Un organismo que aplica normas ajenas al ordenamiento jurídico deja de actuar como una corporación de derecho público que aplica la legalidad y se constituye en Tribunal de Honor que aplica criterios gremiales ajenos a la legalidad, la libertad y el pluralismo social. No son exigibles conductas que respondan a parámetros determinados de actuación éti-

ca, salvo que éstas vengan sustentadas por un referente normativo determinado. Entre las razones que posiblemente justificaron la opción del constituyente en el artículo 26 de la Constitución se encuentra el carácter secular del estado moderno, el carácter unificado-centralizado y no estamental de sus normas, así como el pluralismo que en cuanto a las ideas éticas y morales existe en la sociedad actual. La libertad ideológica e incluso la prohibición de obligar a declarar sobre las creencias —artículo 16, 1 y 2— mal puede compaginarse con órganos depuradores de actuaciones calificadas desde perspectivas morales y éticas.

Probablemente una referencia que puede ayudarnos a comprender que las nn.dd. se configuren como los códigos a que se atienen los tribunales de honor la encontremos en la propia ley de 17 de octubre de 1941 sobre organización y procedimiento de los tribunales de honor<sup>13</sup>. La base primera define la materia justiciable: «los actos deshonrosos cometidos por individuos pertenecientes a colectividades civiles que las haga desmerecedor en el concepto público e indignos de desempeñar las funciones que les están atribuidas y causen el desprestigio del cuerpo u organismo a que pertenecen»; deshonra, desmerecimiento, indignidad y desprestigio corporativo configuraban el ámbito de la Ley Reguladora de los Tribunales de Honor y son conceptos en torno a los que se nuclean hoy los códigos de nn.dd.

Los criterios expresados por la doctrina son también bastante coincidentes al respecto. Oscar Alzaga, comentando el citado artículo 26 de la Constitución, señala que en los trámites parlamentarios «(...) el criterio que prosperó al fin y a la postre fue (...) que el honor estamental, profesional o de cuerpo debe encontrar su protección en el entramado del Derecho disciplinario del Estado, considerado globalmente, en las normas jurisdiccionales de aplicación general»<sup>14</sup>. Garrido Falla se refiere a que la prohibición del artículo 26 de la Constitución guarda relación con la exigencia del artículo 36 de que la estructura y funcionamiento de los colegios profesionales sean democráticos; en este sentido, agrega dicho autor, «hay que entender que se considera prohibida una institución que (...) no ofrece más que connotaciones antidemocráticas»<sup>15</sup>. Aurelio Guaita mantiene que «la unidad jurisdiccional (...) no es fácil de casar con unos organismos estamentales, corporativos y sociales (...)». El mismo autor nos ofrece una información sobre la tramitación parlamentaria del artículo 26 de la Constitución bien reveladora de la relación de los tribunales de honor y las nn.dd.

«(...) el grupo de senadores vascos pedía la supresión del artículo que se proyectaba, porque a su juicio *los tribunales de honor en los colegios profesionales constituyen una imprescindible garantía del comportamiento ético y deontológico de sus miembros*, pero esta enmienda fue retirada»<sup>16</sup>.

<sup>12 bis</sup> *El País*, 25-4-91, p. 25

<sup>13</sup> R.A. Nuevo Diccionario Legislativo, 8 316

<sup>14</sup> *La Constitución Española —Comentarios Sistemáticos—*, 1978, p. 248.

<sup>15</sup> *Comentarios a la Constitución* AA.VV. dirigido por Fernand Garrido Falla, p. 335

<sup>16</sup> *Comentarios a las leyes políticas*, AA.VV. dirigidos por Oscar Alzaga, C.E. de 1978, tomo III, artículos 24 a 38

En la misma dirección de ideas que vengo defendiendo puede citarse la justificación de una enmienda que en la tramitación parlamentaria del texto constitucional presentó el senador Lorenzo Martín Retortillo postulando la abolición de los tribunales de honor «tanto civiles como militares o profesionales». Esta enmienda no prosperaría pues en el texto definitivo nada se dice respecto al ámbito militar; pero la justificación de la enmienda presentada por el mencionado administravista es bien expresiva y trasladable al texto definitivo: «La modalidad disciplinaria que constituyen los tribunales de honor no se explica a la altura de nuestros tiempos. El estado moderno se rige por el cumplimiento de la ley, y el principio de legalidad, que bien proclama el proyecto de Constitución, debe informar a todos los sectores. Queda así sin justificación alguna la patente arbitrariedad que implicaban los viejos tribunales de honor. Y esto, para todos los ámbitos, sin distinción. Procedimientos sobrados hay para sancionar las conductas ilegales y para garantizar el adecuado y diligente cumplimiento de los oficios»<sup>17</sup>.

#### 4. LA FUNCION SOCIAL DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS

En las últimas palabras citadas se apunta la innecesidad de las nn.dd. Buena prueba de ello la constituyen los largos periodos pasados en algunos colegios profesionales sin ellas y sin que haya pasado nada: citábamos el caso de los colegios de médicos en que desde 1967 quedaron prácticamente derogadas las normas éticas, según cita textual que hacíamos, y no se entiende sancionado oficialmente el nuevo Código Deontológico hasta abril de 1979; en el caso de los abogados, citábamos un texto donde se indicaba que por primera vez en 1988 se regulan de manera sistemática el cuerpo de principios deontológicos; el primer Código Ético de los Farmacéuticos es de 1991.

También en la cita de Martín Retortillo se apuntaba que la legalidad ofrece «procedimientos sobrados» para exigir la responsabilidad de los profesionales; las actuaciones constitutivas de delito deben ser sancionadas por la aplicación de las normas penales; cuando se produzcan responsabilidades civiles los perjudicados podrán postular el amparo de los preceptos correspondientes; cuando o bien trabajan los profesionales en la Administración Pública o bien sus actuaciones lesionan intereses públicos debidamente regulados en la legislación administrativa, ésta será la que habrá que aplicar; por último, cuando los profesionales prestan sus servicios por cuenta ajena les será de aplicación la normativa laboral con sus exigencias y medidas disciplinarias. Si se aplicase la legalidad en todas estas facetas hay motivos sobrados para que nadie sienta el vértigo del *horror vacui* ante el planteamiento de la falta de valor jurídico de las nn.dd.

Pero podemos avanzar un poco más y preguntar-

nos: ¿real y prácticamente las nn.dd. suponen que, aparte de la rigurosa aplicación del conjunto de la legalidad, se quiere para los destinatarios de tales preceptos una mayor exigencia ética, un plus añadido y que supere a las demandas que ya el conjunto de la legalidad impone?, ¿o no es más cierto que en conjunto las nn.dd. con algunos de sus conceptos y con el «clima» que introducen no sólo no contribuyen a un grado mayor de exigencias respecto al baremo fijado por la legalidad, sino más bien favorecen la inaplicación de los propios preceptos legales? En definitiva, ¿no constituye un mecanismo corporativo más que sobre la apariencia de una nueva exigencia lo que favorece es el funcionamiento de la impunidad de conductas vulneradoras del ordenamiento jurídico en sus distintas ramas? Más bien parece que hay que contestar afirmativamente estas dos últimas interrogantes.

Y ello no es un fenómeno nuevo. Ya a primeros del siglo XX, don Mariano Ripollés, rector de la Universidad de Zaragoza, al responder a la encuesta sobre oligarquía y caciquismo, suscitada por el Ateneo de Madrid, afirmaba: «(...) Y hasta los tribunales de honor sirven hoy para conmutar muchas penas afflictivas y socialmente infamantes por una mera licencia absoluta solicitada por el interesado o, cuando más, por una separación del servicio.»<sup>18</sup>.

Pero el criterio que defiendo no sólo se basa en citas de autoridad y en la observación de nuestra cotidianeidad, sino que aun se deduce de los propios textos de nn.dd. que hemos venido analizando.

El capítulo VII del vigente Código Deontológico Médico, bajo el título «Relaciones de los médicos entre sí» y bajo la indicación de la confraternidad como deber primordial (art. 33.1), contiene toda una concepción corporativa a que antes me refería y que comporta la recíproca protección frente a las responsabilidades en que pudieran incurrir tales profesionales. Entre las concreciones de dicho título se encuentra el artículo 33.1 que literalmente dice: «Los disentimientos sobre cuestiones médicas, ya sean científicas, profesionales o deontológicas, no darán lugar a polémicas públicas y deben discutirse en privado o en el seno de sesiones apropiadas». Este mandato, además de limitar sin fundamento la libertad de expresión, es bien expresivo del apoyo mutuo frente a actuaciones negligentes o generadoras de responsabilidad.

En la misma línea se sitúa el artículo 51, párrafo segundo, de las normas deontológicas de los arquitectos cuando preceptúa que: «El arquitecto deberá abstenerse de hacer manifestaciones personalmente perjudiciales para sus compañeros o para la profesión. (...)». Bien difícil será acreditar solventemente la responsabilidad de uno de estos profesionales, sin contar con el asesoramiento técnico de otro por más que ello pueda ser perjudicial para el primero.

Pero donde el agua llena y rebosa el cubo y la función social de las nn.dd. se revela en su mezquindad corporativa es en el caso de los abogados. El artículo 106, no de las nn.dd., sino del propio Esta-

<sup>17</sup> Martín Retortillo, Lorenzo. *Materiales para una Constitución*, 1984, p. 138

<sup>18</sup> Transcrito de la obra citada anteriormente de Martín Retortillo, Lorenzo, p. 132.

tuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/82, de 24 de julio, establece: «El abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional, deberá acudir previamente al decano del colegio por si el mismo considera oportuno realizar una labor de mediación». Es evidente la inconstitucionalidad de este precepto como en su día lo declaró la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Barcelona afirmando que esta obligación es contraria al derecho de ejercer la acción penal de la que gozan todos los ciudadanos, contraria al derecho a la tutela judicial y al principio de igualdad regulados en los artículos 24 y 14 de la Constitución; por tales razones dicho tribunal lo inaplicó dado su rango reglamentario. Pero si bastante impresentable es el citado artículo 106, donde su espíritu se expresa de forma más brusca y sin cortapisas es en el punto 3 del apartado, «Relaciones entre los colegiados», de las nn.dd. de la Abogacía. Según este punto, para el supuesto del ejercicio de una acción penal será obligatoria la comunicación al decano para su labor de mediación sin que se circunscriba ello al caso de que tales responsabilidades estén relacionadas con el ejercicio de la profesión, sino en todos los casos; solamente para los supuestos de reclamaciones civiles se exige que se siga el mismo procedimiento cuando la reclamación se derive de una actuación profesional. Es incomprensible que unos juristas hayan establecido en un Estado de Derecho esta exigencia de antes de ejercer la acción penal, pasar un preceptivo trámite conciliatorio, obligatorio para todos los supuestos, cuando el denunciado sea un abogado, y aun ese requisito para las reclamaciones civiles por mucho que la reclamación se derive de una actuación profesional.

La regulación del artículo 106 del Estatuto General de la Abogacía ha dado lugar, incluso, a una intervención del Defensor del Pueblo. En el informe a las Cortes Generales de 1987<sup>19</sup> se recogía una queja de un ciudadano que interpuso querrela criminal contra determinadas personas, entre las que se encontraba un letrado, lo que le había acarreado al interesado dificultades en virtud del señalado artículo 106. Iniciada por el Defensor del Pueblo la preceptiva investigación, el Colegio de Abogados de Cáceres informó en el sentido de que efectivamente tenía establecida en sus estatutos «la norma de que se pida consejo al decano, antes de presentar acción penal frente a un compañero». Como justificación de ello se argüía que ésta «es una norma interprofesional derivada del espíritu de hermandad que entre los colegiados debe existir». Finalmente se hace mención a que esta norma se encuentra reproducida en el ya indicado artículo 106 del Estatuto General de la Abogacía. El Defensor del Pueblo consideró que «la posible incidencia de esta norma en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aconsejó remitir al Consejo General de la Abogacía, así como al decano del Ilustre Colegio de Abo-

gados de Cáceres y al Ministerio de Justicia, la correspondiente recomendación».

En dicha recomendación se analiza separadamente la incidencia de la previsión estatutaria en el ejercicio de la acción penal, de un lado, y de la acción civil, de otro. En lo que respecta a la *acción penal*, el criterio de la recomendación no recoge ningún tipo de matiz y es contundente: las notas «de irrenunciabilidad y oficialidad previstas todas ellas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluyen cualquier labor de mediación previa a su ejercicio»; por ello tal mediación trasciende a los fines esenciales que la legislación atribuye a los colegios de abogados y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su primera fase de acceso a la jurisdicción.

En relación a la *acción civil* el pronunciamiento es más matizado, si bien igualmente claro. Se parte de que en materia de derechos subjetivos, que son disponibles, son permisibles figuras jurídicas de composición de conflictos como son la mediación o el arbitraje, de naturaleza estrictamente voluntaria. Ahora bien, en este caso la imposición de este deber preceptivo al letrado repercute en legítimos derechos e intereses de terceros, ajenos a la relación colegial, suponiendo una traba al particular accionante, no prevista en las leyes procesales ni sustantivas. De donde se concluye que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva..., así como el propio principio de igualdad, no parecen justificar la pervivencia de un trámite de esta naturaleza...». Se señala, por último, efectos perjudiciales que puede producir el mismo: «De una parte... una demora en el ejercicio de la acción... De otra, al ponerse en conocimiento del futuro demandado la intención de accionar por parte del cliente del letrado futuro demandante, pudiere incidir, en su caso, de un lado, en la libertad e independencia que el ejercicio de la Abogacía requiere, y de otro, restar eficacia a la acción».

En consecuencia, el Defensor del Pueblo sugirió al ministro de Justicia y al presidente del Consejo General de la Abogacía la modificación del artículo 106 del Estatuto General de la Abogacía «en el sentido de suprimir dicho precepto en relación al ejercicio de acciones penales y eliminar el carácter preceptivo de la comunicación al decano que en dicho precepto se contiene, en relación con el ejercicio de acciones civiles».

En el informe de 1988 el Defensor del Pueblo vuelve a considerar el tema al no haber sido resuelto el mismo<sup>20</sup>. Se da cuenta de que el Ministerio de Justicia, acogiendo íntegramente la recomendación, ha elaborado un proyecto de Real Decreto de modificación del artículo 106 del EGA, que se encuentra en trámite de informe por el Consejo de Estado a la fecha de elaboración de dicho informe y sin que hasta el presente haya sido promulgado. Sobre la actitud ante el tema del Consejo General de la Abogacía se contiene una referencia bien expresiva: «Continúa manifestándose en la comunicación elaborada por el Consejo General de la Abogacía, que dicho Consejo ha solicitado intervenir en trámite de audiencia ante el Consejo de Estado para exponer su disconformidad con la modificación del precepto,

<sup>19</sup> Defensor del Pueblo Informe a las Cortes Generales 1987. Cortes Generales, 1988, pp. 150 a 152.

<sup>20</sup> Defensor del Pueblo. Informe anual 1988 y debates en las Cortes Generales, Cortes Generales, 1989, pp. 79-82.

pero comprendiendo la necesidad de que sea interpretado de forma que se protejan en todos los casos y con las exigencias constitucionalmente establecidas, el acceso a la justicia». Trata el Consejo de compatibilizar lo incompatible, pero, en definitiva, que no se modifique el precepto.

## 5. CONCLUSIONES

Podemos resumir algunos aspectos de cuanto se ha expuesto.

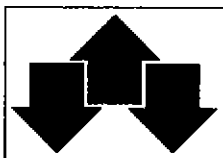
1.ª En un Estado democrático la validez jurídica y la obligatoriedad nacen o bien de la existencia de normas legales o del libre acuerdo de los ciudadanos. Las normas deontológicas no son normas legales ni responden a una voluntaria convergencia de voluntades mientras los colegios sean de inscripción obligatoria para el ejercicio profesional.

2.ª Las nn.dd. expresan criterios que no tienen

ni el refrendo de la soberanía nacional, ni responden al principio de libertad, ni son respetuosos con el valor del pluralismo (que en una sociedad libre debe alcanzar su máxima expresión en materia de ética y moral). Por el contrario, reflejan ideas de moral estamental, en ocasiones contrarias a la propia legalidad, propias de tribunales de honor.

3.ª Es más que discutible que una norma en blanco, cual es la del artículo 5.1 de la Ley de Colegios Profesionales, pueda dar cobertura legal a elaboraciones normativas sancionadoras colegiales, sin que ello vulnere los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad.

4.ª La función social de las nn.dd. no responde al saludable interés de añadir un plus de exigencias morales a las que ya imponen las distintas ramas del ordenamiento jurídico, sino que contribuyen a escamotear la aplicación de éste bajo los principios de la confraternidad, el compañerismo y la defensa de los intereses corporativos.



# COLEX Constitución y Leyes

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

## JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

Tomo I: JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y PROCESOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCION

Tras breves anotaciones generales en torno a los procesos constitucionales, el autor hace un estudio de los bloques que tienen por objeto, directo o indirecto, la verificación de la constitucionalidad de las Leyes, Disposiciones e incluso ciertos actos. Recursos y Cuestiones de inconstitucionalidad, Conflictos constitucionales y Recursos frente a Tratados internacionales.

**Miguel Montoro Puerto**

Ex-Fiscal ante el Tribunal Constitucional  
Profesor de Derecho Administrativo de la Univ. de Barcelona y Autónoma de Madrid

**372 PÁGS. - P.V.P. 3.000 PTS. (IVA incluido)**

## PODER Y MANDATO: PROBLEMAS SOBRE SU IRREVOCABILIDAD

Desde una novedosa perspectiva, la obra trata uno de los temas más discutidos en el seno de la doctrina del mandato y poder: la posibilidad o no de su irrevocabilidad. El autor, página tras página, se adentra en cada una de las diversas teorías y términos, ofreciendo la opción a su juicio más sólida.

**Rafael Linares Noci**

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba

**76 PÁGS. - P.V.P. 950 PTS. (IVA incluido)**

## CONSTITUCION DE SOCIEDADES ANONIMAS

En la obra se analizan los aspectos teóricos de la reforma a la vez que los prácticos a tener en cuenta al momento de la constitución de una sociedad anónima analizando, minuciosa y detalladamente, las menciones de la escritura y los estatutos para lograr la inscripción en el Registro Mercantil, tanto en el procedimiento habitual de fundación simultánea como en el de la sucesiva, así como la nueva regulación de la nulidad de la sociedad. Por ello, junto a consideraciones científicas, se recoge la práctica y, de forma completa y actualizada, la doctrina que derivada del quehacer notarial y registral elabora la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**Alfonso Ventoso Escribano**

Notario

**304 PÁGS. - P.V.P. 2.750 PTS. (IVA incluido)**

## LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN LA JURISDICCION MILITAR

**José Jiménez Villarejo**

Presidente de la Sala V del Tribunal Supremo

**104 PÁGS. - P.V.P. 1.000 PTS. (IVA incluido)**

**BIBLIOTECA JURIDICA  
DE BOLSILLO**

# Barreras ético-jurídicas a la investigación clínica y farmacéutica

José Antonio MARTIN PALLIN

## I. INTERES CONSTITUCIONAL POR LA INVESTIGACION CIENTIFICA

Las posibilidades, teóricamente ilimitadas, del desarrollo científico ha entregado parcelas de competencia exclusiva a los especialistas que circunscriben sus conocimientos a campos con una progresiva tendencia a estrecharse. La exclusividad de los conocimientos puede representar un peligro para el uso de los adelantos científicos al servicio del interés general. A nadie puede extrañar, por tanto, que los textos políticos fundamentales recaben para los poderes públicos la potestad de promover y encauzar la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

El Estado social y democrático de derecho está legitimado para esta intervención y abdicaría de sus obligaciones si no mostrara su preocupación por las repercusiones de la investigación científica sobre la dignidad y libertad de la persona y su incidencia sobre la colectividad.

