

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

P. Andrés Ibáñez, Ley Corcuera: viaje a la prehistoria de las garantías. **M. Carrillo**, Reforma de la LOT: ¿nueva forma de censura previa? **D. López Garrido**, Proyecto de LRTADCP: excepcionalidad como norma. **M. Castiñeira Palou-P. Salvador Coderch**, ¿Quién se atreve a criticar a un juez? **R. Bergalli**, La falacia penitenciaria. **A. Rubio**, La paz: aportaciones del discurso feminista. **E. Gimbernat**, Delitos contra la propiedad intelectual. **J. M. Rodríguez Tapia**, Máquinas tragaperras y arrendamiento de local de negocio. **C. Castilla del Pino**, El informe psiquiátrico penal. **L. Varela Castro**, ¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado? **E. Calvo Rojas**, Tribunales e inactividad de la Administración en materia sancionadora. **M. Dlugosch**, La continuidad de las normas nacionalsocialistas en la Alemania de posguerra. **P. L. Zanchetta**, El acoso de Cossiga al CSM. **F. Arce Gómez**, 1993: El año de los países no comunitarios.

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, *magistrado*. Audiencia Provincial (Madrid)
Arce Gómez, Francisca, *juez*. Molina de Segura (Murcia).
Bergalli, Roberto, *profesor de Derecho penal*. Universidad de Barcelona.
Calvo Rojas, Eduardo, *magistrado*. Tribunal Superior de Justicia (Madrid).
Carrillo, Marc, *catedrático de Derecho constitucional*. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
Castilla del Pino, Carlos *catedrático de Psiquiatría* (Córdoba).
Castiñeira Palou, M. Teresa, *profesora de Derecho penal*. Universidad de Barcelona.
Dlugosch, Michaela, del Max Planck-Institut für euroäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main.
Gimbernat Ordeig, Enrique, *catedrático de Derecho penal*. Universidad Complutense (Madrid).
López Garrido, Diego, *catedrático de Derecho constitucional*. Universidad de Castilla-La Mancha.
Rodríguez Tapia, José M., *profesor titular interino de Derecho civil*. Universidad Carlos III (Madrid).
Rubio, Ana, *profesora titular de Filosofía del derecho* (Granada).
Salvador Coderch, Pablo, *catedrático de Derecho civil*. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).
Varela Castro, Luciano, *magistrado*. Audiencia Provincial de Pontevedra.
Zanchetta, Pier Luigi, *fiscal*. Turin (Italia).

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. Secretario de Redacción: José Rivas Esteban.

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>
Debate	3
— <i>Viaje a la prehistoria de las garantías: la 'modernización' de la ley Corcuera</i> , Perfecto Andrés Ibáñez.	
— <i>El precintado y la incautación de emisoras en el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones: ¿Una nueva forma de censura previa?</i> , Marc Carrillo.	
— <i>El Proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: la excepcionalidad como norma</i> , Diego López Garrido.	
— <i>¿Quién se atreve a criticar a un Juez?</i> , María Teresa Castiñeira Palou y Pablo Salvador Coderch.	
— <i>La falacia penitenciaria</i> , Roberto Bergalli.	
Estudios	27
— <i>La paz: aportaciones del discurso feminista</i> , Ana Rubio.	
— <i>Otra vez los delitos contra la propiedad intelectual</i> , Enrique Gimbernat Ordeig.	
— <i>Máquinas tragaperras y arrendamiento de local de negocio</i> , José M. Rodríguez Tapia.	
Teoría/práctica de la jurisdicción	55
— <i>El informe psiquiátrico penal</i> , Carlos Castilla del Pino.	
— <i>¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?</i> , Luciano Varela Castro.	
— <i>Los tribunales de justicia y la inactividad de la Administración en materia sancionadora</i> , Eduardo Calvo Rojas.	
Internacional	69
— <i>La cuestión de la continuidad de las normas nacionalsocialistas en la Alemania de posguerra</i> , Michaela Dlugosch.	
— <i>El acoso de Cossiga al Consejo Superior de la Magistratura</i> , Pier Luigi Zanchetta.	
— <i>1993: El año de los países no comunitarios</i> , Francisca Arce Gómez.	
Apuntes	89
— <i>Retoños de Robledo</i> .	
— <i>Un solo rebaño, un solo pastor</i> .	
— <i>El Consejo necesitó informes</i> .	
— <i>Importante descubrimiento de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial</i> .	
— <i>Padilla también quiso procurarse información</i> .	
— <i>Parlamentarios, tampoco</i> .	
— <i>Un juez de Valladolid y un encanto de señora</i> .	

DEBATE

Viaje a la prehistoria de las garantías: la 'modernización' de la ley Corcuera

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

«Muchos no ven en el ejercicio de la arbitrariedad sino una medida de policía; y como aparentemente esperan ellos ser los distribuidores sin ser jamás los objetos, encuentran que está bien calculado para la tranquilidad pública y el buen orden. (...)

Conceded a los depositarios de la autoridad ejecutiva la facultad de atentar a la libertad individual, y ya habréis aniquilado todas las garantías, que son la condición primera y el objeto último de la reunión de los hombres bajo el imperio de las leyes.»

Benjamin CONSTANT

(*Curso de política constitucional*, edición facsímil del Ministerio del Interior, con prólogo: «Constant en la biblioteca de Interior», de Santiago Varela)¹.

EL ESPIRITU DE LA LEY

El debate iniciado ahora hace ya un año ha ido poniendo sobre el tapete de la opinión pública los puntos nucleares del proyecto que, en el momento de escribir estas líneas, consume inexorablemente su avance hacia el *BOE*.

No se ha discurrido tanto, sin embargo, sobre la filosofía subyacente al mismo, sobre el *espíritu de la ley* que, quizás por su condición *inmaterial*, permanece incólume y sobrevive airoso a las vicisitudes filológicas del texto.

Ya desde el principio, es decir, en los primeros pasos del *iter* prelegislativo y legislativo, fue *él* lo primero en manifestarse. Recuérdese: «*La protección de la seguridad ciudadana constituye un binomio inseparable junto al ejercicio de las libertades públicas, y ambos conceptos representan principios básicos de la convivencia en una sociedad democrática, según se proclama en el preámbulo de nuestra Constitución, en la que, tanto el derecho a la seguridad como el derecho a la libertad, se reconocen en pie de igualdad en el artículo 17.1 como derechos fundamentales.*»

Hay que admitir que para empezar la cosa era bastante fuerte. Bastaría con decir que su lectura

dejó sin aliento al Consejo General del Poder Judicial. Una institución, como se sabe, integrada por 21 prestigiosos juristas, bien ajena a veleidades libertarias o contraculturales, que formuló un informe demoleedor.