Partiendo de los principios rectores que marca nuestra Constitución para un adecuado desarrollo de la política social y económica, trataremos de analizar sistemáticamente las posibles barreras éticas y jurídicas a los ensayos clínicos dentro del marco de valores diseñado por nuestro modelo constitucional.

### A) Principio rector de la política social

1. El sistema constitucional español establece, a mi juicio escalonadamente, una secuencia de valores, principios y derechos que corren el riesgo de quedarse en mera expresión estética o filosófica si no se les dota de un contenido concreto y se los ensambla dentro del orden de convivencia que pretende desarrollar en el texto de la Constitución.

En el artículo 1.º al acogerse a la fórmula o modalidad del Estado social y democrático de derecho va más allá de los textos liberales para consagrar la posibilidad de la intervención del Estado en el terreno de la política económica y social. Dentro de este intervencionismo, legítimo y legitimado constitucionalmente, se encuadra el capítulo III, del título I, que hace referencia a los principios rectores de la política económica y social, el artículo 44.2 que impone a los poderes públicos la responsabilidad de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

El sistema rechaza, por tanto, un programa o actuación cuya consecución pueda atentarse contra los

fundamentos del orden político o constituir un factor de alteración de la paz social.

Tanto los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) como los derechos y libertades públicas especificados a lo largo del capítulo II del título I de la Constitución, están subordinados al servicio de unos *principios fundamentales* que, a mi entender constituyen el eje del sistema y que se concretan en el respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad. Como señala Silvio Basile en su «Estudio sobre la Constitución Española», la lectura de este artículo nos sugiere el rechazo de toda visión totalizadora, y yo añadiría que totalitaria, de la vida social. No tiene cabida la idea de que los organismos colectivos tengan fines o vida superiores a los de los individuos que los componen. «En otros términos —afirma el autor citado—, la sociedad no se considerará como otra cosa que la cooperación de los hombres de carne y hueso, en función de exigencias —individuales o comunes— advertidas o valoradas por ellos mismos. Por tanto, no hay lugar para molos sociales. («La Constitución Española de 1978». Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría. Editorial Civitas, págs. 263 y 264).

### B) Límites a los programas de investigación

#### 1. Límites ético-jurídicos

1. En el plano de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que España se debe por imperativo del artículo 10.2 de la CE, la primera referencia expresa a los experimentos médicos o científicos la encontramos en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI sesión) de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por España por instrumento de 13 de abril de 1977. Publicado en el «BOE», número 103, de 30 de abril de 1977), que en su artículo 7.º establece que:

«Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido, sin su libre consentimiento, a experimentos médicos o científicos.»

*El Comité de Derechos Humanos*, que establece el artículo 28 del pacto—, en su comentario general sobre este artículo recogido en el informe de 1982 manifiesta que: «La prohibición alcanza en particular a los experimentos médicos o científicos que se lleven a cabo sin el libre consentimiento de la persona interesada. El Comité observa, en general, que en los informes de los Estados parte no figura, o casi no figura, información sobre este punto. El Comité estima que por lo menos en los países en los que la ciencia y la medicina están muy desarrolladas, e incluso en el caso de que se vean afectados por dichos experimentos, respecto de las poblaciones y las zonas que se hallan fuera de sus fronteras, sería necesario prestar más atención a la posible necesidad y a los posibles medios de asegurar que se cumpla esta disposición. Es necesaria una protección especial contra experimentos de esta naturaleza en el caso de personas no capacitadas para dar su consentimiento».

(Comentario general, informe 1982).

El texto del artículo 7.º del pacto establece que la práctica de realizar experimentos médicos o científicos en personas, sin su consentimiento, constituye una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante. Esta cláusula del artículo 7.º no agrega un nuevo elemento a la normativa internacional, sino que hace expresa una prohibición implícita en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos 10 de diciembre de 1948. Artículo 5.º «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»).

A nivel regional la Convención Americana (Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Pacto de San José), en su artículo 5.º, también protege al individuo contra experimentos de esta índole, practicados bajo alguna forma de coerción o sin su consentimiento. Incluso, aunque todavía no hay confirmación en la jurisprudencia de los órganos regionales, cabe presumir que la garantía de la integridad física protege al individuo no sólo frente a la tortura, prácticas afines o experimentos, sino también contra otras interferencias en la integridad corporal como la esterilización voluntaria. El relator especial de la ONU sobre los derechos de personas que sufren enfermedades mentales, ha subrayado que la aplicación involuntaria de medicamentos psicotrópicos puede atentar contra la integridad física o psicológica de la persona y recomienda que se reconozca formalmente el derecho del individuo a recusar ésta y otras formas de tratamiento, sujeto a control judicial. («Protección Internacional de Derechos Humanos». Daniel O'Donnell. Editado por la Comisión Andina de Juristas).

En nuestra área regional, *el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, por su proximidad cronológica a la Declaración Universal (*Roma, 4 de noviembre de 1950*) no contiene una referencia explícita a los experimentos científicos o médicos, pero también puede considerarse implícita la prohibición de los programas que conlleven o supongan tratos inhumanos o degradantes por aplicación directa del artículo 3.º (Convenio Europeo para la Protección de

los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, —Roma, 4 de noviembre de 1979—. «BOE», n.º 243, de 10 de octubre de 1979. *Artículo 3.º*: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».)

*La Comisión Europea de Derechos Humanos*, emitiendo dictamen en el caso de la dictadura griega de los coroneles, definió el trato inhumano o degradante como «aquél tratamiento que causa deliberadamente un severo sufrimiento físico o mental». En el caso de experimentaciones médicas estimamos que no es necesario, en todo caso, un ánimo deliberado o propósito directo e intencional de causar sufrimiento bastando o siendo suficiente con la existencia de un riesgo potencial, científicamente evaluable, se originan severos sufrimientos físicos o mentales o que simplemente degraden la dignidad de la persona.

*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos* en una sentencia de 10 de febrero de 1983 (Caso Albert y Le Compte) interpreta de manera extensiva el artículo 3.º del Convenio, al decidir sobre la pretensión de los demandantes sobre la violación del precepto citado. Los reclamantes dos ciudadanos belgas pertenecientes a la profesión médica fueron sancionados disciplinariamente por su Colegio Profesional con la suspensión de cargo y profesión. Entendieron que la suspensión profesional era humillante y que equivalía a un tratamiento inhumano o degradante. El Tribunal rechaza la pretensión por estimar que el ejercicio de la potestad sancionadora del organismo colegial *no atenta contra la personalidad* de los demandantes. Se puede, por tanto, entender que si el Tribunal hubiera estimado la lesión o afectación al libre desarrollo de la personalidad o de la dignidad de los médicos, hubiere acogido la demanda y habría declarado que existía la violación del artículo 3.º del convenio.

En el terreno más limitado de la vigencia especial de *nuestra Constitución* el principio rector de la incentivación por los poderes públicos de la investigación médica *no contiene ninguna limitación expresa y directa* en función de los derechos de la persona, salvo la orientación o propósito indirecto que se contiene en la subordinación del programa científico al interés general. *La Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947*, en el título que dedica a las relaciones ético-sociales, establece en su *artículo 32*, después de proclamar el deber de la República de tutelar la salud como derecho fundamental del individuo y por su interés colectivo, que no puede obligarse a nadie a un determinado tratamiento sanitario, sino por disposición de la ley, la cual, en ningún caso podrá violar *los límites impuestos por el respeto a la persona humana*.

No obstante, puede entenderse que tales límites se encuentran de manera implícita contenidos en el artículo 10.1 de la CE y que nunca se podría acomodar a la política científica propugnada por la constitución cualquier tratamiento que atentase contra la dignidad y los derechos de la persona.

*Nuestro Tribunal Constitucional* no ha tenido oportunidad de pronunciarse ante peticiones de amparo basadas en el artículo 15 de la CE. (Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortu-

ra ni a penas o tratos inhumanos o degradantes), relacionándolo con prácticas o experimentos de carácter científico o médico.

No obstante, ha tenido oportunidad de perfilar el concepto y extensión de los tratos inhumanos o degradantes. Así en las *sentencias 65/1986 y 89/1987 de 3 de junio* («BJC» 74, pág. 874, F.J. 2), recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece que para que existan tratos que puedan ser calificados como inhumanos o degradantes, es necesario que éstos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que lleve aparejada la imposición de la condena».

Trasladando estas valoraciones al tema que nos ocupa se podría decir que partiendo de una clasificación o estudio previo de la intensidad y efectos de un tratamiento farmacéutico de carácter experimental, entrarían en contradicción con la norma constitucional todos aquellos que por su alto riesgo, produzcan sufrimientos de especial intensidad, tanto físicos como psíquicos, que estarían ausentes en los procesos experimentales inocuos o de una agresividad controlada o controlable.

## 2. Límites científicos y de interés general

1. Tanto el derecho como la ética deben propiciar la satisfacción del interés general siempre que éste no entre en contradicción con los valores de la libertad de la persona humana. Fuera de este límite insalvable el jurista carece de conocimientos suficientes para apreciar el interés científico del programa o experimento cuya legitimidad se cuestiona. Serán otros, los científicos a los que corresponde la responsabilidad de analizar, valorar y ponderar todas las consecuencias y efectos que se derivan de la puesta en marcha de un programa de experimentación científica.

Partiendo de la definición de Sir Austin Bradford Hill recogida en la monografía publicada por el Ministerio de Sanidad y Consumo: «Experimento cuidadosa y éticamente diseñado con el fin de poder contestar a preguntas concretas formuladas previamente» si un programa de experimentación reúne estos presupuestos y además respeta los tres principios básicos de la Bioética: (Autonomía o respeto por las personas, beneficencia y justicia), difícilmente podrá encontrar obstáculos éticos o jurídicos que oponer a su desarrollo.

La determinación previa del riesgo que ofrece el ensayo propuesto dejará siempre un espacio de indefinición en el que el derecho o la normativa legal deberá someterse a los informes que se contengan en los protocolos correspondientes, contrastándolos en caso de impugnación con otros de carácter científico que complementen la visión de la cuestión debatida.

La *Declaración de Helsinki* (adoptada por la 18.ª Asamblea Médica Mundial en junio de 1964), posteriormente revisada en las asambleas celebradas en Japón —1975— e Italia —1983—) parte de la existencia de un riesgo que considera inherente a

toda investigación biomédica con sujetos humanos, por tanto, la posible e indiscutible idoneidad científica de un experimento, carecerá de justificación en todos los casos en que riesgos superen a las posibles ventajas, momento en que, según la declaración antes citada, se deberá interrumpir la investigación.

La legislación vigente en España se contiene en *Real Decreto 944/1978 de 14 de abril* por el que se regulan los ensayos clínicos de productos farmacéuticos y preparados medicinales, contiene en su artículo 4.º una serie de recomendaciones encaminadas a evaluar científicamente el experimento y velar las personas sometidas a experimentación. Este Real Decreto aparece complementado por la *Orden de 3 de agosto de 1982*, por la que se desarrolla el Real Decreto antes citado.

El artículo 16 de la Orden considera contrario a los principios de la investigación clínica de productos farmacéuticos y preparados medicinales el peligro grave para la salud del paciente y para la salud pública, sancionando los experimentos que ofrezcan este riesgo como incursos en una falta muy grave que puede dar lugar a multas de 500.000 a 1.000.000 de pesetas y la inhabilitación para la realización de ensayos clínicos. Se contempla la posibilidad de dar cuenta a las organizaciones colegiales, pero omite la obligatoriedad de pasar el tanto de culpa a los órganos judiciales cuando se ha producido el grave peligro para la salud pública o del paciente.

El respeto a los postulados que deben presidir todo ensayo clínico se enumeran en el artículo 60 de la *Ley del Medicamento de 22 de diciembre de 1990*.

En su contenido se pueden encontrar pautas científicas, éticas y jurídicas, si bien el proyecto de ley lo rubrica con carácter general bajo la denominación de respeto a postulados éticos, en síntesis se pueden destacar los siguientes:

- 1.º Ensayo previo con animales que garanticen que los riesgos para la persona son admisibles.
- 2.º Respeto a los derechos de la persona y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que los actualicen.
- 3.º Consentimiento libremente expresado.
- 4.º Información suficiente sobre el alcance y riesgos del ensayo.
- 5.º Satisfacción de la contraprestación pactada con el voluntario.

La Comunidad Económica Europea ha establecido normas y principio para la dirección, realización y control de ensayos clínicos con productos medicinales que se contienen en la Directiva del Consejo 75/318/EEC, modificadas por la Directiva 83/750/EEC y la recomendación del Consejo 83/571/EEC, reiterando que las necesarias evaluaciones éticas de los protocolos deberán ajustarse a las previsiones de la Declaración de Helsinki y sucesivas.

## II. EL CONSENTIMIENTO COMO EXPRESION DE UN DERECHO DE LA PERSONALIDAD

### A) Los bienes esenciales de la persona humana

Una lenta pero imparable progresión social y política ha llevado a los textos políticos fundamentales de los países democráticos a la incorporación explícita, y no simplemente programática, de los derechos civiles y políticos fundamentales para el desarrollo de la convivencia y de la libertad y personalidad de los ciudadanos.

Desde una perspectiva cronológica el fenómeno es relativamente reciente, si consideramos que no hace mucho tiempo acabamos de conmemorar el segundo centenario de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, escaso período en veinte siglos cumplidos de la era cristiana.

La visión histórica de los derechos de la personalidad nos presenta un panorama más bien negativo o prohibicionista que impulsor de libre determinación del individuo para disponer de unos bienes inherentes a su condición humana que le eran cicateramente negados, recortados o condicionados. Así se puede observar cómo en materia de derechos tan absolutamente ligados o unidos a la persona humana como la vida, la integridad física, psíquica o corporal fueron los teólogos los primeros que abordaron su estudio analizándolos y delimitándolos en función de su contraposición o incompatibilidad con las nociones de pecado, delito o pena que previamente habían elaborado, sometiéndolos por estas vías a los intereses supremos del poder absoluto de los soberanos que nadie cuestionaba.

Consolidados los sistemas garantizadores de la libertad individual los derechos de la personalidad se presentan con una doble perspectiva; desde el ángulo constitucional se garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución Española, en adelante CE), se proclama la interdicción de los tratos inhumanos o degradantes. Contemplado el derecho a la vida desde una perspectiva individualista la persona tiene facultades directas para autoproteger su vida y su integridad física ejercitando el derecho de legítima defensa, pero el reconocimiento de esta facultad supone el de la potestad de autodisposición sobre su propia vida en cuanto que no está sancionado el suicidio, ni se castiga al frustrado suicida.

Más dificultades, desde un ángulo jurídico y desde una perspectiva ética, plantea la delimitación del ámbito de disponibilidad que cada uno tiene sobre su propia vida e integridad corporal para concertar con terceros acuerdos que incidan sobre estos bienes. Entramos con ello en un terreno en el que se necesita dibujar con cierta perfección y, aunque no siempre con nitidez, los límites del derecho y los fines que mueven el acto dispositivo.

La doctrina civilista clásica encontró siempre en el artículo 1271, párrafo primero del Código civil un obstáculo o límite a la capacidad de disposición o autonomía de la voluntad contractual sobre la propia vida estimando que no está permitido contratar una cierta modalidad de muerte porque sería contraria al derecho penal que sanciona el auxilio al suicidio y

el mismo derecho civil que, en el artículo citado, excluye del objeto de los contratos las cosas que están fuera del comercio de los hombres, expresión de rancias resonancias romanas más bien se refiere a cosas u objetos materiales que al bien jurídico de la vida.

Aunque la finalidad y los móviles fuesen distintos también estaría excluido de un pacto válido el comprometerse a dejarse matar para experimentación médica, siempre que la técnica a la que iba a someterse llevase inexorablemente a la muerte del paciente.

Fuera de estos casos los conceptos y las normas pierden precisión y se entra en un terreno difuso en el que los colores de la ética y del derecho se entremezclan sin que se perfilen sus trazos diferenciadores.

Así observamos que el uso y el ambiente social considera perfectamente válidos contratos que conllevan la puesta en riesgo de la integridad corporal y de la propia vida —boxeo, toreo, ejercicios circenses, etc.—, que constituyen espectáculos ampliamente demandados y consumidos por la avidez informativa de millones de espectadores directos o televisivos.

Asimismo y antes de su regulación específica, la donación de productos corporales u órganos que no pusieran en peligro la vida de la persona, se consideraban incluidos en el ámbito de la autonomía de la voluntad no tenía ningún obstáculo legal para su validez, porque no se estimaban contrarias a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271, 3.º del Código civil) ni se trataba de pactos, cláusulas o condiciones contrarios a la leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 del Código civil). Mayores dificultades se encontraban a la hora de formalizar actos de disposición corporal que entrañen riesgo para la vida o puedan implicar mutilaciones, permanentes o irreversibles.

### B) Limitaciones a la autonomía de la voluntad

Es difícil negar a la persona, y además resultarían inútiles las prohibiciones, la facultad omnimoda de disponer de su propia vida. Dejando al margen reprobaciones morales basadas en creencias o dogmas de carácter religioso, desde un punto de vista ético y hasta jurídico se debe mantener una estricta neutralidad ante el acto personal e intransferible de acabar con la propia existencia. Ferrater Mora y Priscilla Cohn en sus estudios sobre ética aplicada al tratar sobre el aborto afirman rotundamente que si una persona tiene derechos de alguna clase, son, ante todo, los derechos a su propio cuerpo (Alianza Editorial 1981, pág. 45).

La capacidad para decidir sobre la totalidad de su existencia implica la disponibilidad sobre la salud exponiéndola a riesgos derivados de su forma de vivir o de la profesión que se desempeña o sometiéndola a experiencias médicas de resultado incierto que llevan aparejado un riesgo previamente evaluado por los científicos contra su salud e integridad física. La respuesta más sencilla no la dictaría una regla extraída de la pura lógica: el que pue-

de lo más puede lo menos. Sin embargo se plantean cuestiones e interrogantes que no permiten llegar, sin matizaciones, a tan simplista conclusión.

En relación con algunos bienes de la personalidad se observa una curiosa disonancia entre los principios que informan su contenido —irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad—, y determinados aspectos de su desarrollo normativo.

Así podemos citar como ejemplo, la ley de 5 de mayo de 1982, Ley Orgánica 1/82, reguladora del derecho a la intimidad, el honor personal y la propia imagen, afirma enfáticamente en el artículo 1. 1.º que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles mientras que, a renglón seguido, y en el artículo 2.º apartados 2 y 3 regula la posibilidad de autorizar intromisiones en la esfera privada siempre que medie el consentimiento expreso del titular del derecho, que en la práctica lo presta vendiendo exclusivas a precio de mercado.

No olvidemos que el artículo 60 de la Ley del Medicamento contempla la posibilidad de contraprestación económica al riesgo que corre el voluntario, sin perjuicio de que el consentimiento se pueda prestar por móviles altruistas o de beneficio público. En todo caso, el móvil es indiferente si el consentimiento, como veremos más adelante, está libremente expresado. (Ver artículo 209.8, ley francesa que prohíbe la contrapartida financiera).

El individuo no tiene reconocido de manera expresa y formal un derecho al suicidio pero dentro del ámbito de ejercicio de su libertad tiene el derecho a la libertad moral de disponer de su vida y de su integridad física y mental. Más dificultades existen para legitimar la actuación de aquellos que son llamados en auxilio o ejecución de estos propósitos, no olvidemos que nuestro sistema castiga el auxilio al suicidio con penas que pueden llegar hasta los veinte años de prisión (art. 409 del Código penal) y en los casos de lesiones las penas pudieran ser de distinta índole sin que en ningún caso pueda entrar en juego la eximente o excusa absolutoria prevista en el artículo 428 del Código penal que sólo contempla los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual. Por otro lado, se exceptúa de sus efectos despenalizadores los casos en que el consentimiento se ha obtenido vicidamente o mediante precio o recompensa. Como señala la mayoría de la doctrina constitucionalista, no cabe una lectura en clave exclusivamente individualista de los derechos inviolables de la persona ya que como establece nuestro texto constitucional el respeto a la ley a los derechos de los demás es el fundamento del orden político y de la paz social lo que exige una confrontación continua entre el ejercicio de los derechos del individuo y los derechos de los otros componentes de la colectividad.

Ya se proclamaba esta limitación en el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en relación con el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás y con la satisfacción de las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

Ninguna de estas limitaciones afectan a la decisión de una persona de poner en riesgo su vida o su salud para someterse a un experimento médico

ya que el ejercicio de su libre determinación no colisiona con derecho alguno de los demás ni tiene una incidencia negativa sobre la sociedad en general por lo que desde este punto de vista no existe posibilidad legal para coartar este ejercicio de la libertad moral e individual de la persona.

Para ello se exige solamente que el proceso psíquico que ha llevado al individuo a tomar esta determinación sea libre y espontáneo. Una decisión libre y espontánea tiene que estar precedida de un conocimiento exacto y detallado del alcance de su decisión. Con ello entramos en el análisis de exigible e ineludible información previa.

*Información previa.*—Todas las declaraciones internacionales coinciden en la exigencia rigurosa, exhaustiva y controlada de una información previa al voluntario, para que su decisión esté basada en un exacto conocimiento de las previsible consecuencias del experimento.

*El punto 10 de la Declaración de Helsinki* recoge de manera completa todo el proceso de información. «En todo trabajo de investigación sobre seres humanos, se informará debidamente al posible sujeto, de los objetivos, los métodos y las ventajas previstas y los posibles riesgos inherentes al estudio, así como de las incomodidades que éste puede acarrear. Habrá de informarse al sujeto de que, si lo desea, puede abstenerse de participar en el estudio y de que es libre de retirar su consentimiento de participación en cualquier momento. El médico deberá obtener, a ser posible, por escrito, el consentimiento del sujeto, libremente otorgado.

La necesaria información previa también se contempla en el artículo 60.3, 4 y 5 del Proyecto de Ley del Medicamento al que ya hemos hecho referencia.

*Condicionantes a la libre decisión.*—Desde un punto de vista jurídico no basta con la más exhaustiva y completa información técnica al posible o futuro voluntario o voluntaria pues existen supuestos en los que la capacidad de decisión no puede estar libremente formada al aparecer condicionada por factores inherentes a la especial condición o situación de la persona que otorga el consentimiento. En este apartado están comprendidas las personas sometidas a un régimen de internamiento en centros penitenciarios y las personas al servicio del promotor del experimento.

Respecto a los reclusos en centros penitenciarios se deben observar extremadas cautelas. Algunos sistemas con un criterio retribucionista de la pena y acudiendo al sofisma moral de la restitución a la sociedad de parte del mal causado por el hecho que determinó la prisión, admiten las pruebas con prisioneros. Rechazamos estas justificaciones por inconsistentes e hipócritas ya que normalmente van acompañadas de incentivo que supone la disminución del tiempo de cumplimiento de la condena, lo que condiciona y priva de toda autonomía a la decisión del recluso.

El estímulo puede ser directo y reglamentado o indirecto y arbitrario por medio de la concesión de beneficios penitenciarios, lo que plantea dudas sobre la libre decisión del sujeto pasivo, lo que aconseja establecer límites objetivos como ha hecho la reciente Ley Francesa 88/1131 relativa a la protección de

las personas que se prestan a investigaciones biomédicas publicada el 22 de diciembre de 1988 que en su artículo L 209.5 establece que: «las personas privadas de libertad por una decisión judicial o administrativa no podrán ser incluidas como participantes en investigaciones biomédicas a no ser que éstas supongan un beneficio directo e importante para su salud».

Nuestro sistema penitenciario establece con carácter general en la *Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria* que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos que conservan todos sus derechos civiles, políticos sociales y culturales que no estén afectados por la condena (art. 3).

La ley mantiene un sistema de recompensas de carácter genérico que concede un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades penitenciarias a la hora de otorgar beneficios en función de la buena conducta y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal (art. 46 de la Ley y art. 105 del Reglamento). La evaluación que puede hacerse y de hecho se hace en algunos casos de donaciones de sangre y que no serían negadas en los casos de sumisión voluntaria a tratamientos experimentales en beneficio del interés general y de la ciencia.

Esta amplia discrecionalidad está limitada por el artículo 5.3 del Reglamento que impone a la Administración pública penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los internos.

Esta cuestión va a plantearse con inmediata actualidad en nuestros centros penitenciarios ante la extensión del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), debiendo orientarse la respuesta legislativa en nuestro sistema por semejantes criterios a los que se recogen en la Ley Francesa citada.

### Otros sujetos especiales frente al consentimiento

#### 1. **Mujeres gestantes o en período de lactancia**

En este caso la decisión que adopte la mujer en orden a su consentimiento para ser objeto de experimentación biomédica afecta a derechos de otras personas titulares de derechos —en el caso de la lactancia—, o al feto\* en los supuestos de embarazo lo que aconseja e impone limitaciones a la capacidad de decisión. Estos condicionamientos no están previstos de manera expresa en el Proyecto de Ley del Medicamento, aunque se trata de un supuesto en el que existen limitaciones a la libertad de consentimiento y decisión.

Un vez más la solución más razonable es la adoptada por la *Ley Francesa* ya mencionada que dispone para estos casos en el artículo 209.4 que «Las investigaciones clínicas sin beneficio directo sobre las mujeres gestantes o en período de lactancia, no

serán admisibles a no ser que no representen ningún riesgo previsible para la salud de la mujer o del niño y que sean útiles para el conocimiento de los fenómenos ligados al embarazo o la lactancia».

#### 2. **Menores de edad**

El déficit de capacidad que ostentan los menores de edad en sus relaciones individuales y sociales tiene que ser sustituido o complementado por la actuación de los padres o de sus representantes legales. Tanto la legislación civil como la penal ponen límites a los efectos convalidantes de este tipo de asistencia legal. ¿Pueden los padres sustituir la decisión del hijo y asumir los riesgos derivados de toda experimentación médica o farmacéutica? En el caso de intervenciones quirúrgicas que hagan necesario el trasplante de órganos, la legislación vigente (*Ley de 27 de diciembre de 1979*) impone que el receptor manifieste de manera expresa por escrito su consentimiento, previa una completa información de todas sus consecuencias, sustituyéndose este consentimiento en el caso de menores por el que presenten sus padres o tutores.

En los supuestos en que se apliquen técnicas de reproducción humana asistida, la ley reguladora (*Ley 35/1989, de 22 de noviembre*) establece como principio general que se actúe sobre personas mayores de edad (art. 2.1. b) y que para ser usuaria de las técnicas se deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obras (art. 6.º 1). No cabe, por tanto, actuación sobre menores.

Sin embargo se observan algunos desajustes en la legislación española pues en el ámbito penal el artículo 428 antes citado exime de responsabilidad en el supuesto de trasplante de órganos, esterilizaciones u operaciones transexuales en los casos en que se preste un consentimiento libre y no viciado, añadiendo que en los casos de menores el consentimiento nunca será válido ni aún cuando fuese prestado por sus representantes legales. La imprecisión terminológica del precepto nos obliga a una corrección interpretativa en el sentido de mantener la validez del consentimiento de los padres y representantes legales en los casos de trasplantes de órganos y lo veta en los casos de esterilización o cirugía transexual. Añade un párrafo que ha suscitado una enconada polémica en los casos de esterilizaciones de personas que adolezcan de grave deficiencia psíquica encomendando al juez, previos los trámites de audiencia a dos facultativos, y del Ministerio Fiscal y la pertinente exploración del afectado, la delicada decisión de autorizar la esterilización.

Pero esta solución legal nos da pie para plantearnos la posibilidad de establecer análogos filtros o controles judiciales en los casos de experimentos clínicos que afecten a menores de edad.

Las soluciones en la legislación comparada siguen diversas vías. En la *Ley Francesa (20 de diciembre de 1988)* cuando una investigación biomé-

\* STC. La gestación genera un «tertium» existencialmente distinto de la madre aunque alojado en esta.

Relevancia del nacimiento. Los textos internacionales emplean la palabra persona.

Comisión Derechos Humanos. Solo el nacido es persona. La vida del nasciturus es un bien jurídicamente protegido. STC 11 de abril 53/1985

dica se realiza sobre menores o mayores bajo tutela el consentimiento debe ser prestado por los titulares de la autoridad paterna o tutores, debiéndose explorar la voluntad de los menores o incapacitados (art. 209.10).

En los *Estados Unidos de Norteamérica* el *Código de Reglamentación Federal* contempla, —en el punto 46.102—, la experimentación sobre *personas que aún no tienen la edad requerida legalmente para dar su consentimiento*. Requiere que se tomen las medidas adecuadas para solicitar el asentimiento de los niños y el permiso de los padres o tutores. En algunos casos el Comité Ético de Investigación puede considerar suficiente el permiso de uno solo de los padres cuando el otro no está fácilmente disponible o ha sido privado de la patria potestad. En el caso de niños abandonados o que han sido sometidos a abusos se puede prescindir del permiso siempre que se sustituya por un mecanismo apropiado para proteger a los menores. Cuando se trata de *niños abandonados y sometidos a la guarda del Estado* se necesita además que una persona experta controle todo el proceso de investigación. Estimamos que este requisito es extensible a todos los supuestos anteriores.

*Volviendo a nuestro país* el artículo 162 del *Código civil* atribuye a los padres que ostentan la patria potestad de sus hijos, exceptuándose de esta representación los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez puedan realizar por sí mismos, o cuando pueda existir conflicto de intereses entre padres e hijos.

Los supuestos de consentimiento para ser sometidos a experimentos médicos entrarían en las previsiones del artículo 158 del *Código civil* lo que haría entrar en juego las medidas cautelares que se consideren oportunas para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. En estos casos el Juez a instancia del menor de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal deberá adoptar estas medidas, obligación que, en los supuestos que estamos examinando deberá extenderse preceptivamente a los promotores de la investigación, lo que aconseja modificar el artículo 60 del Proyecto de Ley del Medicamento.

### 3. Incapaces

En relación con los mayores de edad disminuidos psíquicos que carezcan de capacidad plena se observarán análogas precauciones tutelares.

### 4. Otras previsiones

Por último se echa de menos una previsión semejante a la que se contiene en el artículo L. 209.6 de la *Ley Francesa* respecto de las personas ingresadas en un establecimiento sanitario o social y los pacientes en situación de urgencia que no podrán ser incluidos en una investigación biomédica a no ser que pueda esperarse un beneficio directo para su salud, estableciendo excepciones para los supues-

tos que cumplan las tres condiciones siguientes:

- No presentar ningún riesgo previsible para su salud.
- Ser útiles a las personas que presenten las mismas características de edad, enfermedad o minusvalía.
- No poder ser realizadas de otro modo.

### C) Ilícitud en función del riesgo que supone el experimento

1. Todo tratamiento experimental conlleva una serie de efectos o alteraciones en la salud o bienestar del sujeto experimentado que se contemplan en el protocolo de la investigación que deben ser evaluados previamente por los correspondientes comités y de cuyas consecuencias deben ser informados exhaustiva y verazmente los voluntarios. Si bien todas las declaraciones que informan las legislaciones nacionales disponen que el interés del sujeto debe prevalecer por encima de los intereses de la ciencia y de la sociedad (*Declaración de Helsinki punto 5*) no se puede descartar que existan proyectos que bien inicialmente o en el curso de su aplicación ocasionen al voluntario sufrimientos severos tanto físicos como mentales o que el método de tratamiento suponga o exija comportamientos humillantes o degradantes.

En el primer caso puede comprenderse que determinados voluntarios prefieran soportar el sufrimiento a perder determinadas ventajas o contraprestaciones económicas o simplemente que acepten el sufrimiento por razones o motivaciones éticas, religiosas o humanitarias. En todos estos casos nos encontramos ante una situación objetivamente rechazable y jurídicamente inadmisibles que debe ser corregida, por apartarse de las previsiones y fines de la investigación y por resultar atentatorias contra la dignidad y libertad del individuo cuya tutela corresponde a los poderes públicos.

No sólo los responsables del programa tienen la obligación de suspender el experimento sino también cualquier persona que conozca esta situación debe ponerla en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal para que se actúen los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas (Ley 62/78 de 6 de diciembre) sin perjuicio de las posibles responsabilidades de otra índole, civil, penal o administrativa, si las hubiere.

### D) Ilícitud derivada de los fines y métodos de la investigación

Aunque pueda parecer fuera de contexto y alejado de la realidad, es necesario examinar o plantear un supuesto que, no por excepcional, debe ser desconocido por los interesados en el tema. Su realidad histórica está fehacientemente acreditada en el pasado por las actas de los procesos de Nuremberg y dieron lugar al nacimiento, en el año 1947 del Código o Decálogo de Nuremberg, antecedente de la Declaración de Helsinki y en el presente aparecen

sospechas de no haber sido erradicadas algunas experiencias médicas con grupos de población en áreas de países subdesarrollados.

No hace muchos años nuestro Código penal, en virtud de la reforma operada por la *Ley Orgánica 8/83 de 25 de junio*, introdujo dentro de la rúbrica general de delitos contra el Derecho de Gentes, el artículo 137 bis para cumplir con el compromiso adquirido por la *Adhesión al Convenio de 9 de diciembre de 1948* para la prevención y sanción del delito de genocidio, tipificando la conducta de quienes, con el propósito específico de destruir, total o parcialmente a un grupo étnico, racial o religioso sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud (*art. 137 bis. 2.º del Código penal*).

También resultaría punible el experimento que supusiese o generase un riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas previamente evaluado y que, a pesar de esta posibilidad, se pusiese en marcha provocando un riesgo generalizado que está tipificado como delito en el artículo 348 bis del *Código penal*.

### III. LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO RECTOR Y CONDICIONANTE DE LA EFECTIVA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS SOMETIDOS A EXPERIMENTACION MEDICA

1. Para no entrar en disquisiciones ideológicas que estarían en este caso sí, fuera de contexto, precisaré que el concepto de democracia al que me refiero es aquel sistema que tiene mecanismos suficientes de participación popular en la vida pública, establece contrabalances a los poderes públicos y dispone de un poder judicial independiente que pueda revisar la legalidad de la actuación de los otros poderes políticos y de los ciudadanos.

Este perfecto equilibrio de filtros y contrapesas ofrece garantías suficientes ante los riesgos y los enigmas de la investigación médica. El sistema deshecha cualquier prevención ante los adelantos científicos y subordina, en todo caso, su viabilidad al respecto a la dignidad de la persona humana, valorando asimismo su capacidad de decisión en función del interés y repercusión que puedan tener sobre la colectividad.

Sólo desde una visión totalitaria de la política del Estado puedan existir un riesgo irreversible para las personas que, perdida su condición de ciudadanos, están indefensos ante proyectos acordados e impulsados autoritariamente desde las esferas del poder. Pero no conviene atribuir a la instauración de un sistema democrático cualidades preventivas de carácter automático. El sistema encierra en sí, las suficientes contradicciones como para tener que ejercitar continuamente los mecanismos de control, tratando de evitar que emerjan programas de dudosa solvencia ética y jurídica y que estén sólo al servicio de intereses económicos que pretenden colocarse al margen del control democrático y, a veces, lo consiguen.

Podemos, por tanto concluir, afirmando que este

difícil equilibrio entre la ciencia, la moral, la ética y el derecho hace necesario conjugar una serie de factores que se reflejan muy certera y sintéticamente en el último párrafo del *Preámbulo de la Ley 42/1988 de 28 de diciembre* sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos: «Es necesario, por otra parte garantizar la libertad científica e investigadora, condicionándola a los valores reconocidos en la Constitución, como son la protección del cuerpo y de la vida, la capacidad de decisión del afectado y la dignidad humana. El que la actividad científica no se realice al margen de la consideraciones éticas y morales, es una conquista del mundo democrático y civilizado en el que el progreso social e individual debe estar basado en el respeto a la dignidad y libertad humana».

Los juristas nos enfrentamos a un desafío en el que, el rigor, objetividad, concreción y generalidad exigible a la norma jurídica no siempre es posible lo que nos obliga a un continuo ejercicio de reflexión y análisis, bien para abandonar senderos inciertos o para perfeccionar y acomodar al caso concreto las normas y pautas de comportamiento más establemente o generalmente admitidas, aquilatando con exquisito esmero todos los valores en juego y tratando de abrir vías al futuro beneficioso de los adelantos científicos, sin dejar en el camino la dignidad y los derechos de la persona.

Bastarían las consideraciones jurídicas que sucintamente he expuesto para comprender las dificultades de la ciencia jurídica para encauzar y reducir a normas operativas todo el caudal científico que es capaz de aportar el actual desarrollo de la investigación de las ciencias. El viejo aforismo jurídico de que el hecho precede al derecho justificaba la tardía respuesta jurídica en función de la necesidad de analizar detenidamente el fenómeno y dar una respuesta racionalmente adecuada y socialmente aceptada. Hoy día la aceleración imparable de las investigaciones y métodos experimentales al que algunos, muy gráficamente denominan «derrapage científico» sólo permite respuestas globales debiéndose ser cautos y precavidos y resistirse a dar soluciones tajantes con pretensiones definitorias y definitivas. La rapidez de los avances científicos es un elemento desestabilizador de cualquier norma jurídica que se olvide del objeto y de la materia sobre la que esta actuando, y será un impedimento para su aplicación en la práctica. Por ello donde no alcance o contemple el texto específico de la norma se deberá acudir a consideraciones éticas para que, conjugándolos con los principios fundamentales del sistema democrático encontrar una solución que respete los valores fundamentales que están en juego.

La tarea, una vez más, se torna multidisciplinar, los científicos, los juristas y los éticos deberán reflexionar conjuntamente para, con la ayuda inestimable de los medios de comunicación, debatir las cuestiones y los conflictos y tratar de encontrar soluciones que sean armonizables con los principios y el mundo de valores de los que no se puede abjurar sin deteriorar gravemente la dignidad de la persona humana. Los juristas necesitamos, urgentemente una educación acelerada sobre la materia que tratamos de regular, sería demasiado simplista resolver los conflictos con una receta compuesta por una rancia y clásica amalgama de legalidad formal y moralidad imperante.

# Reflexiones sobre una edad familiar y socialmente menospreciada

Mariano FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO

## I. INTRODUCCION

Uno de los aspectos que estimamos caracterizan a la sociedad contemporánea<sup>1</sup> es el hecho de que en ella parecen compaginarse dos aspectos que en la fase anterior o moderna apenas apuntaban y desde luego aparecían como contradictorios. Dichos aspectos son, en nuestro modo de ver, en primer lugar, la *quasi deificación* del afán de lucro, de la obtención de rápidos beneficios; unido a un también excesivo predominio del individualismo o, si se prefiere, exaltación de la individualidad, que conduce a un desmesurado superegoísmo; en *segundo lugar*, la proclamación a nivel mundial de los derechos fundamentales de la persona, que lenta, demasiado lentamente, se va proyectando en la vida social sobre los más desamparados y débiles, tanto física como mental y económicamente, sectores de nuestra sociedad, y, más concretamente, para comenzar a centrar el tema de este breve trabajo, el de los niños y los ancianos.