Cabe suponer que «a trancas y barrancas» la parte más gruesa del primer párrafo de la exposición de motivos desapareció. Aunque es verdad que dejando el rastro de una afirmación que tampoco se quedaba corta: «La protección de la seguridad ciudadana constituye un binomio inseparable junto al ejercicio de las libertades públicas, y ambos conceptos representan principios básicos...»

Al día de la fecha, el Congreso de los Diputados le ha hecho un indudable favor a la gramática, pero no diría que a la cultura constitucional, al afirmar que «la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática». Donde antes se declaraba, ahora se insinúa cierta relación de equivalencia de rango entre «seguridad ciudadana» y «libertades públicas».

Esta pretendida equivalencia es ya clara expresión de un desequilibrio en ese mismo plano. Se trata de una formulación puramente ideológica que, como en sí misma insostenible, naturalmente no se

¹ La edición reproduce los tomos I y II, en la traducción de Marcial Antonio López, Imprenta de la Compañía, Madrid, 1820. La

cita corresponde al tomo segundo, pp. 95 y 96.

mantiene en el articulado. Este se encarga en seguida de desarbolar su precaria condición de *flatus vocis* en beneficio de la exclusiva y arrolladora vigencia del primero de los integrantes de tan conflictivo par.

La colocación del acento en otra seguridad que la *personal*, cuando de libertades se trata, es todo un síntoma, que en la experiencia histórica obliga a temer alguna forma de maltrato para las mismas. Aquí es el que se encuentra ya implícito en la propia afirmación de que el de la «seguridad *ciudadana*» pueda ser un ámbito distinto, en alguna medida autónomo, del propio de las libertades públicas.

Así pues, la perversión central del planteamiento, del espíritu de la LPSC, resulta con plena claridad anticipada en aquella declaración preliminar; toda una declaración de principio. Y se resuelve esencialmente en el *olvido* de idea tan fundamental como que si hay un sentido para la proclamación de las libertades públicas es que sus garantías sean efectivas en el momento en que tiene lugar la eventual intervención limitadora del Estado. Esa es su hora de la verdad.

No existe, por tanto, un espacio hipotético normativamente acotado para las libertades y otro casi físicamente abandonado a la lógica de la seguridad concebida como una lógica alternativa. Por el contrario, es en la modulación, o mejor en la evitación de intervenciones inspiradas sólo en esta última, donde las primeras cobran verdadera existencia, o donde manifiestan abiertamente su carencia de vigor.

Dicho en breve y con otras palabras: la «seguridad» a la que —ésta sí— junto a la «libertad» tienen derecho todas las personas (según el artículo 17.1 de la Constitución), está directamente en función del modo cómo los cuerpos policiales desarrollen el cometido que les asigna el artículo 104.1 del mismo texto constitucional². De la *forma* —directamente afectante al *fondo* de los derechos fundamentales— como se produzcan en la práctica las actividades correspondientes.

Por lo demás, la experiencia constitucional y la cultura que la misma ha permitido acuñar acerca de las garantías, ha hecho obvio que éstas, aun en su generalidad, han sido predisuestas para quien realmente las *necesita*: el sospechoso, el infractor, el imputado. O sea, el histórico y actual posible generador de *inseguridades* y por ello primer destinatario *natural* de las previsiones de los textos fundamentales que miran al tratamiento de la patología de los derechos básicos. Una patología ahora siempre tratada por sujetos públicos, cuya actuación es así en

último término el punto de referencia de la preocupación garantista³.

En tal sentido, hay que decir que la disciplina constitucional sobre el particular no admite derogaciones, ni otras atenuaciones que no hayan sido expresamente previstas por el constituyente, como sería el caso del artículo 55.2 de la Constitución española para los supuestos de terrorismo.

Pues bien, como se ha puesto reiteradamente de manifiesto en los últimos tiempos, el texto de la LPSC mantiene en todo su articulado una extraordinaria coherencia con la proclama inscrita en el pórtico de su exposición de motivos. Coherencia y generosidad, por desgracia.

GARANTIAS EN CUESTION

En efecto, puede decirse sin asomo de exageración que no hay un solo principio de los atañentes a la materia que no resulte seriamente comprometido⁴.

Así, cuando se trata del principio de legalidad, no cabría hablar, ni siquiera aproximativamente, de descripción de conductas sancionables, sino del abuso reiterado de conceptos vagos e indeterminados, la decisión acerca de cuyos contenidos se delega con carácter general en la policía⁵.

El principio de presunción de inocencia no sale mejor parado cuando se presume la veracidad *contra reo* de las informaciones de los agentes (artículo 37). Esto que siempre sería grave, cobra particular relevancia negativa si se tiene en cuenta que las mismas tendrán como punto de referencia no *hechos* ejecutados o en vías de realización, sino muchas veces puras intuiciones y sospechas inespecíficas sin otro apoyo que ciertos datos de naturaleza sociocultural, con frecuencia hipotetizables a partir del aspecto físico. En fin, el carácter ejecutivo de las sanciones una vez alcanzada firmeza en vía administrativa (artículo 38.1)⁶, es seguramente lo menos que cabía esperar en tal contexto.

El principio de proporcionalidad no corre mejor suerte si, a la vista de las previsiones del catálogo sancionador, se repara en otras del Código penal para actos constitutivos de delito.

En semejante cuadro, podría parecer una ironía tratar de rastrear siquiera un atisbo de vigencia del principio de intervención mínima. No sólo porque se criminaliza (sí, ya sé que *sólo* administrativamente) el consumo de drogas, rompiendo con la tradición liberal de no penalización de los actos contra sí mismo, sino también por la persistencia en la voluntad

² Cfr. al respecto el excelente trabajo de J. Barcelona Llop, *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, con prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988, pp. 141 y ss. También del mismo autor: «Sobre las funciones y organización de las fuerzas de seguridad: presupuestos constitucionales, problemática jurídica y soluciones normativas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 29, enero-abril 1991, pp. 28 y ss.

³ En este sentido de las garantías, en la perspectiva crítica del proyecto de LPSC, ha hecho hincapié Tomás Iglesias, «Seguridad ciudadana» (2), en *Diario 16*, edición de Andalucía, 15 de agosto de 1991.

⁴ Lo expresaba de forma bien gráfica el editorialista de *El País*,

11 de noviembre de 1991, bajo el título «Beligerancia por la libertad», al señalar que el proyecto de LPSC choca directamente contra «el núcleo duro del Estado de derecho».

⁵ Se da incluso la circunstancia de que en el texto salido del Congreso de los Diputados se produce la doble catalogación de un mismo comportamiento. Así acontece en los apartados d) y n) del artículo 23.

⁶ Este instrumento típicamente autoritario debilita de manera gravísima la posición de los administrados. Su implantación ahora tiene además un alto valor simbólico, de signo negativo, pues supone desandar uno de los primeros pasos de la transición democrática en el orden jurídico, que se dio precisamente en los *Pactos de la Moncloa*.