Consecuencia de estas dos tan contradictorias ideas o principios, que se traducen en lógicos modos de actuar y son producto de la mentalización que los usos, costumbres, educación familiar, medios de comunicación, etc., van introduciendo en grandes sectores de la sociedad actual contemporánea, son, por un lado, el considerable aumento del maltrato de menores (hijos o extraños), de lo cual tenemos noticia constante; de la situación de ancianos en situación de verdadero desamparo e incluso que aparecen muertos en las grandes ciudades y en lugares no propios para residencia de seres humanos; y por otro, de los pronunciamientos cada vez más numerosos en favor de los menores, que en la generalidad de los casos no pasan de eso; simples pronunciamientos normativos o reglamentarios aun cuando alguno de ellos ostente una tan ostentosa y llamativa denominación como la de Declaración Universal de Derechos Humanos que proclamó la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948; o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma (4 de noviembre de 1950), firmado por España el 24 de noviembre de 1977.

<sup>1</sup> Que a estos efectos estimamos se inicia —la Edad Contemporánea— a principios del presente siglo, aun cuando su más clara exteriorización en lo que a los aspectos de que estamos tratando se refiere se produce, al menos en Europa, a partir de los años cuarenta con la conclusión de la llamada segunda guerra mundial y acaso como consecuencia sociopsicológica de ella.

<sup>2</sup> Así y por lo que a menores se refiere en el plano internacio-

Y decimos que esa superexaltación del *ego* ha alcanzado unos límites tan anormales que trascienden de la esfera del propio individuo para proyectarse sobre la sociedad, porque eso es lo que nos muestran casi diariamente los medios de publicidad y la propia y cotidiana experiencia y observación, que nos permite conocer la existencia de esos niños abandonados cuando no brutalmente maltratados incluso por sus propios padres; de unos padres ancianos desamparados por sus hijos; de unos pueblos cuyos miembros más débiles —niños, ancianos y enfermos— mueren de hambre mientras el resto de los países, incluidos los que han obtenido el calificativo de económicamente fuertes, discuten y retrasan el envío de alimentos y medicinas por cuestiones o prevenciones exclusivamente políticas, etc.

Y seguimos diciéndolo, porque, ante o frente a ello, raro es el día en que no nos vemos asaltados por peticiones de ayudas humanitarias que no siempre llegan en su integridad a los lugares para los que son solicitadas; por anuncios que proclaman es el año del niño; o del anciano; o del emigrante, que, sin embargo, siguen igual y que enarbolan como bandera en apoyo de sus peticiones, o solicitudes, o simplemente anuncios, esos convenios o tratados de proclamación de los derechos humanos.

Ante ello, nos cabe decir, que estas situaciones, como la de una buena parte de las conductas humanas tanto de ahora como de siempre (aunque algo se haya efectivamente mejorado), sólo merecen estos calificativos: inexplicables e inadmisibles.

Y hechas estas breves y acaso duras reflexiones, nos adentramos en el tema.

## II. LA PROTECCION DE LA EDAD AVANZADA (LONGEVIDAD)

1. *Breves consideraciones generales.* Como se acaba de indicar, aun cuando con todos los defectos apuntados en los actuales momentos la protección de los menores sea una realidad legislativa bien que no tanto práctica, ya que en ese terreno aún sigue siendo en buena medida más bien una idea<sup>2</sup>,

nal, cabe citar el Convenio o Tratado de La Haya de 15 de abril de 1958, ratificado por instrumento de 11 de septiembre de 1973, sobre reconocimiento y ejercicio de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto de los menores

También en la Sesión Plenaria de 20 de noviembre de 1959, la XIV Sesión de la Asamblea General de la ONU votaba una resolución proclamando «La Declaración de los Derechos del Niño»

son de señalar a estos efectos y desde el plano no internacional sino interno, además de las disposiciones que se dejan indicadas en nota, el Código civil después de la reforma que en él operó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó los títulos IX y X de su libro I, relativos a las incapacitaciones y a la tutela, normativa ésta importante a los efectos del tema de la protección de los ancianos, en el que vamos a adentrarnos.

Mas si del plano de protección de los niños menores pasamos al de la edad avanzada, longevidad o como hoy, principalmente a partir de la Constitución, suele llamarse *tercera edad*, es lo cierto que su característica en lo que a normativa se refiere es la parvedad unida a la no tan exigua bien que si todavía escasa a la vez que demasiado *transitoria* atención, que los medios de publicidad —prensa, radio y televisión— dedican a la cuestión<sup>3</sup>.

Y siguiendo con el examen del tema de la ancianidad, comenzaremos con lo que estimamos puede ser un aspecto, no importante, pues carece en realidad de trascendencia práctica, pero sí de curiosidad gramático-conceptual; el relativo:

a) *A su denominación.* Defecto o más bien «pecado capital» de los españoles, es sin duda, entre otros, nuestra idea y afán de ser los primeros en todo porque nada ni nadie nos puede asombrar ni superar, consecuencia de lo cual es que, cuando —valga la frase— «cogemos el tren de la modernidad», todo nos parezca poco para superar a los demás, lo que sin embargo contrasta con el actual y antagónico defecto de habernos convertido en muchos aspectos (estimamos que a impulsos de los medios de publicidad) en unos vulgares imitadores, fenómeno que se traduce hasta en el idioma, en el cual se están *cometiendo* auténticas tropelías entre las que se encuentran el acogimiento de términos extranjeros para designar en la mayoría de los casos y a salvo de los términos técnicos, cosas, objetos, actividades, etc., que en el rico idioma español cuentan con una clara y específica terminología<sup>4</sup>.

Lo dicho viene a cuento precisamente del término «tercera edad» que tomado sin duda del artículo 50 CE se ha convertido en «frase hecha» ¿para designar a quién?; porque lo cierto es que:

1.º El empleo de dicha frase, más que parecer, da en realidad a entender que hay dos edades an-

teriores lo que induce a inquirir cuál puedan ser las mismas: ¿la de *la niñez*, entendiendo por tal el primer periodo de la vida humana?; ¿o *la infancia*, que para algunos comprende hasta los siete años?; y en cuanto a la que pudiéramos considerar como segunda edad, ¿comprendería la llamada *juventud*, entendiendo por tal la que media entre la niñez y la edad viril?<sup>5</sup>; ¿*la pubertad* o, precisamente, la edad viril o virilidad?; ¿*la madurez*, considerada como aquella que comienza una vez pasada la juventud y alcanza hasta el comienzo de la vejez?<sup>6</sup>. Y decimos esto, porque siguiendo el orden numérico que la frase que estamos comentando sugiere, alguna de estas edades quedaría al margen.

2.º Pero es que, además, decir *tercera edad* puede suponer también, llevando la interrogante a un sentido igualmente numeral, que pudieran existir unas cuartas, quintas, etc., edades que también requirieran protección. Creemos, por tanto, que la palabra adecuada podría ser la de *edad avanzada*, o la de *longevidad* —y *longevo-a*—, o, simplemente, la de *mayores*, de recia raigambre histórica —véanse las alusiones literarias a *nuestros mayores*—, reservando la denominaciones de *senilidad* o *senectud*, o *caduquez*, etc., para quien en alguna de las condiciones que con dichas frases se describen se encontraren.

Se trata, por tanto, como la generalidad de las que hemos indicado en nota 4, de una muestra más de esas frases agradables que como la generalidad de las novedades gramático-conceptuales forman parte de los nuevos usos y costumbres sociales y que se caracterizan por su vaguedad e imprecisión.

b) *La cuestión de su protección.* Dos son los aspectos normativos a tratar: el representado por la influencia que en la protección del anciano puede tener el Código civil después de su modificación por la Ley 13/1983; y el de la específica regulación de dicha situación.

1. *La edad avanzada y la incapacidad en el Código civil.* Tomando como punto de partida que las disposiciones contenidas en este cuerpo legal aplicables a la protección de las personas mayores se encuentran contenidas en los títulos IX y X de su libro I, que llevan como epígrafe, respectivamente, «De la incapacitación» y «De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapacitados»

Y no digamos el termino anglosajón *Time Sharrng* que se pretende por algunos como adecuado para designar lo que viene también denominándose *multipropiedad*, *propiedad por periodos*, etc.

Por cierto, que en relación con lo indicado, no podemos por menos que hacer una breve referencia a unas palabras pronunciadas por un ilustre lingüista en unos cursos de Lingüística y Didáctica del Español y para el cual, en el mundo hispánico hay un descuido general de la idiomática, de ahí que se hable y se escriba mal en niveles que, en otros países, no sería concebible. crítica que nosotros aquí hemos de proyectar sobre uno de esos niveles en que la inadmisibilidad debe ser menos tolerable: el legislativo.

<sup>5</sup> Diccionario de uso del español, de María Moliner.

<sup>6</sup> Mismo diccionario. Téngase en cuenta, sin embargo, que en algún otro diccionario cuando se alude al niño, o mejor dicho a la niñez, se emplea dicho término para designar el periodo de vida que comprende desde el nacimiento hasta la adolescencia, y *la infancia*, como edad del niño desde que nace hasta los siete años (D.R.A.L.E.).

Por lo que al Derecho interno se refiere, podemos ver en todas las Comunidades Autónomas existen disposiciones sobre protección de los menores; así, por ejemplo, el Decreto 380/1988, de 1 de marzo, de la catalana estructurando y ampliando la Dirección General de Atención a la Infancia, y la Orden de 28 de noviembre de 1988, de Castilla-León que aprueba el Estatuto de los Centros de Protección de Menores de Gestión Directa, que viene a ser una continuación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y del Decreto 57/1988 de la Junta de Castilla-León, sobre Protección y Tutela de Menores

<sup>3</sup> Decimos y subrayamos «transitoria»; porque por regla general se produce sólo en ciertas épocas del año que suelen coincidir con los periodos de vacaciones veraniegas o de las Navidades.

<sup>4</sup> Así por ejemplo la sustitución de los terminos ayudantes de: minas, montes, argiolas, etc., o de arquitectos, actualmente y por un fenómeno de imitación extranjera españolizada, convertidos en ingenieros y arquitectos «no doctores» para distinguirlo de los anteriormente llamados ingenieros y arquitectos a quienes se ha concedido para distinguirlos un doctorado que normalmente no tienen

(arts. 199 a 214 y 215 a 313, respectivamente), es evidente que su aplicación viene referida sólo a los supuestos de que en las mismas exista un estado de anormalidad.

Por ello, precisamente, estimamos que en lo relativo a su protección son de tener en cuenta dos situaciones de las cuales solamente una, la de la anormalidad física o psíquica de referidas personas se encuentra normativamente integrada en el Código civil, bien que la realidad nos muestre sus ya no sólo profundas sino también infinitos vacíos. De acuerdo con esto, vamos a contemplar esas dos situaciones; la de la normativa del Código Civil ahora, dejando para otro epígrafe la segunda, relativa a la necesidad de llevar a cabo una más adecuada regulación de la protección de dichas personas, cuando sin ser disminuidas físicas ni psíquicas se encuentren en situación de *desamparo*.

Y así, centrado el tema a desarrollar aquí, diremos, que la principal modificación introducida en el artículo 200 del Código Civil a virtud de la indicada reforma, ha sido sin duda el ampliar los criterios para poder llevar a cabo las declaraciones de incapacidad que tan imprecisos y rígidos aparecían en el derogado artículo 213<sup>7</sup>, permitiendo que ello pueda tener lugar por razón de «... las enfermedades o deficiencias persistentes de *carácter físico o psíquico* que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Ello, autoriza a reconducir dichas declaraciones sobre ciertas situaciones y supuestos que antes de referida reforma no eran o no podían ser susceptibles de producir la incapacitación, bien entendido —y así debemos hacerlo constar— que aun cuando la capacidad de la persona es además de un derecho fundamental de la misma y por ello su limitación o privación exige una muy especial atención por parte de los Tribunales que han de declararla; tampoco debe olvidarse que por encima de ello se encuentran los propios derechos de la persona normal o incapacitada para obtener el más adecuado trato, no ya sólo en el ámbito familiar, sino también cuando éste no exista o no se lleve a cabo en debida forma y la aptitud del sujeto no sea física o psicológicamente normal, se pueda obtener por otros procedimientos más adecuados, entre los cuales y cuando se trate de anormalidades o subnormalidades físicas o mentales, puede encontrarse la declaración de incapacidad.

Ello, como ya hemos venido indicando, requiere un específico pronunciamiento judicial: la llamada declaración de incapacidad, que como el citado artículo 200 del Código Civil resulta, exige: a) que el sujeto en cuestión padezca enfermedad o deficiencias, término este último de gran amplitud que permite incluir en él, según los casos y lo que la mejor protección del sujeto requiera, una serie de situaciones muy diversas; b) que dichas enfermedades o deficiencias sean *persistentes*, lo que impide que la

<sup>7</sup> Sólo los locos y sordomudos, mayores de edad..., podían ser declarados incapaces, términos los dos primeros, la *locura* y la *demencia* que actualmente han quedado anticuados en la psiquiatría.

Además, actualmente pueden ser también declarados incapaces los menores, quienes en tales casos podrán en su momento

incapacidad pueda declararse cuando se trate de anomalías de *carácter transitorio*, siendo más discutible si podrán entenderse aquí incluidas las mismas cuando unas u otras fueren *recurrentes*<sup>8</sup>, inclinándonos en dichos casos por una solución que bien pudiéramos llamar electiva: la que el juzgador estime más beneficiosa para el presunto incapaz, que es al fin y al cabo la que pregona la referida reforma de 1983 (art. 209 en relación con los 224 y 233 del Código Civil); c) dichas enfermedades pueden ser tanto mentales como físicas, lo cual amplía considerablemente las posibilidades de declarar incapacidades cuando ello sea conveniente para el interés del presunto/a incapaz; así, por ejemplo, y por lo que a la ancianidad se refiere, podrían entenderse aquí comprendidos entre otros y a título de simple indicación enumerativa: la sordomudez —como antes de la indicada reforma de 1983— en aquellos casos en que la misma pueda impedir a quien la padece una adecuada administración y disposición de su patrimonio cuando éste exista; la existencia de debilidad mental, unida a la de un patrimonio que podría ponerse en peligro; o de una situación de estado de coma, en los mismos o parecidos casos, etcétera.

Mas el problema que éstos o similares casos plantean es, más que el de la declaración de incapacidad, el de sobre quién puede recaer la tutela o en su caso curatela de dichas personas.

La cuestión aunque inicialmente de fácil solución con el Código Civil a la vista, no lo es tanto en la práctica, como vamos a comprobar.

1.º *Situación actual de la cuestión*. Si fijamos la atención en los citados artículos 209 y 234 y los ponemos en relación con el 242 del Código Civil, podemos ver cómo en la actualidad —y ello constituye otra de las más importantes modificaciones introducidas en la tutela por la ley de 1983— el cargo de tutor puede recaer en personas jurídicas.

La existencia real de estas tutelas no es difícil aun cuando tampoco demasiado fácil cuando se trata de menores, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 172.1 en relación con el 239 del Código Civil, cuando se trata de menores desamparados, y aun cuando no tan fácil, tampoco demasiado ardua en los demás casos, dada la existencia de Asociaciones de Padres de Familia de menores deficientes que constituidas en personas jurídicas asumen estas tutelas.

No acontece lo mismo, sin embargo, cuando de la tercera edad se trata, en primer lugar y cual indicaremos más adelante porque con una estricta interpretación del citado artículo 172 del Código Civil no es posible extender su ámbito de aplicación a la misma; en segundo lugar, porque respecto de ellos esas asociaciones de padres de familia son inexistentes por razones tan obvias que no es preciso explicar.

Entonces y siguiendo con el examen de la cues-

quedar sujetos a la llamada *patria potestad prorrogada* (vid art. 171 del Código civil).

<sup>8</sup> Empleamos aquí dicho término en el sentido que médicamente se le da en relación con las fiebres, principalmente, o sea, en el de anomalías —en este caso enfermedad o deficiencia— que se producen de modo intermitente pero con carácter de permanencia.

ción, podemos decir sobre este aspecto lo siguiente:

*Sobre la posibilidad de que esta tutela, en los casos en que proceda, pueda recaer en entidades públicas.* Volvemos a llamar la atención sobre el citado artículo 172.1 del Código Civil, el que, al menos por ahora, hemos de manifestar no es de aplicación a la tercera edad; más independientemente de esto, es de inquirir si la posibilidad que en él se contiene de atribuir la tutela de los menores desamparados al director de la institución en que los mismos se encuentran, puede tener encaje en lo que a la tercera edad se refiere.

Creemos que sí, y no a título de simple elucubración teológica, sino con la Ley en la mano. Nos explicaremos:

Aun cuando los Estatutos de las Comunidades autónomas no sean siempre lo suficientemente explícitos, en ellos cabe distinguir a los efectos de la cuestión que estamos contemplando, estas dos más que posiciones manifestaciones gramático-estatutarias:

- 1.<sup>a</sup> La de aquellos que en lo que se refiere a la competencia de la autonomía en este orden de cosas contienen únicamente una muy genérica referencia a asistencia social, o asistencia y bienestar social, etc., como más adelante indicaremos con más detenimiento<sup>9</sup>.
- 2.<sup>a</sup> Los Estatutos de las Autonomías que contienen un específica referencia a *la tercera edad*, cual acontece con los de la Andalucía, Cantabria, Valenciana, Castilla-La Mancha, Navarra y Baleares.

Los problemas que esta diversidad de posiciones en los que la concreta expresión o referencia a la tercera edad o el empleo de las generales fórmulas que en dichos Estatutos se contienen, radica:

En primer lugar, en si por ser en nuestro modo de pensar genéricas dichas expresiones, en ellas podrán o no entenderse comprendidos aquellos supuestos que si bien necesitan o requieren de dicha asistencia o protección, no se encuentran específicamente indicados.

En segundo lugar, en si cuando sólo se ha empleado la fórmula general, se puede o debe exigir que la correspondiente Autonomía ponga en servicio los medios de asistencia y de protección pertinentes.

Por lo que al primero de estos supuestos se refiere, somos de la opinión —acaso demasiado optimista— de que dada esa fórmula general y la no prohibición o eliminación de que la correspondiente autonomía pueda o deba emplear dichos medios, *la misma viene obligada a ello*.

Nos fundamos para ello en que en alguno de los Estatutos que hacen uso de esa general fórmula se han venido luego desarrollando a través de diversas disposiciones relativas fundamentalmente a la protección y tutela de los menores, tal acontece por ejemplo con la Autonomía asturiana, cuya ley Orgá-

nica promulgadora del Estatuto es la 7/1981, de 30 de diciembre en su artículo 10, p), incluye entre las Competencias del Principado de Asturias la «Asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil», no obstante lo cual y por ley 7/1991, de 5 de abril, se regula lo relativo a la asistencia al anciano<sup>10</sup>, lo que pone de relieve que dicha fórmula no es en realidad —o al menos no lo ha sido en Asturias— sino una generalizada o, si se prefiere, concentrada expresión en la que pueden comprenderse cuantos medios de protección y asistencia tanto de menores como de ancianos, intoxicados, etc., miembros de cada Autonomía o residentes en ella existan, como volveremos a insistir más adelante.

No obstante, creemos necesario manifestar nuestra opinión a este respecto, la cual es favorable a la fórmula más amplia y explícita que emplean otros Estatutos, de las cuales preferimos la de la Autonomía de Valencia, que al describir en su artículo 32, núm. 27, las Competencias de dicha Comunidad, nos dice: «Institución pública de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, *tercera edad*, inválidos y demás *grupos y sectores sociales* requeridos de especial protección incluida *la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación*».

Sin perjuicio de poner de relieve lo amplio y en nuestro modo de ver completo de esta disposición, que no sólo comprende a las personas que se encuentran en las situaciones que en la misma se comprenden, sino que además completan la competencia de la Comunidad Valenciana extendiéndola a los medios de conseguir una mejor y más adecuada protección de dichas personas, hemos de indicar que una fórmula muy parecida puede observarse en la ley 9/1982, de 10 de agosto en la que se promulga el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (art. 31, p).