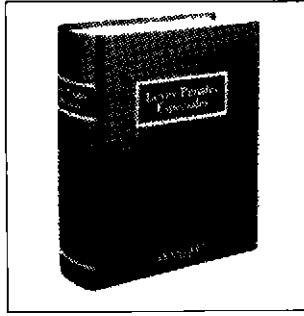
MONOGRAFÍAS ARANZADI



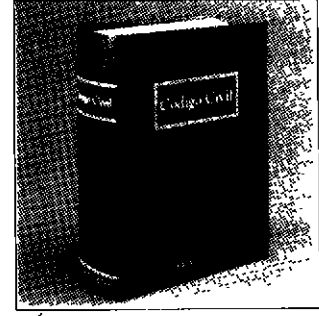
CÓDIGO PENAL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta. 1991.
17.000 pps. \$IVA - 18.020 pps. c/IVA. 1.520 págs.



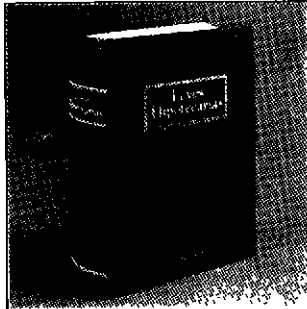
LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta. 1991.
14.000 pps. \$IVA - 14.840 pps. c/IVA. 840 págs.



LEYES PENALES ESPECIALES.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta. 1991.



CÓDIGO CIVIL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Fernández Urzainqui. 1991.
18.868 pps. \$IVA - 20.000 pps. c/IVA. 2.688 págs.



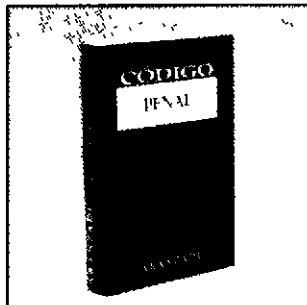
LEYES HIPOTECARIAS. (2 volúmenes)
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Buenaventura Camy Sánchez-Cañete. 1991.
22.641 pps. \$IVA - 24.000 pps. c/IVA. 2.758 págs.

LOS MÁS COMPLETOS PARA EL PROFESIONAL.

Serie MONOGRÁFICA con toda la legislación concordada y actualizada y con una riquísima jurisprudencia aplicable a los diferentes artículos de cada obra.

Esta obra monográfica contiene un sistema de Índices muy completo y de fácil manejo y consulta.

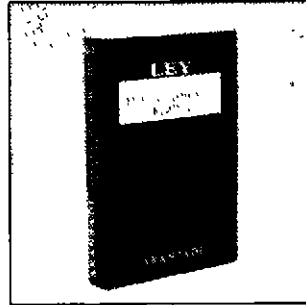
CÓDIGOS BÁSICOS ARANZADI



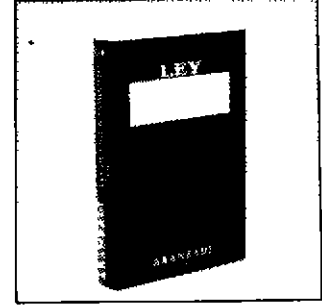
CÓDIGO PENAL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta. 1991.
1.038 pps. \$IVA - 1.100 pps. c/IVA. 571 págs.



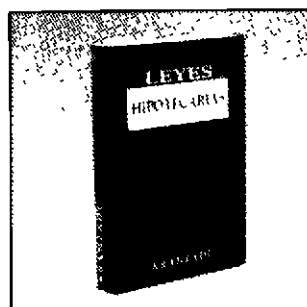
CÓDIGO CIVIL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Fernández Urzainqui. 1991.
1.415 pps. \$IVA - 1.500 pps. c/IVA. 1.003 págs.



LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta. 1991.
1.226 pps. \$IVA - 1.300 pps. c/IVA. 606 págs.



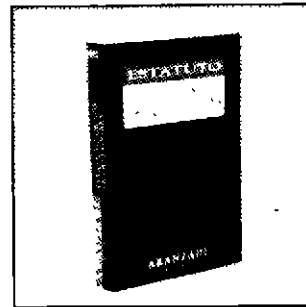
LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Zubiri Oteza y Goyena Salgado. 1991.
1.321 pps. \$IVA - 1.400 pps. c/IVA. 840 págs.



LEYES HIPOTECARIAS.
Editorial Aranzadi.
Dirigida por Buenaventura Camy Sánchez-Cañete. 1991.
1.321 pps. \$IVA - 1.400 pps. c/IVA. 784 págs.



CÓDIGO DE COMERCIO.
Editorial Aranzadi.



ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.
Editorial Aranzadi.

MUY PRÁCTICOS Y MANEJABLES PARA EL PROFESIONAL Y UNIVERSITARIO.

Serie de "Códigos Básicos" que recogen la legislación actualizada y profusamente concordada.

CUPÓN DE PEDIDO

Ref: JD. MC

Sr
Dirección
Tel.
Ciudad
C. Postal.....

Monografías: Código Penal Ley Enjuiciamiento Criminal Leyes Penales Especiales Código Civil Leyes Hipotecarias
Códigos Básicos: Código Penal Código Civil Ley Enjuiciamiento Criminal Ley Enjuiciamiento Civil Leyes Hipotecarias Código de Comercio Estatuto de los Trabajadores

ARANZADI
EDITORIAL

Carretera de Aoiz, Km. 3,5 Elcano (Navarra)
Tfnos: (948) 33 18 11 - 33 02 26

sancionadora a ultranza, incluso cuando se trate de hechos que no serían siquiera constitutivos de falta. Manteniéndose, por cierto, una incomprensible duplicidad de actuaciones, puesto que el expediente administrativo seguirá su tramitación en todo caso, en paralelo a la actuación judicial (artículo 32.2). El dispositivo se cierra con un tratamiento *ad hoc* de la prescripción que, en hipótesis, podría hacer sancionables como infracciones de carácter leve hechos que habrían llegado a prescribir aun mereciendo la consideración de delitos, según el Código penal (artículos 28.4 y 32.2).

Todas estas constataciones implican necesariamente otra: la quiebra de la exigencia de aproximación del derecho administrativo sancionador a la disciplina constitucional de la intervención penal⁷. Exigencia que es un lugar común en la jurisprudencia constitucional⁸.

LA RETENCION AL BOE

Si de este tipo de consideraciones de carácter general se desciende a otras más específicas, el resultado sólo puede ser la evidencia de que las expectativas abiertas en las primeras líneas del texto (puede tomarse como se ha visto cualquiera de sus versiones), resultan ampliamente colmadas.

A este respecto, el artículo 20 recoge un tema estrella, de profunda raigambre policial, de policía pre-democrática desde luego.

De hacer caso al responsable de Interior, el precepto vendría a llenar un vacío legislativo gravemente obstaculizador del trabajo de los funcionarios a su cargo. Esa preocupación ha tomado forma plástica en el *argumento del contenedor*, presente con reiteración en diversos debates. Con él ha querido aludirse a la supuesta falta de instrumentos legales adecuados para hacer frente a determinadas acciones gravemente perturbadoras del orden público. Para ejemplo, un botón: el caso de los revoltosos que vuelcan un recipiente de aquellos destinados a la recogida de basura en plena vía pública, y a los que, al parecer, no podría ni siquiera pedirse el DNI. ¡He aquí el porqué del artículo de referencia!

Aunque no se trata de dar ideas, cualquiera puede —y algunos tienen la obligación de— saber que desde el delito de desórdenes públicos, pasando por el de daños y las faltas correspondientes, conductas

como aquella podrán estar huérfanas de otras cosas pero no de posibilidades de tratamiento represivo —incluso preventivamente represivo— con el Código penal en la mano y por los cauces de La ley de Enjuiciamiento Criminal.

De modo que no es por ahí donde debe buscarse justificación a la legalización de la *retención*⁹, que es de lo que se trata.

Porque como escribió Moreno Catena, con una claridad que nunca se agradecerá lo bastante, «la viciosa práctica policial de la retención, *figura por completo ajena al texto de la Constitución...* consiste en la pura y simple privación de libertad de una persona, generalmente para proceder a su identificación...»¹⁰

Es decir, una detención atípica, no fundada en la constatación de indicios —incluso mínimos— de criminalidad. Es la detención con fines de puro muestreo, de búsqueda indiscriminada de datos de *relevancia policial* en quien *no ofrece prima facie indicios de criminalidad*. Es la detención no porque haya pasado o esté pasando algo, sino *para ver qué pasa...*¹¹

Claro que es otra la valoración que del precepto hace ahora la exposición de motivos, en la redacción recibida en el Congreso. Según ésta, «no se altera (...) el régimen vigente del instituto de la detención, que sólo podrá seguir produciéndose cuando se trate de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de identificación. Lo que se prevén son supuestos de resistencia o negativa infundada a la identificación, que tendría las consecuencias que para reales infracciones derivan del Código penal vigente».

A tenor de semejante declaración y de aceptarla como veraz, lo menos que cabría preguntarse es si para semejante «viaje» habrían hecho falta tales «alforjas».

Pero lo cierto es que el desplazamiento ha sido mucho mayor y lleva también mucho más lejos. Incluso en una interpretación literalista del artículo de referencia, puesto que salta a la vista que en la semántica del texto las «funciones de indagación o prevención» y el «ejercicio de las funciones de protección de la seguridad» que en el proyecto prestarían fundamento a la identificación coactiva, no pueden verse como una reiteración pura y simple de las previsiones del artículo 492 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹². Sobre todo si se mira

⁷ Ya el Consejo General del Poder Judicial recordaba al Gobierno en su *Informe* que «no estaría de más proclamar expresamente que los principios penales son aplicables al derecho sancionador».

⁸ Sobre este asunto cfr.: Luis Prieto Sanchis, «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4/1982, pp. 99 y ss. Últimamente, J. Garberí Llobregat, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, Trivium, Madrid, 1989, pp. 169 y ss.

⁹ Sobre esta peculiar figura cfr.: J. M. Prats Canut, *La retención policial* (en versión mecanografiada, creo que inédito); G. Portilla Contreras, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1990, en particular pp. 258 y ss.; Id., «La lógica del sospechoso como nuevo modelo procesal-policial instaurado en el proyecto de ley de protección de la seguridad ciudadana», en el número 12 de esta Revista.

Puede verse también N. González-Cuéllar Serrano, «Redadas policiales y derecho a la libertad», *El País*, 15 de julio de 1991.

¹⁰ V. Moreno Catena, «La garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, número II (especial) sobre «Justicia penal», pp. 142-143 (la cursiva es mía)

¹¹ Y son muchas las veces que termina por *pasar algo*, puesto que las intervenciones policiales de que se trata provocan fácilmente una reacción de protesta en el ciudadano, que también fácilmente refuerza la contundencia de la actitud policial. Para un análisis arquetípico de las consecuencias posibles de este modo de operar, remito a mi trabajo, «"Bujarrón" (Nota sobre un proceso de criminalización)», en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 201 y ss.

¹² Y si fuera una simple reiteración de contenido de la Ley de E. Criminal en materia de detención, debería eliminarse, por ser ese texto mucho más claro y porque el del artículo 20 LPSC induce en el mejor de los casos a confusión.

También en este punto el CGPJ se pronunció con claridad, con

a los modos de operar policiales que en la práctica se busca legalizar¹³: la «viciosa práctica policial de la detención», como hemos visto.

Tan claro resulta que es así como que, de otro modo, quedaría fuera de lugar el entusiasmo manifestado en medios de Interior por alguna providencia de una sección de una de las salas del Tribunal Constitucional¹⁴, que incomprensiblemente extrapola al terreno de la libertad de deambulación la doctrina de esa alta instancia relativa a las intervenciones policiales de control sobre los conductores de vehículos de motor para detección de posibles estados de intoxicación alcohólica¹⁵. En manifiesto contraste además con la propia doctrina del Tribunal acerca de la significación de la detención¹⁶.

En el momento de cerrar este trabajo, los medios de comunicación difunden la que podría ser la última operación de cosmética aplicada al contenido de este artículo. Consiste, al parecer, en añadir la previsión de que el Ministerio del Interior remitirá periódicamente «extracto de las diligencias de identificación al ministerio fiscal»¹⁷.

Aparte del pobre favor que se hace al ministerio público cada vez que en cuestiones relativas al control judicial de la policía los responsables de ésta acuden a él o lo aceptan como más llevadero, resulta forzoso preguntarse ¿de qué manera podría el fiscal reparar las consecuencias de una intervención *ex ante* sin garantías, con un trámite seriado y puramente burocrático *ex post*? Porque la objeción dirigida a este género de intervenciones deriva de su *carencia de fundamento*, que hace de ellas un instrumento directamente sancionador sin más. Así el nuevo requisito no pasará de representar lo que en argot curialesco se dice «un papel más».

DICCIONARIO Y CONSTITUCION

También hay que atribuir categoría *estelar*, dentro del *ranking* de cuestiones preocupantes que pueblan el proyecto, al contenido del artículo 21, que asimila a la flagrancia el «conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código penal».

Otra vez el alcance del precepto resulta banalizado en la exposición de motivos, sólo que ahora por vía de la franca huida del asunto, bajo la forma de una vaga afirmación de cierta irreconocible conformidad del tratamiento dado al tema con el recibido por el mismo en la Constitución.