Por lo que se refiere al segundo de los problemas o cuestiones que habíamos planteado en principio, o sea, al de si cuando únicamente se ha empleado en la ley que aprobó el correspondiente Estatuto de la Comunidad alguna de esas fórmulas generales debe entenderse que ello no es obstáculo para que la misma se vea obligada a crear y mantener los correspondientes establecimientos de asistencia y protección de las personas a que nos estamos refiriendo —menores, toxicómanos, tercera edad, etc.—, hemos de manifestarnos en la misma afirmativa posición, por cuanto dentro de la amplitud de la fórmula «Asistencia social», como dicen únicamente algunas<sup>11</sup>, o «Asistencia social y servicios sociales», como suelen indicar otras<sup>12</sup>, sin olvidar aquellas que nos hablan de «Asistencia y bienestar social»<sup>13</sup> o de las que utilizan los términos de «Asistencia y bienestar social»<sup>14</sup>, dentro de dichas fórmulas, repetimos, deben entenderse comprendidas la asistencia y protección en lugares adecuados de las personas que hayan de integrarse en esos términos de incapacidad cualesquiera que sea su edad y las

<sup>9</sup> En el texto correspondiente a las notas 11 y 12

<sup>10</sup> A la que nos referiremos con algo de mayor amplitud mas adelante.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, los Estatutos del País Vasco, de Cataluña, de Galicia y de Madrid

<sup>12</sup> Tal acontece con las de Andalucía, que admite y alude ade-

más específicamente a la tercera edad, Canarias y Castilla-León.

<sup>13</sup> En este sentido se manifiestan los Estatutos de Cantabria, La Rioja y Aragón.

<sup>14</sup> Así podemos verlo en el Estatuto de la Autonomía de Murcia.

causas que puedan haber producido referida incapacidad —física, mental, psicofísica, etc.—, ya que la misma se integra dentro de las obligaciones que como entidades públicas corresponde a las Autonomías, que, además, se la han atribuido voluntaria y específicamente en sus Estatutos.

Por todas las consideraciones que sobre la cuestión hemos hecho, concluimos su examen diciendo que en nuestra opinión y con base en los Estatutos de las Autonomías, la tutela de estas personas sería conveniente que pudiera recaer sobre el correspondiente organismo de las mismas que tuviera a su cargo, bien la protección, bien la asistencia de este tipo de personas —las de la tercera edad— en los casos en que su incapacidad hubiere sido declarada, por aplicación de lo dispuesto en sus competencias en relación con los artículos 200, 234 y 242 del Código Civil, en relación analógica con el 172 del mismo Cuerpo legal, y más específicamente, por lo que a la provincia de Almería y al Principado de Asturias, por lo que indicaremos más adelante.

## 2. La edad avanzada sin declaración de incapacidad y el desamparado

a) *Situación legislativa actual.* Es posiblemente éste el aspecto de la tercera edad que plantea los principales problemas que en la actualidad tiene planteados la misma, toda vez que lo cierto es que no existe aún una real y prácticamente adecuada protección, para quienes estando en esa tercera edad se encuentran sin apenas medios adecuados con que atender a sus más ineludibles necesidades.

Así, no podemos por menos que iniciar este apartado llamando la atención sobre la circunstancia de que si bien en el Código Civil y otras disposiciones normativas, especialmente las dimanadas de las Autonomías, se encuentran elementos conceptuales y jurídicos así como institucionales que podrían ser aprovechables para la atención y protección de los que en la tercera edad se encuentran desamparados, no lo son o no al menos de modo tan claro que no permita su discusión, dado que la realidad es que cuanto viene referido a esa tercera edad desamparada bien que no incapacitada, no está debidamente contemplado, al menos, en nuestra opinión.

Vamos a verlo: *Artículo 172 del Código Civil* después de su reforma por la ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la adopción creando una nueva figura o forma civil de atención y cuidado a los menores, *el acogimiento*, precepto en el cual y con la finalidad de proteger en la mejor forma a los mismos, se distinguen según las situaciones en que hayan sido internados en los correspondientes establecimientos públicos dos posibilidades de atención: *la guarda y la tutela* por parte de «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores...».

Ninguna palabra o alusión más o menos directa en dicho precepto ni en los dos siguientes, referidos también *al acogimiento*, que permita entender en ellos comprendidos a los ancianos que sin estar e incluso estando declarados judicialmente incapaces, puedan realmente encontrarse en esa situación de *desamparo* que en el ordinal 1 del repetido precepto del Código Civil se contiene y es precisa para que el menor en cuestión pueda quedar *bajo la tutela* de

la institución pública. Y ante ello surge inmediatamente e ineludiblemente la pregunta: ¿por qué no acontece lo mismo con los miembros de esa tercera edad que encontrándose en situación de abandono o desamparo familiar o social no tienen institución pública que les acoja y pueda desempeñar respecto de los mismos las oportunas funciones de protección?

Evidentemente resulta que no encontrándose incapacitados por resolución judicial la designación de tutor o de curador no resulta posible.

Mas tampoco puede olvidarse que si bien en un considerable porcentaje dichas personas carecen de los necesarios bienes o medios de fortuna, tampoco son raros los casos en que hoy pueden disfrutar de pequeñas pensiones que no siempre son capaces de administrar adecuadamente y que, además, pueden contribuir en cierto modo a que la institución pública en cuestión no se enfrente siempre con un puro gasto.

La fórmula, en tales casos de capacidad más o menos plena o si se prefiere, de semiincapacidad no declarada, siempre que exista ese *desamparo*, que estimamos esencial a estos efectos, sería atribuir *ex lege* a la institución *no la tutela, mas sí la guarda* de dichas personas.

Y decimos esto, porque si España es desde el 27 de diciembre de 1978 un «Estado social y democrático de Derecho...» en el que se declaran como valores superiores, entre otros: *la igualdad* (art. 1.º 1 CE); si conforme al artículo 14.1 de dicho Texto Fundamental «los españoles son iguales ante la Ley *sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de... cualquier otra condición o circunstancia personal o social*», como puede ser, por ejemplo, en este caso la edad, y si, en fin, para los casos que hemos integrado dentro del núm. 1 del presente trabajo (los de incapacitación) existe el artículo 49 y para el que ahora contemplamos el 50, ambos CE, no podemos por menos que preguntarnos cómo es que se esté resolviendo solamente en parte desde el punto de vista normativo y más aún desde el de la realidad social y para ello *con la sola ayuda de las Autonomías*, que tampoco se exceden en su tratamiento; porque lo cierto es que aun cuando tampoco se pueda elogiar en demasía el de los menores, ya que si bien bastante completo desde el punto de vista de su regulación normativa no acontece lo mismo en el terreno de la práctica, sobre todo en ciertas provincias; no tiene calificativo alguno y si lo tuviera no sería desde luego favorable, tanto en el aspecto del derecho positivo como del tratamiento real, el relativo al de la ancianidad abandonada o desamparada.

Mas como con las simples críticas nada se arregla, además de porque las mismas son fáciles siempre y por regla general lo que producen o provocan no suele ser el arreglo de las situaciones objeto de las mismas, sino animadversiones e incluso enemistades, vamos a tratar de proponer algunas posibles soluciones, como puede comprobarse a través de lo que hasta el presente momento estamos indicando.

Así, y por lo que se refiere a la hipótesis en este epígrafe examinada, lo primero a indicar es nuestra favorable opinión hacia la labor realizada por dos,

no decimos qué Autonomías sino de una Autonomía y de una provincia; la primera, la del Principado de Asturias; la segunda, la de Almería, y dentro de ella su Diputación. Y decimos esto porque en la actualidad y sin que ello quiera decir que no puedan existir otras, es lo cierto que según nuestras noticias, la puesta en movimiento desde el punto de vista práctico o al menos la intención de hacer realidad dicha asistencia y protección, solamente la hemos encontrado:

a) *En la citada Diputación almeriense, quien a través del Área de Bienestar Social, negociado de Servicios Sociales, a través de los Estatutos del Instituto Almeriense de Tutelas publicado en el «BOPA» número 145/1990, en cuyo artículo 1.º se establece lo siguiente:*

«El Instituto Almeriense de Tutela de la Diputación Provincial de Almería tiene como finalidad la protección de las personas adultas que no dispongan de plenas facultades para regir su vida y administrar su patrimonio...»

señalándose en el artículo 2.º como finalidades del Instituto:

«El ejercicio de las funciones tutelares que le hayan sido encomendadas por sentencia judicial», así como «El desempeño de las funciones que como curador o defensor judicial le hayan sido encomendadas por resolución judicial.»

Aunque a primera vista pudiera acaso estimarse que los citados preceptos se encuentran redactados con la mirada puesta en los ancianos que hubieren sido declarados incapaces judicialmente, en nuestra opinión ello no es rigurosamente exacto; y no lo es, precisamente por la amplitud y flexibilidad con que parece haberse redactado el artículo 1.º que nos habla simplemente de *protección* de dichas personas en relación con el 2.º 1, párrafo segundo que hemos transcrito en el que se nos habla además de los curadores y del defensor judicial, cargo que no requiere la previa declaración de incapacidad y del que estimamos que con una interpretación lo suficientemente flexible y analógica, permitiría que el nombramiento de dichos defensores pudiere ser incluido en los supuestos de simple *guarda* de dichas personas, cargo que al igual que con la tutela y la curatela correspondería siempre, al menos en estos casos y a salvo de que otra cosa exigieren los intereses de quien en dicha situación se encontrare, al director de la institución en que se encontrare *acogido* el anciano en cuestión.

A su vez, la Ley de la Autonomía del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección del Anciano<sup>15</sup>, en su preámbulo y tomando como punto de partida «... el progresivo aumento de la población anciana y de la *consiguiente demanda de atenciones sociales...*», nos dice que «... para conseguir la máxima eficacia en la *prestación del servicio público* que se imparte desde los establecimientos residenciales para la tercera edad dependientes del Principado de Asturias... se crea un organismo autónomo...», estableciéndose además una figura nueva, la del *letrado defensor del an-*

*ciano*, lo que corrobora nuestra posición de que pueden perfectamente quedar comprendidos aquí, tanto los declarados incapaces como los que no lo estuvieren, los cuales podrán quedar bajo *la guarda* —que no la tutela ni la curatela— de referidos establecimientos residenciales.

Por cierto, que en relación con éstos hemos de indicar, que en el artículo 2.º de dicha ley en que se habla precisamente de ellos, considera los mismos como aquellos que están «... destinados a servir de *residencia permanente o habitual* a esta población».

A su vez, en el artículo 3.º 1, se consideran *ancianos* a los efectos de la aplicación de dicha ley y sus beneficios:

- a) *Las personas* mayores de sesenta y cinco años.
- b) *Los pensionistas* mayores de sesenta años.
- c) *Los pensionistas* mayores de cincuenta años con incapacidad física o psíquica cuyas circunstancias *personales, familiares o sociales* aconsejen el ingreso en el establecimiento residencial.

Estimamos esta fórmula más amplia que la de la Diputación de Almería, por cuanto mientras en esta última parece requerirse la declaración de incapacidad, no por la redacción de su artículo 1.º y sí del 2.º, en la del Principado de Asturias ello no nos parece necesario al menos a primera vista, ni siquiera en el supuesto del apartado c) de dicho artículo 3.º, dado que al referirse a «los pensionistas mayores de cincuenta años con incapacidad física o psíquica...», no establece que la misma hubiere sido declarada judicialmente, pudiendo por tanto ser simplemente de hecho para que puedan ser admitidos en dichas residencias.

Sin embargo, es también de señalar que estimamos más adecuado el sistema de la gratuidad que parece presidir el Estatuto almeriense que el del *contrato de hospedaje* (art. 14.3) del Principado de Asturias, crítica que nos consideramos obligados a realizar si tenemos en cuenta que según el transcrito artículo 3.º 1, tienen acceso a esas residencias no sólo *los pensionistas* mayores de cincuenta o de sesenta años —apartados b) y c)—, sino también «las personas mayores de sesenta y cinco años», sean o no pensionistas y por lo tanto tengan o no medios económicos para satisfacer el importe de dicho hospedaje, e incluso estimamos que se debe reforzar nuestra crítica, si tenemos en cuenta el citado artículo 50 CE y la obligación que las entidades públicas, entre las que constitucionalmente se encuentran las autonomías, deben cumplir.

Más decíamos en su momento que eran en realidad tres las instituciones que actualmente, según nuestras noticias, se ocupan de los ancianos (o de la tercera edad); dos, de carácter público, la almeriense y la del Principado de Asturias, ambas de carácter público; falta por tratar la tercera, que es de carácter privado: la Fundación Gemma Tomás Canet, radica en San Boi de Llobregat y creada el 1 de junio de 1990, aun cuando prácticamente llevaba al parecer ya años funcionando.

Su carta fundacional, precisamente de esa fecha,

<sup>15</sup> Fijémonos en que esta ley no lleva como título el de «Asistencia y protección de la tercera edad».

nos dice que la Fundación pertenece a la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, Fundación cuya finalidad puede resumirse en las siguientes frases del que bien pudiéramos llamar preámbulo del Estatuto fundacional:

«La Orden Hospitalaria se siente identificada con la habilitación de una Fundación que permita un marco jurídico suficientemente amplio e independiente para la tutela de los pacientes ingresados en el centro y de su situación jurídica, así como una importante ayuda para hacer posibles programas asistenciales complementarios.»

En cuanto a esos fines, son desarrollados en el artículo 5.º de dichos Estatutos y entre ellos aparecen los siguientes:

- b) Promocionar nuevas fórmulas humanizantes y alternativas de asistencia para deficientes mentales, adultos, pacientes psicogeríátricos y psicóticos defectuales, como ejercicio del espíritu tutelar.
- c) Ejercer la tutela legal de los pacientes legalmente incapacitados, *en especial cuando no tengan familia o cuando ésta no quiera o no pueda responsabilizarse* de los pacientes, en base a lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil.
- e) Promover la incapacitación de los pacientes que médica y legalmente se estime procedente, a propuesta del equipo técnico y a tal fin instar y tramitar el correspondiente expediente judicial.
- f) Ayudar y defender la persona y los bienes de los pacientes de dicho centro frente a posibles abusos de cualquier persona o entidad.
- g) Administrar los bienes económicos de los pacientes tutelados o de los demás *que voluntariamente quieren entregarlos a la administración de la Fundación*.
- h) Administrar las ayudas, subvenciones o pensiones que puedan recibir los pacientes del Hospital Psiquiátrico Nuestra Señora de Montserrat, en la forma establecida por las disposiciones legales vigentes.

### III. A MANERA DE POSIBLES SOLUCIONES DE LOS PROBLEMAS DE LA ANCIANIDAD

Como puede comprobarse a través de lo expuesto hasta el presente momento, el tema de la ancianidad, tercera edad o como quiérasela denominar, cuando sus miembros se encuentran desamparados, no se encuentra desgraciadamente resuelto, al menos en forma satisfactoria y especialmente en lo que a sus resultados prácticos se refiere, pudiendo señalarse como acaso uno de sus más graves problemas el de la dispersión no ya sólo legislativa sino también (lo que acaso sea más grave) de consecuencias o soluciones prácticas, precisamente por esa disgregación de competencias, consecuencia lógica de haberse inhibido el Estado de su regulación general y ser cada autonomía la encargada de resolver a su forma, modo y manera dicha cuestión, y decimos esto, porque si bien puede parecer que en principio nadie mejor que cada Comunidad autó-

noma debe conocer económica y objetivamente la forma de resolver lo más adecuadamente posible el tema de la asistencia y tratamiento de esa tercera edad, especialmente de la desamparada, no puede, sin embargo, olvidarse la realidad de ese aforismo que dice «divide y vencerás», aplicable en este caso en un sentido desgraciadamente peyorativo en cuanto empeora la situación de la misma, no ya solamente por la diversidad de disposiciones legislativas, sino también y muy especialmente por la multiplicidad de gastos que una tan diversa competencia origina en orden a la creación de establecimientos adecuados para la atención de referidas personas.

Por lo que acabamos de indicar y lo precedentemente dicho, estimamos y así lo indicamos a título de mera posibilidad:

- 1.º Que sería acaso conveniente se dictase una disposición —Ley— conteniendo unas a manera de disposiciones de general aplicación a la Asistencia y Protección de la ancianidad, lo mismo que existen otras dedicadas a los menores. Y no olvidemos a estos efectos un atavismo que ha alcanzado límites universales, el de que «los extremos se tocan», que viene aquí como vulgarmente se dice cual anillo al dedo, dado que nada más conexo que la niñez y la ancianidad o vejez, especialmente y por lo que a ésta respecta cuando de su desamparo se trata.
- 2.º Como consecuencia de ello, en dicha normativa general podrían determinarse cuales fueren las situaciones de desamparo, integradas (y lo decimos a título de ejemplo) por quienes habiendo pasado de X años y careciendo de bienes, no tengan familiares o personas que les atiendan —vid. a título de simple indicación el artículo 172.1 del Código Civil para menores desamparados—.
- 3.º La diferencia entre las situaciones de simple atención y cuidado de los mayores de X años, a las que convendría aplicar la situación de *guarda* a que hemos aludido precedentemente y de la que nos habla también el citado artículo 172.1 del Código Civil; y las de tutela.
- 4.º La conveniencia sino necesidad, de distinguir también con carácter general, entre las situaciones que bien pudieran denominarse *simpliciter residenciales*, de aplicación a quienes disponiendo de mayores o menores medios económicos por carecer de familiares que los atiendan o no desear que les atendieran los que les tuvieren, prefieran ingresar en plan de hospedaje con la idea de que serán objeto de una cuidada atención y protección por parte del personal especializado que estas residencias tienen; y aquellos otros casos en que el desamparo familiar y social a la vez que económico es una realidad.

Así, en el primero de estos dos grupos cabría por ejemplo integrar a las personas incluidas en los apartados b) y c) del artículo 3.º.1 de la Ley 7/1991, del Principado de Asturias al que nos hemos referido.

Hemos de insistir en la para nosotros importante existencia de una normativa de carácter general y unitaria, promulgada por el Estado y perfectamente compatible, dentro claro es de unos límites que pueden perfectamente ser indicados, con las disposiciones de las diferentes autonomías a fin de que las

mismas puedan organizar el tratamiento de la tercera edad en la forma que les sea más factible y partiendo siempre de algo fundamental: que la Asistencia y Protección de la tercera edad lo mismo que la de los Menores, es un deber público y por ello nunca puede ser organizado con fines lucrativos.

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Asunción: jurisdicción y fuerza bruta

El director del Centro Penitenciario de Preventivos Madrid I ha dirigido al secretario general de Asuntos Penitenciarios, Antoni Asunción, el oficio que se reproduce a continuación. En él expresa su convicción de hallarse legalmente habilitado para impedir *el acceso por la fuerza* al establecimiento a la Juez de vigilancia penitenciaria encargada del mismo, en este caso acompañada por dos miembros de la asociación *Human Rights Watch* interesados en conocer el modo de operar del juzgado, puesto que —entiende— sólo a él compete decidir sobre la entrada en esa cárcel.

El secretario general, que evidentemente participa de tal burdo criterio, remitió el escrito al Consejo General del Poder Judicial. Pero no parece que lo hiciera en busca de la ilustración jurídico-constitucional que notoriamente tanto precisan él y sus subordinados; aunque cabe esperar que el Consejo no perderá la oportunidad de ejercer un magisterio tan necesario.

Se publica, asimismo, la respuesta al Consejo, de Manuela Carmena, la Juez de vigilancia penitenciaria, que como se ve estuvo al borde del riesgo físico.

Uno y otro texto ilustran a la perfección sobre dos bien diversos modos de usar la cabeza, a los que con tanta fortuna se refirió en alguna ocasión Antonio Machado. Uno de ellos, por cierto, lo bastante lamentable como para que a estas alturas hubiera sido desterrado, cuando menos, de los usos institucionales.

### I. Escrito del director del Centro Penitenciario de Preventivos Madrid I

«A los efectos que considere oportunos debo participar a V.I. los hechos ocurridos el día 18 próximo pasado con ocasión de la visita al establecimiento de la Ilma. Sra. Juez del juzgado de vigilancia penitenciaria número 1 de los de Madrid.

»El incidente que a continuación se relata podría tener la relevancia de un hecho aislado, si bien es de destacar, por lo que a continuación se indica, que ya en ocasiones anteriores han ocurrido hechos similares y que, en palabras de la propia Juez de vigilancia, "podrían repetirse en breve", desconociendo esta dirección de qué personas puede hacerse acompañar su señoría en la próxima ocasión y cuál pueda ser la competencia de esta dirección ante acontecimientos similares, pues si, a pesar de la pro-

hibición de entrada, la Juez insiste en hacerse acompañar de determinadas personas, no cabría más solución que impedirlo por la fuerza física.

»El referido día 18, y sobre las diez horas, se personó en el despacho de esta dirección la Ilma. Sra. Juez de vigilancia acompañada de su secretaria y de dos personas que presentó como don Alejandro Garro y doña Joanma Weschles, manifestando que iban a pasar al interior acompañando al juzgado para ver el funcionamiento del referido juzgado en el interior del establecimiento. Por esta dirección se le preguntó que de qué personas se trataba, a efectos de autorizar o no autorizar su entrada, manifestando que eran un abogado y la directora del programa de la asociación Human Rights Watch. A continuación se le indica el desconocimiento que esta dirección tenía de tal visita, la competencia de ese centro directivo para autorizar tales visitas y, por tanto, la prohibición de acceso al interior del establecimiento. Sin mediar palabra, su señoría apercibe a esta dirección de incumplimiento de su orden y se dirige hacia la puerta del despacho con intención de pasar al interior del establecimiento acompañada de las referidas personas. Ante tales hechos se solicita del juzgado la orden por escrito, procediendo de inmediato por parte de la secretaria del juzgado a la redacción de la misma, así como al apercibimiento a esta dirección de no obstaculizar dicha orden, firmando su señoría y la secretaria. Ante tales hechos, viendo el espectáculo bochornoso que podría producirse en el primer rastrillo si se impedía el acceso por la fuerza, puesto que en ese momento había bastante cúmulo de personas para comunicar, se accede a que pasen al interior del centro, siendo acompañados por el que suscribe y dejándoles bajo la guía y supervisión del jefe de servicios, manifestando el juzgado su intención de visitar cocina y alguna galería.

»De inmediato los hechos se ponen en conocimiento del señor inspector coordinador, ordenando la salida del establecimiento de estas personas. Acto seguido, sobre las 12,30 horas, se comunica tal decisión a su ilustrísima y a las personas que les acompañaban, personalmente por el que suscribe, respondiendo que suspendía la visita que estaba realizando, pero que tenía que recibir a dos internos y que lo iba a hacer en compañía de estas personas y que posteriormente abandonarían todos el establecimiento. Acto seguido se reitera a las dos per-

sonas acompañantes la necesidad de que abandonasen el centro, manifestando que se adherían a la postura mantenida por la Juez, sin tomar ningún tipo de medida al respecto por lo bochornoso que hubiera resultado utilizar la fuerza. Es de destacar que uno de los internos que recibe es Esteban Martín Barreña Oveja que pertenece a ETA.

»Sobre las 13,30 abandonan el establecimiento, pidiendo la secretaria del juzgado una copia del escrito de orden y apercibimiento a esta Dirección que habían hecho y manifestado su señoría la urgencia de aclarar este tipo de situaciones, puesto que "en breve volverían a repetirse".

»Tal situación y otras similares, difícilmente pueden hacerse compatibles con la primera atribución que el artículo 276 del Reglamento Penitenciario da al director de un establecimiento de ser representante del poder público y venir obligado a cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos y disposiciones en general. El ejercicio de tal poder llevaría a la utilización de la fuerza para impedir el acceso de éstas u otras personas al interior del establecimiento, método éste no deseable en ningún caso, pero presumiblemente único efectivo para impedir que personas no autorizadas accedan al interior del centro en compañía del juzgado de vigilancia.

»Resultado igualmente difícil el ejercicio de tal atribución de poder cuando el cumplimiento de instrucciones de ese centro directivo conlleva mandatos judiciales en contra con apercibimiento de no obstaculizar dichos mandatos.

»En definitiva, resulta difícil para el que suscribe el ejercicio de las funciones que reglamentariamente le vienen atribuidas al director de un establecimiento o dar cumplimiento a las instrucciones y órdenes de ese centro directivo, cuando son contradictorias por resoluciones judiciales, en este caso del juzgado de vigilancia, y en materia que está fuera de su competencia, como es la autorización de entrada al establecimiento de personas, competencia de ese centro directivo o en su caso de la dirección del establecimiento.

»Atentamente, el director.—Fdo.: José María Pérez Peña.»

## **II. Escrito de la Juez de vigilancia penitencia, Manuela Carmena**

«Ante la comunicación recibida de V.I., tengo a bien comunicarle lo siguiente:

»En primer lugar, entiendo inconvenientes y no conformes al ordenamiento los términos en que el ilustrísimo señor secretario general de Asuntos Penitenciarios se ha dirigido al señor presidente del Consejo General del Poder Judicial. Remite el mismo escrito que titula de queja y que a su vez dice haber recibido del señor director del centro penitenciario Madrid I. La simple y primera lectura del apartado inicial del escrito de referencia, manifiesta una duda y a su vez solicita que se le señalen criterios de actuación para el futuro, respecto a mi actuación en el ejercicio de mi jurisdicción. A la vez que parece atreverse a sugerir la conveniencia de la utilización de la fuerza física contra o para evitar las futuras decisiones.

»Sorprende que el titular de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios no haya sabido contestar al señor director del centro penitenciario y que el mismo, también confundido, se dirigiera al señor presidente del Consejo General del Poder Judicial.

»Imprescindible resulta, en mi criterio, que sin perjuicio de las aclaraciones que a continuación y con mucho gusto expondré a V.I., puntualizando lo siguiente:

»La Administración no puede dirigirse en demanda de asesoramiento jurídico al Consejo General del Poder Judicial respecto a cómo actuar en relación a las decisiones judiciales.

»Ni el artículo 122 de la Constitución española, ni los artículos 104, 107 y 108 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, pueden autorizar en caso alguno, actitudes de esta índole. El artículo 117 de la Constitución establece que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, dependientes, inamovibles, responsables y sometidos al impero de la Ley. Por eso, el propio artículo 104 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: "El Poder Judicial se organiza y ejerce sus funciones con arreglo a los principios de unidad e independencia y que el gobierno de ese poder corresponde al Consejo General del Poder Judicial."

»De ahí, que la Administración debe conocer la independencia del Poder Judicial y respetarla y no actúa acertadamente dirigiéndose al órgano de gobierno del Poder Judicial para asesorarse de cómo comportarse ante las resoluciones de un miembro del Poder Judicial.

»Si poco oportuna entiendo la consulta, cuestión más grave es aún el que la propia secretaria general de Asuntos Penitenciarios no advierta inmediatamente al señor director del centro penitenciario de que contra las resoluciones judiciales no se puede utilizar la fuerza física. Quizás la perjudicial endogamia de la Administración Penitenciaria pueda disculpar lo que espera que no sea más que una simple torpeza.

»La Administración Penitenciaria sólo puede utilizar la fuerza física contra los detenidos y presos que le están confiados y en los supuestos específicamente establecidos en el artículo 45 de la Ley General Penitenciaria y dando cuenta de la utilización de la misma al Juez de vigilancia penitenciaria.

»La Administración Penitenciaria no puede utilizar la fuerza física contra ninguna otra persona, y, por supuesto, no puede utilizarse contra el titular del juzgado de vigilancia penitenciaria.

»En uno u otro caso incurriría en los delitos de coacciones previstos en el artículo 495 del Código Penal o de atentado, previsto en el artículo 231 del Código Penal.

»He de entender que este desconocimiento que la Administración Penitenciaria explicita parece indicar que la misma puede tener sobre la competencia del Juez de vigilancia penitenciaria.

»En este aspecto he de decir que la competencia está claramente determinada en el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, en concordancia entre otros, con el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

»Al Juez de vigilancia penitenciaria, según ese

ámbito competencial, le incumbe entre otras cosas, la visita semanal de las prisiones de su demarcación.

»Asimismo, también en base al número 1 del citado artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, el Juez de vigilancia debe salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos el régimen penitenciario puedan producirse.

»En ese orden de derechos, he de recordar también la existencia del artículo 51 de la Ley General Penitenciaria que autoriza comunicaciones periódicas de forma oral y escrita con familiares, amigos y representantes acreditados de organizaciones e instituciones de cooperación penitenciaria.

»De todas formas, si a pesar del marco competencial que me obliga a actuar garantizando derechos y corrigiendo abusos en la forma en la que actúe, actúo y actuaré, considera la Administración Penitenciaria, que no he obrado conforme a derecho o en el marco de mis competencias, debe acudir al ejercicio de los recursos que le permite la Ley a través de la solicitud de intervención del Ministerio Fiscal, tal y como permite el estatuto del Ministerio Fiscal en su artículo 8 y podrá también sin duda si entiende que el juzgado de vigilancia penitenciaria ha invadido asuntos de su competencia instar el conflicto de jurisdicción a que se refiere el artículo 38-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la forma en la que se desarrolla en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 18 de mayo de 1987, en el capítulo primero que regula los conflictos de jurisdicción entre los juzgados y tribunales de la Administración.

»En modo alguno, pues, puede permitírsele a la Administración que evacue queja o asesoramiento sobre actividades que pueden no complacerle de los miembros del Poder Judicial cuando no ha instado los procedimientos legales que tiene para impugnarlas y mucho menos puede permitírsele la amenaza con la utilización de la fuerza física contra los titulares del Poder Judicial.

»Dicho esto, paso a continuación a narrar lo sucedido con ocasión del incidente del que trae consigo estas diligencias informativas.

»El pasado día 18 de junio, acudí a la Prisión Provincial de Carabanchel para efectuar la visita semanal a que se refiere el artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de efectuar dos o tres horas de inspección y después llevar a cabo determinadas audiencias con los internos. En aquella ocasión me acompañaban las dos personas a que se refiere el escrito, pues tal y como venía siendo habitual el juzgado de vigilancia ha ido acompañado de determinadas personas interesadas en conocer el funcionamiento del juzgado. En la medida en que lo recuerdo, puedo citar que en ocasiones me han acompañado alumnos de la Escuela Judicial, miembros de la Judicatura francesa (éstos remitidos a mi juzgado por el propio Consejo General del Poder Judicial), profesores extranjeros interesados en conocer la institución del juzgado por lo novedoso de la misma, tanto en el marco nacional como internacional.

»Nunca hubo ningún problema. Siempre el señor

director recibía al juzgado acompañado o no, con toda cortesía y corrección.

»Sin embargo, desde hace algunos meses, funcionarios del juzgado que lógicamente también me acompañan o que acuden al centro penitenciario a desempeñar las funciones técnicas o auxiliares que les corresponden, comenzaron a tener problemas.

»En concreto, la señora médico forense del juzgado, se le impidió en una ocasión la entrada, así como también a la señora psicóloga del juzgado. El señor director me manifestó que por su parte no había ningún problema, pero que había recibido órdenes de la Secretaría General de que no pasara ningún psicólogo del juzgado de vigilancia.

»Aclaré al señor director que debía tratarse de problemas de mala interpretación, pues precisamente la psicóloga había sido designada, a propuesta mía, por el propio Ministerio de Justicia.

»En otras ocasiones tuve que autorizar también la entrada en la prisión de familiares, médicos o miembros de organizaciones colaboradoras con la gestión penitenciaria como consecuencia de recursos o quejas efectuados por internos por denegación de los derechos a que se refiere el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria.

»En concreto, el día de autos fue el propio señor director quien me solicitó que le hiciera un requerimiento por escrito a los efectos de justificarse con sus superiores.

»En ningún momento se me dio razón alguna por la que no me pudieran acompañar en aquella ocasión las dos personas de la Organización de los Derechos Humanos de referencia.

»La inspección de aquel día, según creo recordar, fue en la galería cultural, pues la maestra del centro deseaba que yo visitase una exposición que habían organizado sobre el Museo del Prado, también en la quinta galería, ya que se me había comunicado que se estaban instalando cortinas en las celdas (la inexistencia de las mismas había dado lugar a que los internos utilizaran trozos de telas y mantas, lo que había provocado sanciones que este juzgado había levantado). En el momento que el juzgado abandonaba la quinta galería, el señor director acudía a nuestro encuentro y muy abrumado manifestó que había recibido órdenes de que aquellas personas abandonaran el centro penitenciario, sin añadir razón o motivación de ninguna índole. Al verle tan preocupado y dado que había transcurrido casi el tiempo que había pensado dedicar a la inspección, le manifesté que pasaba a hacer las audiencias naturalmente en compañía de las personas citadas, pues tenían especial interés en ver el desarrollo del juzgado en ese aspecto. Concluida la misma, nos despedimos del señor director con la cordialidad habitual y sin que el mismo planteara propósito de queja o protestas de ningún tipo.

»En mi criterio, el Juez puede y debe permitir que su actividad sea contemplada siempre que no exista impedimento de algún tipo. No podemos olvidar que la Constitución establece el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, recogiendo así garantías históricas del ejercicio de la jurisdicción que vienen recogidas en nuestras leyes procesales ya centenarias.

»Por supuesto que no existe norma alguna, ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil que describa el desarrollo de la publicidad en las actividades que el Juez realiza fuera de la sede judicial. Sólo en cuanto supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos ofrece una pauta de la publicidad interesante en la limitación para el desarrollo de la prueba de la confesión judicial, cuando ésta por causas de imposibilidad o enfermedad física, se realiza en el domicilio de una de las partes.

»Recogiendo este elemento analógico del artículo 591 junto con las limitaciones que pudieran encontrar en ambas leyes procesales y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 301 y 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 314 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), podemos decir que las limitaciones a la publicidad pueden agruparse por razón de orden público procesal de moralidad o de la intimidad de las personas.

»Si la Ley no regula de forma específica el desarrollo de este principio de publicidad (que es de rango constitucional), el Juez ha de valorar en cada

caso concreto si existe alguna colisión con otros derechos también constitucionales como es el caso del de la intimidad o el del orden público procesal que puede a su vez poner en cuestión el principio de la justicia efectiva que recoge el artículo 24 de la Constitución.

»Siempre que visito los centros penitenciarios, antes de entrar en las celdas de los internos, me identifico y ruego me permitan la entrada (sin que nunca haya tenido problema alguno).

»En conclusión, la actividad de los jueces ha de ser transparente porque así lo quiere la Constitución y porque así han de actuar los poderes públicos en un Estado de Derecho como norma general.

»Entiendo que mi actuación fue correcta y conforme a la Constitución y en aplicación del artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así lo entendí y desarrollé en el ejercicio de mi jurisdicción.

»Ni entonces ni ahora, la Administración motivó de forma alguna la razón por la que se me impedía ser acompañada de aquellas dos personas que desde hace más de tres meses me habían solicitado conocer las actividades del juzgado »

Madrid, a 16 de septiembre de 1991.

# INTERNACIONAL

## La formación de los magistrados en Europa y el papel de los sindicatos y de las asociaciones profesionales. ¿Qué formación, para qué justicia, en qué sociedad?\*

Salvatore SENESE

### INTRODUCCION

Desde un punto de vista muy general, las organizaciones profesionales de magistrados pueden ser consideradas como una manifestación del más amplio fenómeno del asociacionismo, que tuvo su desarrollo en las sociedades liberales en el curso de los último ciento cincuenta años. Así, gran parte de las exigencias a las que responden y de las críticas que suscitan pueden ser reconducidas en cierta medida a las exigencias de las que nacen las formaciones sociales llamadas *intermedias* y a las críticas que éstas provocan.

El racionalismo iusnaturalista y la revolución francesa, como es sabido, fueron hostiles a todas las formas de *órdenes intermedios*, percibidos como una amenaza para la unidad del cuerpo político, una fuente de desigualdad y de privilegios, un indeseable diafragma entre los individuos y el Estado, puesto que el origen consensual del poder bastaría para asegurar la libertad de cada uno. Pero después de la experiencia revolucionaria y posrevolucionaria, se vio cada vez más claridad que la sociedad civil no estaba en modo alguno compuesta de individuos libres e iguales, como había postulado el contractualismo iusnaturalista, y que el desarrollo de la sociedad industrial no provocaba de ninguna manera una progresiva disolución del Estado sino que, por el contrario, determinaba la ampliación de sus competencias y de sus aparatos. La hipótesis de la reducción de todo el Estado a la voluntad general y de esta última a la expresión auténtica del interés común, por otro lado, fue revelándose en contradicción con los resultados del análisis de la realidad sociopolítica. La historia real de los seres humanos aparece cada vez más arraigada en la sociedad civil, donde se forman las relaciones económicas, las clases sociales, las orientaciones ideales, y donde los hombres se organizan y entran en conflicto. Es en

este terreno donde el individuo desarrolla su personalidad y persigue sus propios intereses; y también donde el hecho asociativo adquiere consistencia y relieve y resulta valorizado por el pensamiento liberal, no solamente como mediación entre el individuo y el Estado, sino también como instrumento para imponer un correcto funcionamiento de las instituciones estatales, conectarlas realmente con el pueblo y reconducir su actividad a los principios de libertad e igualdad en nombre de los cuales aquéllas se legitiman. El pensamiento liberal-democrático reconoció, en efecto, bien pronto que la democracia política y el Estado de derecho funcionan mejor allí donde la sociedad civil conoce un fuerte movimiento asociacionista. Alexis de Tocqueville identificó en el desarrollo del espíritu asociativo de la América de su tiempo una de las fuentes de la democracia en aquel país. La tradición cultural cristiano-social y la tradición socialista valorizaron a su vez, aunque con acentos y desde perspectivas diversas, la importancia de las formaciones intermedias y del asociacionismo como instrumentos de progreso cultural, social y político.

Ha llegado así a crearse, en el pensamiento político moderno, un amplio consenso en torno a la idea de que la emersión y la defensa colectiva de intereses sectoriales representan una garantía contra la opresión estatalista; que la unidad diferenciada garantiza la fidelidad a los principios del pacto social mejor que pueda hacerse a través de la concentración de poder en el Estado; en suma, que los ciudadanos controlan mejor al Estado y los poderes públicos si las diversas instancias de la sociedad civil alcanzan a expresarse colectivamente. La expresión *pluralismo*, hoy corriente, remite a una concepción de este género.

Sin embargo, la valoración positiva que, en líneas generales, se da del asociacionismo y de las formaciones sociales intermedias, no puede hacernos ig-

\* Texto de la conferencia de introducción a las jornadas del mismo título que, organizadas por *Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades* (MEDEL) y la Universidad de Tries-

(Italia) se celebraron en esta ciudad durante los días 7-9 de junio de 1991.

norar que el fenómeno —al desarrollarse en el campo de la sociedad civil, marcado por profundas desigualdades y desequilibrios— está expuesto a un doble y convergente peligro: por una parte, el de generar potentes corporaciones que acaben por imponer al Estado y a la comunidad sus propios intereses particulares; por otra, el de dar vida a centros de poder capaces de sojuzgar a los individuos singulares miembros de la asociación y de negar los mismos intereses para cuya tutela se justifica la existencia de la formación intermedia. El ejemplo de los *lobbies* sindicales de los Estados Unidos ilustra bastante bien este doble peligro. Pero, frente a él, serviría de poco invocar un abstracto reforzamiento del Estado o la reducción del pluralismo; es preciso, por el contrario, apuntar a la ampliación de la dialéctica social y política, a la defensa consecuente de las libertades individuales frente a todos los centros de poder, a la protección de las minorías y de los discrepantes; en una palabra, a la dilatación de la democracia, de modo que ésta rijá también la vida de los grupos intermedios y enlace sus dinámicas con las dinámicas y con la dialéctica que se desarrollan en el conjunto del cuerpo social.