Esto a pesar de que pocas serán las ocasiones en que esta última se encuentre menos necesitada de ayudas para hacerse entender, debido a la transparencia semántica y jurídica del concepto de «flagrancia» lisa y llanamente acogido —sin discusión— por el constituyente.

De Aguilera de Paz¹⁸ a Carnelutti¹⁹, delito flagrante es el «resplandeciente» y «mientras se ve, o sea, para quien lo ve cometer». Porque la flagrancia es «visibilidad». Es decir, se trata de una categoría conceptual de pacífica inteligencia a todo lo largo y lo ancho de la doctrina y de la jurisprudencia. Uno de esos conceptos que por su expresividad haría no sólo innecesaria sino tal vez incluso ilegítima una actuación *interpretativa* del legislador ordinario, como invasiva de la *reserva de jurisdicción*²⁰. Porque, en efecto, después de la opción del constituyente en la materia, sólo puede plantearse un tipo de problemas: la determinación de si concurre o no «flagrancia» en el caso concreto.

Pero parece que este sugestivo argumento podría no ser aplicable al supuesto que nos ocupa por una razón de peso: no es de interpretación, sino más bien de *reforma* indirecta del texto del artículo 17.1 de la Constitución, de lo que se trata en la LPSC²¹;

referencia al *Anteproyecto*. «...en cuanto al círculo de los no sospechosos (que es el de los que aquí se trata), nada autoriza a pensar que ni la Constitución de 1978 ni los textos internacionales a cuya luz ha de ser interpretada, permitan ir más allá de lo que la ley de Enjuiciamiento Criminal dispone.»

¹³ Remito en este punto a mi «Juzgado de guardia: el Estado de bienestar en el banquillo», en el número 5 de esta Revista.

¹⁴ Gimeno Sendra, en un debate organizado por la asociación judicial *Francisco de Vitoria*, calificó estas resoluciones de «preocupantes», añadiendo que «no han provocado doctrina del Tribunal Constitucional. Son opiniones respetables de una sala.» (*El Independiente*, 23 de junio de 1991).

Por su parte, la Dirección General de la Policía difundió el contenido de una de estas providencias a todos los centros, por tratarse de «resolución dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, del alto interés policial, que fija con claridad la legalidad de las actuaciones de identificación y cacheo».

¹⁵ Cfr. J. Fernández Entralgo, «Las entendederas del Ministerio Fiscal (El sospechoso oficio de paseante)», en el número 11 de esta Revista, pp. 56-57.

¹⁶ Por cierto que el Ministerio del Interior tenía mucho más claro ese concepto en 1985 que ahora. Así resulta de las «Instrucciones sobre la aplicación de la ley Orgánica 14/1983, de 12 de septiembre, por la que se desarrolla el artículo 13.3 de la Constitución en materia de asistencia al detenido y al preso y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», suscritas por el Director de la Seguridad del Estado y remitidas a los Directores Generales de la Guardia Civil y de la Policía el 31 de mayo de 1985.

En ellas, bajo el rótulo «Otras privaciones de libertad», se lee: «Ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención, en sentido estricto, cualquiera que sea la terminología que se utilice y, en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase «a presencia judicial» o a «disposición judicial», sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de «retenciones» u otras, pudieran utilizarse en la práctica, para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas.»

¹⁷ De *El País*, 16 de enero de 1992.

¹⁸ E. Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo V, Reus, Madrid, segunda edición, 1924, p. 672.

¹⁹ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, II, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p. 62. (Hay trad. cast. de S. Sentis Melendo, *Lecciones sobre el proceso penal*, EJEA, Buenos Aires, 1950).

²⁰ Se ha ocupado del asunto con carácter general S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989. Cfr. en particular pp. 41 y ss.

²¹ Por eso no puedo compartir una opinión que ha circulado en estos meses en ambientes institucionales y que ha hecho suya también, últimamente, J. A. Belloch, en el sentido de que los preceptos polémicos de la ley Corcuera carecerían de incidencia en nuestro ordenamiento porque «los tribunales interpretarán los dos preceptos (arts. 20 y 21 LPSC) de tal modo que no cambiará la situación previa... el delito seguirá siendo percibido de manera sensorial y directa» («Belloch no ve novedades en la "ley Corcuera"», *El Sol*, 22 de enero de 1992).

Ese punto de vista cierra los ojos a un dato fundamental: ésta

puesto que se quiere simplemente extender el tratamiento previsto para los delitos flagrantes a los que no lo son²².

Por eso, siendo claramente tal la *ratio* oculta del precepto, habrá que decir que fue mucho más razonable la solución acogida en la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con delitos de terrorismos cometidos por grupos armados, cuya vigencia se prorrogó luego por Real Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1979. En su artículo 3.º decía: «A los efectos prevenidos en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos comprendidos en esta ley se considerarán siempre flagrantes». Más razonable y menos perturbadora para la economía de principios del ordenamiento, puesto que acudía a una ficción sobre la naturaleza de cierta clase de actos, pero dejando intacto el sentido del precepto constitucional, que ahora trata de forzarse.

La exigencia inicial de sólo «conocimiento» de que se esté cometiendo alguno de los delitos que tienen que ver con drogas, se vio matizada al paso del Proyecto por el Congreso de los Diputados con la de que el mismo fuera «fundado». Mediante esta adición la mayoría parlamentaria buscaba salir al paso de las duras críticas que amplios sectores jurídicos siguieron dispensando al precepto. No obtuvo, como no podía obtener, el resultado apetecido, aunque en algún supuesto fue recibida con satisfacción, como es el caso de Pascual Sala. Para el presidente del Consejo General del Poder Judicial: «conocimiento fundado es igual a evidencia y ésta, unida a la urgencia, equivale a flagrancia»²³. La cadencia y la rotundidad del enunciado hacen de él todo un *teorema*; pero ni eso, ni el aval que supone la autoridad de su formulador, son capaces de eliminar el sofisma de fondo.

En efecto, el «conocimiento fundado» difiere de la «evidencia» ya desde el diccionario. Esta exige una relevante calidad de la información, que la haga «clara», «fehaciente», «inconcusa», «incontestable»... Pero parece que tampoco «evidencia» debe confundirse con «flagrancia». No todo acto que resulta «evidente» para alguien lo es, por necesidad, en virtud de la circunstancia de haber mediado entre su autor y este último un modo de relación que convierte al segundo en espectador.

Esto sin contar con lo discutible —y arriesgada— que puede resultar la aplicación del concepto de flagrancia a otra categoría de delitos que no sean los *de lesión* y de cierta gravedad en las consecuencias previsibles; es decir, aquellos que, de no darse

una intervención obstativa inmediata, conllevarían un daño irreversible para el bien jurídico afectado. Algo que ciertamente no ocurre en los delitos de peligro abstracto, como los relativos a la salud pública a que se refiere el proyecto²⁴.

De ahí lo falaz del *argumento del water*, habitualmente manejado por los responsables de Interior en busca de consensos y que ilustra muy bien la finalidad a que se orienta el precepto. Con él, dicen, querrían propiciarse actuaciones sorpresa de la policía para así impedir que, durante el trámite de una entrada con ciertas formalidades, los eventuales traficantes llegaran a deshacerse de la droga que tuvieran en su poder para la distribución.

Como puede advertirse, el contundente instrumento legal con que se quiere dotar a la policía no responde aquí a la finalidad inmediata de impedir un daño irreversible y actual para el bien jurídico concernido, la salud pública, sino antes bien mira a la obtención de fuentes de prueba aptas para hacer posible una incriminación.

Así resulta que, incluso, dando por bueno con fines puramente dialécticos que «conocimiento fundado» fuera igual a «evidencia» y concurriendo la circunstancia de «urgencia», cuando se trate de delitos relacionados con el tráfico de drogas, es harto discutible que quepa hablar de «flagrancia» en el sentido constitucional del término.

Hay, en fin, algunas prácticas bien conocidas del Ministerio del Interior en la materia, que constituyen un ilustrativo mentis a sus propios argumentos. Me refiero a las tan publicitadas *operaciones estacionales*. En tales casos, como se sabe, la policía acumula información e incluso *colecciona* pacientemente supuestos de posibles «puntos de venta» en toda la geografía del país y durante amplios espacios de tiempo para, no en un momento único e inaplazable determinado por la necesidad de evitar que se transmita la próxima papelina, sino el día «D», a la hora «H», desarrollar una intervención masiva. Y espectacular, naturalmente.

DEFENSOR MULTIUSO

También en estos momentos los medios de comunicación sorprenden con, parece que seguras, nuevas modificaciones al texto del artículo 21 del proyecto. Ahora, y se dice que así se daría satisfacción al Defensor del Pueblo, consultado sobre el particular por el ministro del Interior, se introducirá la matización de que el «conocimiento fundado» que va a

ley y esta clase de leyes no están hechas para ser aplicadas por los tribunales, sino para adelantar sensiblemente el umbral de la intervención de la policía, en perjuicio, precisamente, del papel efectivo de la jurisdicción. En efecto, la LPSC como antes la abigarrada colección de disposiciones antiterroristas, produce como primero y fundamental efecto el reforzamiento de la ya bien instalada autonomía policial. Una parte consistente de las actuaciones a que dará lugar la LPSC no estarán nunca finalizadas a un ulterior proceso penal. Por eso, no cabe esperar que lo que los jueces puedan hacer al respecto vaya a condicionar el sentido de las prácticas propiciadas por ese texto legal. Si ya antes de ahora las mismas, a pesar de la falta de apoyo legal, se producían con generosidad —recuérdese por ejemplo el «Plan Garrido» no es difícil imaginar lo que va a suceder a partir de ahora.

²² «A estos aprovechados discípulos de Carroll les trae al fresco que la etimología del término *flagrancia*, los precedentes legales y una sostenida jurisprudencia impidan esa abusiva redefinición extensiva del concepto: les basta con mandar en las palabras.» (Javier Pradera, «Las palabras y las cosas», *El País*, 17 de noviembre de 1991.)

²³ De *El País*, 18 de noviembre de 1991: «Sala avala el acceso policial a una casa con conocimiento fundado de un delito».

²⁴ Remito en este punto, por su interés, a E. Gimbernat, «Delenda está democracia» y «La renovada inconstitucionalidad de un proyecto», en *El Mundo*, 15 de junio y 14 de noviembre de 1991, respectivamente. En contra, puede verse, L. Arroyo Zapatero, «Un proyecto correcto y aceptable», *El Sol*, 24 de junio de 1991.

**LA REFORMATIO IN PEIUS EN
EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Víctor Rafael Rivas Carreras

**IMPUGNACION DE
CAPITULACIONES
MATRIMONIALES EN FRAUDE
DE ACREEDORES**

Vicente Guilarte Gutiérrez

**EL ESTADO DE LAS
AUTONOMIAS**

Antonio Monreal (Editor)

**EL USUFRUCTO VOLUNTARIO
DE HERENCIA**

Javier Fernández Costales

**RETRASO CULPABLE E
INTERESES DE DEMORA EN
MATERIA TRIBUTARIA**

Ramón Falcón y Tella

JURISPRUDENCIA REGISTRAL II

Manuel Amorós Guardiola
y Enrique Madero

**MEDICOS AL SERVICIO DE
ENTIDADES SANITARIAS
PRIVADAS**

Alfredo Montoya Melgar y Alberto Cámara

**INDEMNIZACION DEL DAÑO
PRODUCIDO POR VERTIDOS Y
AGENTES TOXICOS**

Antonio Cabanillas Sánchez

**COMPUTO DEL PLAZO EN EL
RETRACTO DE COLINDANTES**

Luis Fernando Saura Martínez

JUSTICIA/CONFLICTO

Perfecto Andrés Ibáñez

**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 DE
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



EDITORIAL TECNOS
Josefa Valcárcel, 27 - 28027 MADRID
Tel. 320 01 19

De venta en las principales librerías Solicite catálogo al
apdo 14632. Ref. D de C 28080 MADRID.
Comercializa.
GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.
Ferrer del Río, 35 Tel. (91) 564 34 12
28028 MADRID

exigirse será de tal naturaleza que «lleve (a la policía) a la constancia» de que se está perpetrando un delito de narcotráfico.

Resulta que la mayoría parlamentaria, tras una nueva incursión de urgencia por el diccionario, ha ido a dar —¿por fin?— con un sustantivo *consensuable* no sólo políticamente, sino a un alto nivel institucional. Un sustantivo menos comprometedor que el de «evidencia» y que naturalmente se encuentra aún más abajo que éste del umbral de rigor en la exigencia en que se situó el artículo 18.2 de la Constitución. Ello hace necesario decir que no es «constancia» sin más lo que esta última requiere para franquear a la policía el acceso al domicilio, sino aquella y sólo aquella «constancia», «evidencia» —y pongamos aquí, por si acaso, un prudente *etcétera*—, producida por la circunstancia de haber sido sorprendido alguien *in fraganti* (modo de decir que por lo demás hasta hace poco entendía todo el mundo).

Pero este último episodio contiene una particularidad que no debe pasar inadvertida. Es que, aparte de abundar en la denunciada incidencia perturbadora sobre el sentido de un precepto de la Constitución claro y terminante en su expresión y en su contenido normativo, de ser cierto²⁵ el pacto del ministro del Interior con el Defensor del Pueblo, se habría producido una anómala e incluso distorsionadora salida de este último de su bien constitucional y legalmente definido régimen de competencias²⁶. Porque, en efecto, dentro de éste no tiene cabida el *asesoramiento* a grupos parlamentarios, como tampoco puede ser *negociable*, ni siquiera preventivamente, el eventual uso de las atribuciones que al «alto comisionado de las Cortes Generales» reconoce el artículo 162.1 de la Constitución.