Es dentro de las grandes coordenadas apenas apuntadas aquí, que delimitan los problemas propios de las formaciones sociales intermedias, donde a mi juicio cabe encuadrar el debate sobre el asociacionismo en la magistratura.

En los países de la Europa continental cuyas instituciones derivan del (o han sufrido la influencia del) modelo napoleónico, los magistrados constituyen una burocracia, aunque este término debe tomarse en un sentido muy amplio. Los magistrados en cualquier caso forman parte de los aparatos del Estado. Por otro lado, sin embargo, están encargados de un servicio que implica una decisión imparcial sobre las pretensiones del mismo Estado frente a los ciudadanos y de éstos hacia el Estado. El poder político no puede renunciar a este momento de «control» que caracteriza a su acción como situada al margen de la lógica de las contingentes relaciones de fuerza y, por tanto, lo legitima a los ojos de los ciudadanos. Al mismo tiempo, sin embargo, aquél se resiste a extraer, en el plano institucional, todas las consecuencias que implica el papel confiado a la magistratura, es decir, a renunciar a toda forma de control sobre la misma. Durante mucho tiempo (y en parte todavía hoy, aunque en muy diversa medida según los países), la solución adoptada ha sido la de contrapesar dos exigencias opuestas que ya se habían hecho evidentes durante la Restauración: un poder ejecutivo que sea el animador central del conjunto de la vida política y en el que se unifiquen todos los poderes del Estado y un poder judicial independiente como única garantía de la libertad de los ciudadanos. En esta solución, por lo demás, la independencia permanece como proclamación ideológica, prescripción de un abstracto «debe ser» desprovista de la instrumentación institucional capaz de hacerla efectiva, mientras la concentración en el ejecutivo de todos los poderes de administración (comprendidos los de administración del cuerpo judicial) le permite una amplia posibilidad de intervención sobre la magistratura, cuya independencia resulta condicionada y en grado tanto mayor cuanto más jerar-

quizada esté la carrera. Como ejemplo actual de una situación semejante (que encontraba, para Italia, una ilustración paradigmática en el Estatuto albertino y en los diversos ordenamientos judiciales del reino de Italia), puede evocarse la solución actualmente vigente en Francia donde la Constitución de 1958 declara al presidente de la República «garante de la independencia de los magistrados» mientras atribuye íntegramente al circuito Gobierno-presidente el control de la carrera y del *status* del magistrado.

Sin embargo, en todos los países de que se trata, los mecanismos estatutarios de condicionamiento del personal judicial no conducen a la anulación total de la independencia de la justicia, ya que este valor sigue siendo parte no desdeñable de la ideología oficial y, por esta vía, pasa a las conciencias y a la opinión pública. Cuanto más fuerte y extendida sea la dialéctica política, más sólidas las tradiciones profesionales, más libre y atenta la prensa, tanto más enérgicas serán las resistencias a los inevitables atentados contra la independencia. La dialéctica entre las dos opuestas exigencias antes recordadas tenderá así a convertirse en un elemento de tensión dentro del sistema político y a encontrar en el funcionamiento de este último un propio equilibrio inestable.

Este elemento de tensión afecta necesariamente al magistrado haciéndole advertir los problemas ligados a una dialéctica semejante como problemas propios de su profesión. De aquí el estímulo a encontrarse con otros magistrados y a asociarse con ellos para debatir aquellos problemas y afornarlos juntos. De hecho, muchas de las organizaciones profesionales de los magistrados nacen en torno a una reivindicación-defensa de la independencia. Casi siempre, a este núcleo fuerte se añaden otras finalidades, más o menos conexas a él (tutela del prestigio, salvaguardia de los intereses económicos, mejoramiento de las condiciones de trabajo, etc.). Bastantes más raros (aunque no faltan) son los casos en los que una asociación de magistrados nace por motivos y por finalidades no ligados a reivindicaciones de independencia o incluso sólo para conseguir un espacio social para los magistrados y sus familias.

El fenómeno de la constitución de formaciones sociales de base profesional, que tienen como finalidad la actuación del principio de independencia judicial, no puede sino ser juzgado positivamente desde un punto de vista liberal-democrático. Esto en efecto, por lo general, es el signo de la emergencia, en el interior de la magistratura, de una conciencia *lato sensu* política, capaz de representar un ulterior punto de resistencia para la independencia del juez y de suscitar una reflexión crítica sobre los condicionamientos de la función; además, una organización profesional de magistrados pueden enriquecer el debate político general sobre la justicia a través de la aportación de las competencias específicas de las que este nuevo grupo social se nutre. La dialéctica será mucho más viva si, frente al Gobierno, las razones de la independencia de la justicia cuentan también con el apoyo de un grupo profesional de magistrados. Esto explica por qué habitualmente (aunque no faltan excepciones) el poder político ve con desconfianza el nacimiento de tales organiza-

ciones. Los argumentos avanzados o sugeridos contra ellas (en no pocas ocasiones recibidos también dentro del mismo orden judicial) retoman las objeciones contra las formaciones intermedias, conjugándolas paradójicamente con una abstracta exaltación de la independencia: una organización profesional —se dice— constituiría un peligro para la independencia del juez individualmente considerado, un centro de presión indirecta sobre su conciencia, un vehículo de las tensiones y de los conflictos de la sociedad civil hacia el interior de la ciudadela de la justicia. E incluso: los jueces constituidos en asociación podrían colocarse como una corporación frente al Estado y a la colectividad, casi nuevos mandarines; o sea, la naturaleza por completo privada de tales asociaciones nunca podría conciliarse con la relevancia pública e incluso constitucional de las materias sobre las que aquéllas pretenderían incidir.

Muchas de estas objeciones, obviamente, captan peligros reales o posibles modos de ser y de funcionar de las organizaciones profesionales de magistrados. Como todas las formaciones intermedias, éstas pueden jugar un papel progresivo o regresivo, ser instrumento de democracia y de libertad o de privilegios y de clausuras corporativas. Y como para todas las formaciones intermedias, el remedio contra los peligros que éstas presentan no puede venir de su prohibición o marginación, sino que debe buscarse en el desarrollo de la democracia interna y en una fuerte conexión de los fines asociativos con los valores de democracia y de libertad. Retomando el subtítulo de esta intervención podría decirse, entonces, que la cuestión es: *¿qué organización profesional de magistrados para una sociedad liberal-democrática?*

Es una cuestión todavía más pertinente si se considera la innegable y fuerte incidencia que el asociacionismo tiene en la formación del magistrado.

Por lo general, cuando se habla de esta formación, se piensa en el bagaje de técnicas y de conocimientos de que debe estar provisto el magistrado para ejercer de modo satisfactorio su propia función. Aunque, junto a tal dimensión (que podremos llamar técnico-jurídica), la formación comprende —como bien se ha dicho— también una dimensión de «formación para el rol», entendida como «adquisición de actitudes y de conocimientos» necesarios para el ejercicio de la función: se trata de un saber que no está dirigido tanto al «saber hacer» como al «saber ser» y que comprende también la racionalización de las motivaciones profesionales y la elaboración de una «cultura de la jurisdicción», que no puede recaerse de una específica disciplina sino que implica conciencia de los valores en juego en el ejercicio de la jurisdicción, del posible conflicto entre tales valores, de los márgenes de atemperación abiertos a la intervención del juez; de la relación entre sistema normativo, realidad social y función jurisdiccional; y otro aún. Contigua a tal cultura y en parte entrelazada con ella está también la deontología, dimensión ulterior de la formación del magistrado, que comprende aquel conjunto de reglas de comportamiento en las que el magistrado debe inspirar la propia conducta y que sólo en mínima parte se encuentran codificadas, apareciendo en lo demás remitidas (bien o mal, es otra cuestión) a una especie de hábito o

de deducción de una serie de principios generales.

Estos tres momentos fundamentales de la formación del magistrado constituyen el objeto de una específica intervención institucional allí donde existan instituciones calificables como *escuela de la magistratura*. En los países donde falta tal institución, las intervenciones institucionales —aunque puedan en alguna medida referirse al momento técnico-jurídico— faltan del todo respecto a los otros momentos, para los cuales la formación, en el plano institucional, está confiada casi exclusivamente a la relación que se establece con los colegas más antiguos y con los estereotipos que circulan en el ambiente judicial en el que se mueve el magistrado (relación que puede ser, por las más diversas razones, de adhesión o de rechazo), y resulta por consiguiente absolutamente casual. Sin embargo, exista o no una escuela de la magistratura, en todos los países en los que opera una organización profesional de magistrados, la formación de los mismos resulta sensiblemente influenciada por ella, con independencia de la relación que guarde tal influencia con la actividad de la eventual escuela.

El momento de formación que más acusa la presencia de una organización profesional de magistrados es sin duda el que se refiere a la formación para el rol. Sin embargo también la formación técnico-jurídica se nutre del asociacionismo judicial: la más antigua asociación de jueces de Bélgica, la *Union Royale des Juges de Paix*, fue creada a finales del siglo XIX, precisamente por impulso del ministro de justicia de la época Le Jeune, a finde preparar profesionalmente a los jueces de paz para las nuevas tareas que el mismo ministro pensaba atribuirles en relación con la infancia abandonada. La referencia a la formación técnico-jurídica está presente, por otra parte, en todos los estatutos de las diversas asociaciones de magistrados que se han sucedido desde entonces en Bélgica y que —hasta la constitución de la Asociación Sindical de los Magistrados Belgas— no parecían tener particulares preocupaciones por los problemas del rol. «Durante mucho tiempo —escribía en 1978 el sustituto procurador general Vandeplass— la magistratura belga ha estado persuadida de que el ministro de Justicia era el mejor defensor de sus prerrogativas, de sus intereses y de sus privilegios y que sería inútil si no inoportuno, asociarse para defender sus propios derechos».

Una marcada vocación hacia la formación para el rol y una incidencia indudable al respecto tuvieron por el contrario, entre las asociaciones más antiguas, la *Associazione Generale dei Magistrati Italiani*, nacida en Milán el 2 de junio de 1909 y el *Deutsche Richterbund*, nacido el 1 de enero de 1909 de la fusión de 17 asociaciones regionales de jueces. Ambas formaciones se caracterizaron también por el hecho de que bien pronto contaron con gran número de afiliados, al punto de constituir expresiones realmente representativas de la profesión.

La experiencia alemana, en especial, puede ser considerada como una ilustración ejemplar de la relación entre asociacionismo judicial y formación para el rol del magistrado, porque durante los años de Weimar tuvieron que coexistir dos distintas asociaciones de jueces, expresión a su vez de dos opuestas concepciones de la función y de dos culturas

opuestas que marcaron en profundidad a sus respectivos afiliados. El ya recordado *Deutsche Richterbund* había puesto como fundamento de sus propios estatutos la defensa de la independencia y del apoliticismo del magistrado, entendidos la primera en sentido completamente corporativo y la segunda en sentido metafísico, de modo que la justicia que se construía sobre estos postulados acababa por presentarse como extrañada de las vicisitudes históricas, situada fuera del tiempo, atenta sobre todo a administrar una coherencia y sistematicidad normativa que celebraba en el *BGB* sus propios *factos*. Esta cultura, puesta frente a la dramática quiebra del *Reich* y al advenimiento de la democracia, no alcanzó a percibir lo nuevo y el cambio sino en términos de «desorden», de irrupción de la política en la legislación, de pérdida de sentido del ordenamiento. En nombre del apoliticismo y de la independencia, los jueces del *Deutsche Richterbund* rechazaron la soberanía popular y sus (a sus ojos) desordenados productos legislativos, rechazaron la democracia y las leyes-compromiso que ésta producía, contrapusieron a la legalidad del parlamento los principios de la equidad (*Treu and Glauben*) extraídos del código civil; y siguiendo tal deriva acabaron por aceptar en su gran mayoría el nazismo, en cuyas filas sin entusiasmo pero sin resistencia se integraron aceptando también que la asociación, entonces con 13.000 miembros, confluyese el 25 de mayo de 1933 en la asociación de los juristas nacionalsocialistas dirigida por el hoy tristemente célebre doctor Franck. Había entre aquellos jueces reaccionarios o fascistas, pero la media estaba formada por honestos conservadores y diligentes juristas formados en la escuela de la codificación y del positivismo jurídico: su representante podría ser aquel Palandt, juez afiliado al *Deutsche Richterbund* que, tras haber servido a Weimar entró en el Ministerio de Justicia nazi y que hizo allí su propia carrera publicando, a fines de los años treinta, un famosísimo comentario al código civil, que ha alcanzado hace algunos años su cuadrigésima edición.

Para ayudar a los jueces a convertirse a la democracia, se fundó en 1922 otra asociación, el *Republikanische Richterbund*, que tenía entre sus fines trabajar para realizar una «plena concordancia del derecho con el ordenamiento republicano». La aproximación racional y crítica a los temas de la justicia y del Estado, la ampliación del horizonte cultural de los jueces más allá de los ámbitos de la tradición, la apertura a lo nuevo, fueron los rasgos característicos de la nueva asociación y del órgano —*Justiz*— que empezó a publicar a partir de 1925. Para tener una idea de la cultura de que esta asociación era expresión y fuente al mismo tiempo, bastará decir que estaba abierta también a no magistrados; que entre sus miembros más activos figuraron nombres como los de Radbruch, Fraenkel, Sinzheimer; que las columnas de su periódico estaban abiertas a contribuciones de estudiosos como Gumbel, Laun, Thoma, Kelsen (que precisamente publicó en *Justiz* el ensayo *Quien debe ser el cus-*

*todio de la Constitución*, del que en estos últimos tiempos se habla tan a menudo en Italia), o de escritores como Thomas Mann.

La profunda diversidad de formación a que las dos asociaciones daban impulso puede percibirse recordando que uno de los fundadores de esta última, Kempner, huido del nazismo, volvió a Alemania como fiscal del proceso de Nuremberg.

La formación para el rol y la deontología, pueden así dar lugar a posiciones bastante diversas; lo que es del todo natural cuando se mueven en un terreno eminentemente cultural. A tal diversidad corresponderá una diversidad de asociaciones, que no podrá ser considerada un mal si se entiende el pluralismo como un rasgo fundamental de nuestras sociedades y culturas.

Sin embargo, queriendo dar una respuesta a la cuestión «¿Qué organización profesional de magistrados para una sociedad liberal-democrática?», se puede observar que, después de la segunda guerra mundial, se han establecido algunos principios transnacionales que obligan a los ordenamientos nacionales al respeto de los derechos fundamentales de los hombres y que entre tales principios, se ha entendido recientemente que debe estar la tutela de la independencia de los magistrados y abogados. En particular, el séptimo congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen, que tuvo lugar en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, aprobó por unanimidad 20 principios relativos a la independencia de la magistratura y el correspondiente documento ha sido aprobado y hecho propio por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985. Desde entonces la actividad de las Naciones Unidas sobre este tema ha dado lugar a importantes documentos y resoluciones dirigidas a crear las condiciones para hacer efectivos aquellos principios. En tales documentos se subraya constantemente el nexo estrechísimo que existe entre independencia de la magistratura y tutela de los derechos fundamentales así como entre formación del juez y defensa de tales derechos; y además se ha hecho luz sobre la importancia que tienen las asociaciones profesionales de magistrados, para los fines de la tutela de la independencia de los jueces y de su formación.

Estando fuera de discusión el pluralismo que debe caracterizar al nacimiento y la orientación de las organizaciones profesionales de magistrados, existen hoy suficientes elementos para firmar que que pretenda permanecer fiel a los grandes valores culturales inscritos en la Carta de la ONU y en los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales que son actuación de la Carta, habrá de esforzarse para que las organizaciones profesionales de magistrados se orienten a la defensa el fortalecimiento de la independencia judicial como medio para el fin de la tutela de los derechos fundamentales y para que la formación para el rol que fluye de las organizaciones encuentre en la conciencia de ese estrechísimo nexo su propio punto de partida.

(Traducción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

# La situación de la justicia en Ecuador

Nicolás CASSIS MARTINEZ

Es indudable la dificultad para señalar en forma objetiva e imparcial, la situación de la administración de justicia de un país. Reflejarla para la lectura entraña describirla y así hacerlo supone enfocarla desde sus elementos constitutivos. Unos miran su estructura orgánica, otros los procedimientos legales que la enmarcan y a los que debe someterse estricto sensu, y unos terceros son los subjetivos, de los que jamás, por mayores leyes que hubieren, pueden liberarse. Estos últimos se refieren a los individuos o personas a quienes se delega y encarga la aplicación de las normas reguladoras tanto sustantivas o sustanciales como formales o adjetivas o procesales; sus requisitos académicos, su preparación, experiencia, estudios, y porqué no su formación frente a los problemas sociales, conforman la subjetividad de este elemento integrador. Los primeros, tienen que ver con la organización de la justicia, cómo y por quiénes se administra: sus tribunales, cortes y jueces u otro tipo de órganos jurisdiccionales, deberes y derechos, ascensos o carrera judicial Y, en cuanto a los procesales, son las leyes del país las que determinan que la justicia sea o no sea social, sea o no sea ágil, sea o no sea mediadora de la paz social, sea o no sea actualizada frente a las corrientes renovadoras.

Así planteado el asunto o tema de este informativo ubiquémonos en el lugar que nos toca.

## ESTRUCTURA JURISDICCIONAL Y MATERIAL

En el Ecuador, son la Constitución de la República, y la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional las que determinan la estructura judicial del país, acompañadas de la Ley de lo Contencioso Administrativo para el Tribunal de ese mismo nombre y del Código Tributario para el Tribunal Fiscal. Se identifica, entonces, lo judicial sólo para asuntos civiles, penales, laborales, de inquilinato y de tránsito terrestre; lo contencioso administrativo para asuntos de esta materia; y, lo fiscal para cuestiones tributarias fiscales nacionales y regionales. Pero, frente a éstas existe una gama extensa de jurisdicciones especiales, como militar, de policía nacional, aduanera, marítima, aérea, de uso de aguas, de tierras, de contratación pública, de caminos públicos, municipal, provincial, etc., para citar las más conocidas; cada una de las cuales tiene su propia normatividad procesal. Esta variedad de delegaciones jurisdiccionales, crea, a no dudarlo, una inmensa dificultad tanto en su conocimiento como en su aplicación. Pues, a medida que se ha legislado con las nuevas corrientes y necesidades socioeconómicas, el legislador ha

creído oportuno dictar nuevas normas de procedimiento que procuren la celeridad del trámite, al reconocer las características de lentitud de la Ley procesal ordinaria y anterior, cortando el camino con un tajo y no reconstruyendo el mismo camino, como mejor solución general. En cada uno de los campos señalados se establecen los órganos competentes de solución de conflictos. En este informativo nos referimos únicamente al judicial, por entender que es el que nos interesa como magistrados y jueces comunes u ordinarios o especiales, en el ámbito específico civil o penal, como en el laboral, de inquilinato o de tránsito terrestre. Los organismos judiciales se distribuyen por su jerarquía para resolver en tres instancias: los jueces de primer nivel, las Cortes Superiores de segundo grado (15 en el país) que abarcan las 21 provincias (5 en la Costa, 10 en la Región Interandina, 5 en la oriental y 1 en la Insular o Galápagos); y la Corte Suprema de Justicia integrada por 16 Ministros Jueces. No es esta última, una Corte de Casación y Revisión, como lo es en los demás países. Tal situación ha merecido en la actualidad una corriente renovadora para convertirla a este tipo, desterrando así su impropia función de resolver generalmente asuntos de poca monta, descuidando su específica función reguladora de la aplicación de las leyes en fallos contradictorios o en dudas de interpretación de aquéllos, de directora de la informática inexistente hasta ahora en Ecuador, generadora de reformas legales o de nuevas normas sustanciales o procesales, fiscalizadora de las actuaciones de los otros órganos judiciales, etc.; funciones éstas descuidadas hasta ahora frente a la masiva resolución de juicios que llegan a ella. Con solo mencionar que asuntos civiles o mercantiles de cuantía de s/.50.000.000 en adelante (50 dólares U.S.A.) tienen hasta tres instancias (Corte Suprema) es suficiente para describir tan negativa distribución gradual de la jurisdicción en nuestro país. En lugares donde existen dos o más jueces de una misma materia, la competencia se fija por sorteo. Es norma consagrada en la Constitución y recogida en leyes y reglamentos. Se inicia la instancia con demanda; no hay procedimiento previo, ni jueces de paz, ni proceso monitor.