¿Qué tal si para evitar *conflictos* y de paso aligerar el trámite se pidiera en casos como éste un dictamen al propio Tribunal Constitucional? Y, para ganar más tiempo, ¿por qué no ya, de entrada, en fase de anteproyecto?²⁷

²⁵ La prensa (así *El Sol*, 16 de enero de 1992) aporta datos que parecen confirmar la certeza de esa intervención del Defensor del Pueblo, que al tener conocimiento de la nueva redacción de los artículos de que se trata, habría hecho saber su satisfacción.

Como recuerda el mismo medio, el Defensor del Pueblo ha contribuido a encontrar una fórmula que no fuera la de requerir «evidencia» —propuesta por Minoría Catalana— sin duda demasiado próxima al dictado constitucional y demasiado exigente.

Por eso sorprende aún más la actitud del Defensor del Pueblo de ver ya salvadas sus anteriores «dudas fundadas» de inconstitucionalidad.

²⁶ Este desafortunado acontecimiento hace todavía más inobjetable las recientes afirmaciones de Ignacio Sotelo, relativas a las vicisitudes de la *razón de estado* en nuestra peripecia constitucional, en particular la de que «el poder del Ejecutivo ha invadido todas las esferas». (En «Separación de poderes», *El País*, 5 de noviembre de 1991)

²⁷ El peligroso deslizamiento del estado de derecho a un estado del *totum revolutum* basado en la lógica de la *eficacia* sin principios, acogida por el poder como único criterio de legitimación de sus actos, ha sido denunciado por Gurutz Jauregui, en «¿Legitimidad o consenso?», *El País*, 16 de diciembre de 1991.

LEGALIDAD EXCEPCIONAL

Las consideraciones precedentes, que están lejos de agotar las posibilidades de denuncia de las alteraciones que el proyecto de LPSC introduce en el régimen constitucional de garantías dado en prevención de eventuales excesos en el ejercicio del poder, permiten con suficiente fundamento llegar a algunas conclusiones.

Puede decirse, en primer término, que la LPSC será un claro exponente de lo que se conoce como *legalidad excepcional*²⁸. Según ha podido verse, en efecto, son muchos y bien significativos los momentos de su articulado en que se excepcionan —hasta la práctica derogación— mecanismos creados para asegurar la efectividad de derechos y libertades fundamentales²⁹.

Como es habitual en instrumentos legales de ese género, también aquí se parte de una supuesta situación *emergente* o *de necesidad*, que demanda medidas extraordinarias. En este caso esa situación es la originada por la desazón y el malestar que en ciertos estratos de población provoca el fenómeno de la droga en sus distintas manifestaciones.

Desde la lógica, sin duda, bien persuasiva y de fácil asimilación por el *sentido común* de que «a grandes males, grandes remedios», se invita a la ciudadanía a no escatimar medios de respuesta, a no escatimárselos a la policía, bajo palabra de que la cosa sólo irá contra los que tienen algo que temer en este asunto.

¿Habría quién se extrañe de que el hombre de la calle esté dispuesto a prestar asentimiento al sacrificio que se le demanda? Lo extraño, a decir verdad, sería que con lo poco que se ha invertido en difundir antes buena cultura constitucional entre los destinatarios de la *oferta Corcuera*, pueda haber ahora, también entre éstos, quienes entiendan que con ella se les llama a algún tipo de sacrificio. Esta es una parte del drama, por más que no sea tal la lectura que hacen de algunas encuestas quienes amenazan con prevalerse de sus resultados.

Como en otros casos bien conocidos y experimentados de *legislación simbólica*, también aquí las finalidades manifiestas ocultan otras, latentes, pero que son las reales y realmente explicativas³⁰.

Cualquiera minimamente familiarizado con el tra-

²⁸ Cfr. al respecto L. Ferrajoli, *Diritto e ragione Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 844 y ss. (Traducción castellana en curso de preparación por Editorial Trotta). También G. Fiandaca, «Concezioni e modelli di diritto penale», en *Questione Giustizia*, 1/1991, p. 20

²⁹ Lo ha denunciado con toda energía A. Otero, «La presunta inconstitucionalidad del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana», *El Correo Gallego*, 22 de junio de 1991

³⁰ «Lo grave es la racionalidad subyacente, la intencionalidad y hasta, probablemente, la necesidad política de ese proyecto de ley. Se intenta dotar al Estado de un elemento más de lo que se ha llamado, con terminología bien inquietante, *el arsenal jurídico de las democracias*. Y de eso se trata, de un arma que puede adecuar su uso a objetivos tácticos o estratégicos. Y debe hacerse notar que ese manejo técnico incluye consentir niveles altos de inseguridad, fácilmente rebajables, al objeto de suscitar en determinados sectores sociales deseos tales de seguridad y orden que la puesta en marcha de procesos autoritarios aparezca igualmente deseada y legitimada. La coincidencia con específicas movilizaciones ciudadanas de estos días hace pertinentes observaciones de este tipo.» (C. de Cabo Martín, J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera, «La vieja fórmula de la modernidad», en *El País*, 29 de octubre de 1991).

tamiento policial de las consecuencias de las toxicodependencias sabe que medidas como la retención venían siendo aplicadas de hecho, hasta haberse convertido en modo normal de operar sobre ciertos sectores sociales. Y también que, en términos estadísticamente abrumadores, nunca la policía ha tenido problemas para obtener de los jueces mandamientos de entrada y registro, incluso con generosidad³¹.

Es decir, los instrumentos a los que en defensa del Proyecto se atribuye, desde el Ministerio del Interior, eficacia taumatúrgica, están ya rodados y... con los resultados que se conocen.

Entonces, ¿por qué insistir?

En pocas palabras podría afirmarse, antes de nada, que porque *no se sabe/no se puede* hacer otra cosa: es la aporía en que se agota la opción ultrapenalizadora, dentro de la cual se está a punto de tocar, o tocando ya, techo o fondo³².

Pero hay dimensiones más próximas y menos profundas de la *ratio legislatoris*. Son dos especialmente. Una está en el propósito de reducir los índices de precariedad jurídica con que se lleva a cabo buena parte del trabajo de la policía, que carece de espacio legal para hacer mucho de lo que hace en este campo³³. (Recuérdese que la normalización de la retención es una vieja reivindicación del sector.) Y nada mejor para ello que acomodar la ley a las prácticas, incluso infraconstitucionales.

La otra hay que buscarla en la necesidad policita de salir al paso —en clave propagandística— del creciente descontento social con la política de orden público, derivado de la sensación de inseguridad y desprotección que viven, sobre todo, los habitantes de los barrios periféricos de las grandes ciudades³⁴; como lo han hecho notar con su voto en los últimos comicios municipales, y parece que también en las encuestas. De ahí que pueda decirse que *la LPSC apunta más que contra el mercado de drogas, a incidir en el mercado electoral*.