Esta estructura congestiona la actividad judicial en el primer nivel, volviendo extremadamente lenta a la justicia, crítica implacable de la cual no ha podido liberarse, por ser real. Todo asunto controvertido litigioso judicial y aún no controvertido (voluntario) señalado en las leyes, cualquiera que sea su importancia, en lo económico o en lo social o en lo legal, llega a conocimiento y resolución de estos jueces. ¿Cómo exigirles prontitud; y cómo entonces certeza

para dar paso a lo primero? A esto se añade que en regiones de elevada población, el número de jueces es de proporción menor frente a otras de población reducida; mientras un Juez civil en Guayaquil, recibe en el año promedio de 1.000 juicios, uno de Latacunga no excede de 200; y, a ambos se trata en igualdad de remuneración y de asistencia material. Pero, reconocido el hecho, se difiere sin embaro su solución, a pesar del progresivo aumento de los asuntos litigiosos. Este particular está auspiciado, por cierto, por la despreocupación nacional para enfrentar el problema. La función jurisdiccional en Ecuador no obtiene ni el 0,5 por 100 del Presupuesto Nacional. Una actitud como ésta es disociadora y atentadora contra el mismo Estado. Desde hace algunos años, no muchos, ha surgido la corriente de reconocerle un porcentaje dignificante, que la ubique en el sitio correspondiente. No cuenta con suficientes auxiliares, no existe división de personal, la atención social y médica es nula, no hay seguridad en estabilidad, se desconoce la informática, no cuenta con espacios judiciales apropiados. Existe una verdadera penuria económica en lo judicial. El país sabe que el conserje de un banco privado o estatal o de otra institución importante del Ejecutivo, por ejemplo, tiene una remuneración mayor a la de un Magistrado de Corte Superior. Todos en Ecuador abrigamos la esperanza de que en corto tiempo esta imagen cambie sustancialmente.

## LAS LEYES PROCESALES

La justicia se alimenta de las leyes que la enmarcan y se vigoriza según la consistencia del alimento. Leyes formales anacrónicas, confusas, no uniformes, mantienen una justicia desnutrida, inapropiada para el exigente resultado que requiere actualmente la sociedad. La numerosa variedad de procedimientos, tanto en lo penal como en lo civil (en este último se excede de 30) con aplicaciones diversas aún en un mismo campo, contrarían con las corrientes renovadoras. El proyecto de un Código de Procedimiento Tipo para Latinoamérica es reconocedor de que la variedad procesal es inversamente proporcional a la efectividad de la justicia. Mientras en lo civil y comercial se mantiene el criterio fijo de una cuantía de s/. 50.000,00 para el último recurso, en otros campos como el laboral, lo cuantitativo está dado en base al salario mínimo vital del trabajador, lo que es más apropiado y de vigencia constante, dado el proceso inflacionario de nuestras economías. Y a pesar de las puntualizaciones en este campo, nada se ha hecho para cambiar el criterio, actualizándolo y informándolo. Otras leyes, en lo procesal y aún en lo sustancial, ya han recogido este criterio salarial para fijar la cuantía de multas, y de procedibilidad de recursos. Cada vez que se presente una demanda-tipo, el Juez debe recurrir al Código procesal para procurarse la información del procedimiento dada su variedad como dijimos ya. ¿Cuál es la razón? Ninguna. Su formulación obedeció a otras épocas, cuyos resultados si bien exigentes como ahora, eran susceptibles por el mínimo número de conflictos. Cada vez que surgía un nuevo tipo, se le daba su

propia vía, acomodada a la época y a las corrientes procesales del momento. Si así lo fue, así debe serlo ahora. Crear un tipo de procedimiento que abarque todos los conflictos sería, a mi parecer, producir un alimento nutritivo para la justicia pronta y eficaz.

La declaración constitucional de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, no encuentra eco ni en las leyes procesales ni en la actuación de la generalidad de los jueces y magistrados. Meras faltas procesales inclinan a los juzgadores a la reposición, previa declaratoria de nulidad, y no a encarar al litigio, amparado en la norma constitucional. Si bien tal actitud ha disminuido en los últimos años, no ha sido del todo desarraigada.

Hasta diciembre de 1978 en Ecuador se mantuvo el proceso ordinario clásico, de extrema lentitud, y aún ahora existen procedimientos influenciados por esa corriente que hacen infinitos los procesos en el tiempo, como el caso de la partición de bienes hereditarios, al disponer como primer paso la resolución de cuestiones previas, susceptibles de ser recurridas, para luego regresar a conocer y solucionar lo principal, cuando bien lo uno y lo otro pueden tratarse al mismo tiempo. No es de extrañar que juicios de este tipo duren algunos lustros hasta su solución. Lo indicado es suficiente para mostrar que el vicio de no prontitud de la justicia, está influenciado por leyes procesales desactualizadas. Sólo en el campo laboral se ha avanzado, limitando la posibilidad de recurrir por la parte fuerte de la relación económica-laboral que lo es el empleador demandado, al establecer o fijar una cuantía para el recurso que aumenta por basarse en el salario mínimo vital del trabajador.

## ELEMENTO HUMANO

La justicia está delegada a personas naturales, a los hombres y a las mujeres; y, a éstas en mínimo número aún. Hasta la actualidad no ha habido una mujer en la Corte Suprema. En la Corte Superior más importante del país, que es la de Guayaquil, sólo en enero de 1988 se designó a una mujer entre sus 16 integrantes, por primera vez. Este elemento implica una relación directamente proporcional entre su actitud social y garantizadora de los derechos de la persona y demás consagrados en la Constitución, con la efectividad actual de la justicia. Jueces y magistrados desprovistos de criterios sociales imperantes y encerrados en esferas típicas desactualizadas o impropias, coadyuvan a agravar la ineficacia de la justicia. Dada la complejidad de los estudios universitarios, se mantienen aún requisitos mínimos para juzgar. Un abogado con tres años de experiencia pueden convertirse en juez civil, penal o de trabajo, y con sólo dos años puede serlo de tránsito terrestre; no hay institutos universitarios o post universitarios para instruir a futuros jueces, ni hay escuelas dirigidas por la Función Judicial para actualizar e informar a sus jueces y a incentivarlos en sus decisiones; ni hay informática en lo más mínimo, ni información cruzada entre los jueces para unificar procedimientos elementales. Si bien las leyes son determinantes en la actividad ju-

dicial, es más amplia la influencia en la justicia por la actitud social que adopten los jueces al valorar las pruebas o al dar prioridades solucionadoras, según sea el conflicto llegado a su conocimiento. La iniciativa judicial en el trámite civil, es casi nula, por la tradicional imposición del principio dispositivo. La efectividad de la justicia exige actualmente una mayor participación y disposición del juez en el procedimiento, que evite la consagración de la lentitud auspiciada por la parte interesada, en demorarlo, afectándolo. Esta corriente renovadora debe declararse prioritaria y sustancial en el proceso contemporáneo; pero exige, a su vez, jueces debida y suficientemente preparados y auxiliados con una estructura informática, aunque sea elemental.

## **CONCLUSION**

El esquema aquí trazado abarca sólo aspectos generales, tendentes a configurar la situación de la justicia en Ecuador. No recoge toda su problemática ni mucho menos la necesidad reformadora que implique su eficacia. Resaltar sus falencias, como se ha hecho, no tiene otra meta que darlas a conocer objetivamente, sin crítica insana sino constructiva y a mostrar su identidad en el conglomerado internacional.

# APUNTES\*

---

## • La legión: orgullo y prejuicio

Antonio Marín Rico, vocal del Consejo General del Poder Judicial, ha dicho en Ceuta que la Legión «constituye un orgullo para el pueblo español, por lo que su ejecutoria sólo puede ser digna de admiración».

Hablar en nombre de un pueblo, erigirse en intérprete de sus sentimientos, es siempre una operación arriesgada, aún cuando se trate de un pueblo tan expresivo como el español.

Los poetas lo hacen con frecuencia, pero, ya se sabe, desde la lírica, que, como espacio reconocido pacíficamente a la subjetividad, siempre compromete menos. Pero la épica es otra cosa, sobre todo porque no parece que pueda ejercerse completamente de espaldas a la verdad histórica.

Siendo así, y cuando el que habla es un magistrado, al que hay que presumir un claro conocimiento de que la carga de la prueba incumbe al que afirma, no hay duda de que opinión de tanto riesgo —el orgullo es la antesala de la soberbia y ésta un pecado capital (cfr. *Catecismo y exposición breve de la doctrina cristiana*, por el P. M. Gerónimo Ripalda, de la Compañía de Jesús, Imprenta de la Viuda de D. J. Vázquez, Madrid, año de 1844, p. 93)— habrá estado precedida de una cuidadosa verificación. Seguramente una encuesta entre las poblaciones de Ronda o Fuerteventura, como muestra cualificada de lo que el pueblo español piensa sobre el histórico cuerpo expedicionario.

De no ser así, Marín Rico en vez de formular un juicio habría simplemente incurrido en prejuicio, algo impropio del magistrado, pero quizás disculpable al vocal. Sobre todo si es que, como sugiere la noticia, se hallaba bajo los efectos de un «acto castrense».

No consta si en ese momento se encontraba en posición de firmes.

## • A grandes males grandes remedios

Reza un dicho popular que «el que no sabe es

como el que no ve». Una verdad como un templo.

Bastará para comprobarlo pensar en el antes y el después de haber dado con la respuesta justa a una cuestión oscura.

Así cuántos no habrá que hayan estado devanándose los sesos en busca de una razón convincente para la reforma del artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tanto ha acuciado a nuestros legisladores... y, ni por esas. Pues bien, llega el ministro de Justicia y con un solo párrafo todo tan claro: «Imagínese que a un parlamentario se le cita para declarar no sé donde y pueda impedir que vaya a votar un día. ¿No puede ser decisivo eso, nada menos, que para la formación de la voluntad popular? Luego es decisivo». (*El Sol*, 1 de junio de 1991).

Lo malo de la racionalidad es que suele ser expansiva. (Voltaire lo sabía muy bien: «cuántos más estudiantes haya en Constantinopla, menos peregrinos habrá en La Meca»)

Digo esto porque, puestos a reflexionar con la profundidad a que invita la observación del ministro, se advertirá que en el caso de los depositarios de la soberanía popular, la *imaginación parlamentaria* ha urdido recursos sutilísimos para hacer compatibles el oficio y el deber de colaborar con la administración de justicia. Por ejemplo: «oye, colega, échame una mano (o un pie) en la votación mientras me acerco al juzgado a declarar».

Pero ¿qué sucederá cuando la citación le caiga encima a un cirujano cardiovascular en trance de intervenir a corazón abierto; o a Marino Lejarreta tocando la *maglia rossa* con la puntita de los dedos; o un alicatador destajista, que si no trabaja no cobra...?

Todo parece indicar que los autores de esa iniciativa, obsesionados por el árbol de las penalidades que para diputados y senadores podrían derivar de una previsible inflación de citas al juzgado, no han reparado en el bosque del desastre que por la misma vía se cierne sobre la producción nacional.

Quizás sea hora de analizar la incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el absentismo laboral, en el paro, en la evolución descendente de la

\* Sección a cargo de la Redacción

tasa de natalidad y, ya puestos, ¿por qué no en la guerra del Golfo? Y también de pensar en soluciones *tipo Secur*, es decir, una brigada de jueces debidamente motorizados que pudiera oír a los testigos a pie de escañó, o de obra.

A grandes males, grandes remedios. Lo que haga falta.

#### • Con versos al ministro

La Juez del 2 estaba desesperada. No sabía que hacer ni cómo hacerlo. Por eso, al fin se armó de valor y promovió un expediente. Solicitud, propuesta, planos, reportaje fotográfico, informes técnicos sobre la situación del juzgado y, apelando a la sensibilidad de un ministro del que se predicaba cierta afición a las letras... también «una canción desesperada», que es como reza el apartado E) del índice de la documentación remitida al Ministerio.

Todo parece indicar que el burócrata que abrió la carpeta no reparó en la cosa. De este modo, el asunto fue a parar a alguna mesa de la planta noble. Así, un alto cargo pudo leer:

*Er dó*

*Oda arquitectónica dedicada a sus  
muchachas y muchachos*

*Tiene una cisterna que al escaló obliga  
después del esfuerzo o la meditación.  
Doquiera que vayas ¡zas! un escalón,  
o una animada procesión de hormigas.*

*La sala de espera es más bien un zoco.  
El water de lujo es un casetón,  
con techo uralita, pileta y latón  
y en medio del campo, por si fuera poco.*

*Ayúdanos Múgica. Vaya suerte perra,  
búscanos un piso, no nos seas ladino.  
Jehová te premie, y te de salú.*

*Y si no lo buscas que te mande el Guerra  
un subsecretario, sirio o palestino  
o sencillamente, uno como tu.*

Parece que no gustó un pelo. En vez de estimular el celo de la sección de obras, que era lo que se pretendía, los versos pasaron del Ministerio al Consejo, con fines disciplinarios. Y de allí al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, donde —es de suponer que entre risas— la sangre no llegó al río.

*Er dó* no contó de inmediato con la ayuda de Múgica. No se sabe lo que hizo Jehová. Dicen que Guerra —de otra sensibilidad— dimitió para no tener que dar cumplimiento a la maldición gitana con que se cierra el soneto.

#### • Publicidad o espectáculo

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, muy a tono con las circunstancias del momento, concebía la notificación de las sentencias como lectura en audiencia pública, que era, según un comentarista de la época, como «se hacen saber a las partes y a sus procuradores».

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, tan imaginativa, ya se sabe, recoge en este punto las prescripciones de la de Enjuiciamiento, muy a pesar de lo que ha llovido desde entonces y de que tal previsión en 1985 se hallaba en absoluto y razonable desuso.

En efecto, ningún juzgado o tribunal da publicidad a sus sentencias por ese medio. Y, aunque ello pudiera deberse en alguna medida a un factor de comodidad, lo cierto es que concurren también otros de carácter funcional: basta y sobra con que las resoluciones las lean los directamente afectados y los informadores; y, además, en muchos casos, si los jueces tuvieran que leer las sentencias no les quedaría tiempo para hacerlas.

Sin embargo, últimamente se hace un uso selectivo de tan obsoletas disposiciones legales, en condiciones que no pueden resultar más curiosas, ni más paradójicas. La televisión, de vez en cuando, nos ofrece la imagen de un ponente en trance de lectura de esta o aquella sentencia. Pero, en contra de lo que podría esperarse, no necesariamente de las de más interés jurídico o mayor relevancia social. Ni tampoco de aquéllas que por convincentes razones de utilidad o de formación de la opinión pública merezca sacar del relativo anonimato de los repertorios para uso de profesionales. No.

La experiencia indica que se tiende a leer las sentencias que alguna prensa ha decidido que se lean. Esto con frecuencia en virtud de motivos de parecido carácter a aquéllos por las que se desnuda a tal o cual señora. Y muchas veces por razones más bien extrañas a la relevancia pública de la cuestión que ha sido objeto del proceso.

Desde otro punto de vista, también esa misma experiencia señala que se da lectura, y he aquí la paradoja, precisamente a los fallos que, en cualquier caso, estaban ya predestinados a adquirir la máxima publicidad.

Con esto, en vez de contribuir a hacer más efectivo un noble principio, se propicia una manipulación instrumentalizadora y discriminatoria del mismo, en función de intereses que no son precisamente los de la justicia ni los de la sociedad. Y puede ocurrir que incluso se favorezca la conversión de un acto procesal en triste escenario de astrancanadas impresentables y del peor gusto; por obra y gracia de la falta de rigor y la frivolidad de algunos profesionales del derecho y de la información.

#### • Aviso

De momento, y mientras llega el día en que pueda asegurarse a todos los españoles el derecho a una vivienda digna del artículo 47 de la Constitución, el único acceso a la vivienda que de verdad puede quedar garantizado es el de la policía, ex artículo 21 de la futura Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

• De un Juez miedoso en Donosti

1

Y si vais a venir, no lo hagáis de madrugada. Venid a las tres un día de sol. y no traigáis sucias las pistolas.

2

Urumea, río saxo, que pentras la mar y la cubres de dulzura, playa de la Concha. Montigueldo mirón, tengo miedo, me tengo que ir.

3

Y pensar todas las mañanas que pueden acechar en el portal, y bajar y no haber nadie, y sentir nacer otra vez, y nacer continuamente, y vivir vidas de un día.

4

Ruidos de puertas que se abren, que se cierran, ruidos de grifos, de ascensores, de vientos, de ruidos.

5

Ojos que ven por delante, por detrás, ojos bajo las pestañas del pelo, orejas de ojos.

6

Salir y empezar a llover cuando acaba de llover. Y caer las gotas agarradas unas a otras. Y ser igualmente gris aunque no existieráis... de eso no tenéis la culpa.

7

Pero los prados son verdes...

8

Sentado frente al mar, las rocas del peinaolas pernan mi mirada, la sedan, la acicalan.

9

Y mi miedo se esfuma cuando temo al mar, al verlo nervioso, revuelto. ¿Dónde estará? Quizá le tenga miedo.

10

Invaden las olas las rocas vacías, luchando como niños contra enemigos ausentes. ¿Será acaso mi miedo de ola, mi miedo de niño?

11

Cogen carrerilla y trepan por las rampas del dique, por las escaleras, por los ascensores, por donde pueden... pero el muelle, siempre más alto, mantiene los zapatos de la ciudad secos.

12

Los sifones lanzan mi miedo al viento, y me estiro... se moja al caer, y me crezco...

13

Conocí a la Guillermita y a San Cayetano y a Iru Anayak: ya no me siento marginado. Y con el tiempo, conoceré a más barcos.

14

El faro, que vigila a las parejas, cuando por fin en la playa consigo besarla, ilumina y delata mi miedo.

15

Y ella, con cabeza de película vana, se limpia asqueada los labios, escupe, me llama miedoso... y me deja.

16

Y me compro un disfraz de valiente y unas gafas oscuras, y me voy a besar a otra chica una noche de luna.

17

No te preocupes mi niño, mi niño cobarde, que ni faros ni lunas ni soles me apartarán de tu lado.

18

La ginebra embriaga mi miedo, y éste se sale y baila incluso conmigo.

19

Cuando me voy de fin de semana, al entrar en la provincia de Burgos, se apea mi miedo, y se queda esperando mi pronto regreso.

20

Y me quedo pensando qué hará tan solo en el campo dos días seguidos.

21

Y le digo que suba, que se venga conmigo, y le presto una manta al no conseguirlo.

22

Y a pesar de que a la vuelta entro por otra provincia, no lo despisto.

23

Y porque es todo húmedo, y porque hay mar, y por la lluvia y las fuentes y el río, no distinguí tus lágrimas... y porque todas os vestís de colores chillones, y quizá también por el miedo...

24

San Sebastián de los puentes por más que te enciendas me tengo que ir.

(Manuel Morán, de *Cuentos de la prosa poca*, colección Devenir, Barcelona, 1986).