A esta última particularidad de la LPSC se une otra digna de mención. Es que, por más esfuerzos que se han puesto en venderla como un alarde de alcance modernizador, lo cierto es que responde a

un viejo, incluso viejísimo paradigma con raíces en el derecho penal y procesal del antiguo régimen. ¿O es que podría ser otro el resultado de la masiva puesta en crisis del conjunto de principios a que antes se ha hecho referencia?

Pero es que en nuestro caso se da además una penosa circunstancia: no es que se *importen* determinados instrumentos legales de cuestionable legitimidad en el orden constitucional de las garantías. No. Lo malo es que, como se ha puesto de relieve, se recoge lo peor de cada una de las experiencias legislativas comparadas, en materia de reforzamiento de la significación de la instancia policial³⁵.

Si esto es ya por sí mismo bastante desolador, contribuye a hacerlo aún más otro dato bien elocuente. Me refiero al representado por probada proclividad de la institución policial a producir momentos de funcionamiento autónomo, caídas en el ejercicio de su poder como *poder fáctico*, imputables no tanto o no sólo a eventuales condiciones personales, como también o sobre todo a constantes estructurales, que tendrían que ser también estructural e institucionalmente contrastadas.

Rebajar en estas condiciones unos estándares legales que lo son de control de calidad del trabajo policial —que es como decir de calidad de vida democrática— carece de toda justificación.

'MEJORIA', DENTRO DE LA MÁXIMA GRAVEDAD

Pero todavía hay otro factor de justificada intranquilidad en el que conviene reparar.

Se ha venido diciendo desde el primer momento, frente a la alarma causada por la primera versión del texto, que no había cuidado, puesto que nacía para ser mejorado y para eso estaban las Cortes.

Quienes entonces invitaron a tal ejercicio en la virtud de la esperanza, dieron muestras de haber visto colmada la suya con el resultado de los trabajos del Congreso de los Diputados.

No obstante, siguió habiendo quienes, con menos

³¹ En efecto, los jueces han declinado y declinan en muchos casos, hasta hacer de ello una práctica habitual, el control efectivo de la justificación de la necesidad de las entradas y registros solicitados por la policía. Es algo cuya extraordinaria gravedad no debe dejar de denunciarse. Al mismo tiempo es bien sabido que, cuando no es así, la propia policía trata de jugar con las normas de reparto, para eludir a los jueces incómodos. (Cfr. «La policía tiene una "lista negra" de magistrados a los que apenas pide registros de casas», *El País*, 3 de diciembre de 1991).

Por cierto que, a raíz del fallido registro producido en Sevilla el día 29 de diciembre de 1991, el ministro «ironizó» (dice *El País*, 4 de enero de 1992) a propósito del hecho de que la diligencia se había producido con autorización judicial, queriendo poner de manifiesto que tal tipo de control no es una garantía frente al riesgo de errores de esta naturaleza.

No dijo el ministro que el juez autorizante estaba en Madrid (juez «predeterminado», sí, pero no muy «natural») y que hubo de actuar a partir de un escrito —seguramente bastante persuasivo en sus términos— y sin posibilidad de evaluar mediante un contacto directo los datos ofrecidos por la policía.

En vista de la escasa confianza en la garantía jurisdiccional que el responsable de Interior pone de manifiesto con su «ironía», habrá que reiterar que, en efecto, las garantías constitucionales se orientan tendencialmente a la eliminación de la posibili-

dad de usos desviados del poder. No aseguran siempre ese resultado; aunque sí que el margen de errores se vea reducido al mínimo posible, a condición de que se pongan efectivamente en práctica los elementales controles de racionalidad, que son las exigencias constitucionales dirigidas a la policía y al juez. Si bien, como le recordaba *El País* a Corcuera («Disparate en Sevilla», 3 de enero de 1992), hay veces «que el problema no es tanto legislativo como de sentido común».

Un sentido común que, también en este punto, brilló extraordinariamente en Constant: «...la arbitrariedad es vaga y sin límites algunos. Por eso cuando un gobierno regular procede arbitrariamente, sacrifica el mismo objeto de su existencia a las medidas que toma para conservarla». (Obra y edición citada, tomo segundo, pp. 93-94).

³² Cfr. «Manifiesto por una nueva política sobre la droga», en el número 8 de esta misma Revista.

³³ Así, V. Moreno Catena: «deben reputarse ilegítimas a la luz de las normas vigentes todas las retenciones policiales». (Trabajo antes citado, p. 142).

³⁴ Cfr. al respecto J. Jiménez Villarejo, «Patrullas de vecinos: desiguales incluso en la seguridad», *Exodo*, n. 11, noviembre-diciembre 1991, pp. 60-62).

³⁵ Cfr. el documentado trabajo de Bonifacio de la Cuadra, «La "ley Corcuera" sólo copia restricciones», en *El País* de 5 de diciembre de 1991.

entusiasmo a lo que parece, y diríase que de un voluntarismo moderado, hablaron todavía de mejoras posibles. Mejoras que cifraron, cuando el texto iba a entrar en el Pleno del Senado, en la modificación de determinados puntos del articulado: los artículos 20 y 21, dando implícitamente por bueno todo lo demás.

Hoy hay confirmación de que las mejoras han quedado en lo que cabía esperar, tratándose de una propuesta concebida y articulada desde el principio como se ha dicho. Se encuentran ya en la que parece definitiva versión de la ley Corcuera y son del género de las que se predicán de los enfermos sin curación posible: es decir «*mejorías*» dentro de la *máxima gravedad*.

Porque es realmente grave que las que hasta ahora habría que calificar de prácticas policiales irregulares, pasen de la ilegalidad —más o menos, mejor bastante, consentida— a la legalidad plena. Es el verdadero sentido de la LPSC, que es también reforma subrepticia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es la verdadera reforma procesal, que se resuelve en el establecimiento de un auténtico *proceso de policía*, previsto para el tratamiento potestativo y relativamente informal de una amplísima gama de conductas, e incluso de pre-conductas. Un *proceso expeditivo*, que no precisará de indicios de criminalidad para activarse, que no perderá el tiempo en trámites inútiles, que va a conferir a la propia intervención policial contenidos sustantivos, relevancia sancionadora inmediata. Podría ser el *proceso de alta velocidad*.

Pero si no hay motivos para la satisfacción en el texto, ¡qué podría decirse del contexto!

De éste ha formado parte privilegiada la mezquina y envilecedora cruzada emprendida contra todo hijo de vecino sospechoso de oposición en este punto: intelectuales, periodistas, jueces... Por no entrar en el amplio sector de los descalificados por la vinculación de su actitud anti-LPSC con una sedicente no confesada adicción a algún tipo de drogas.

También en ese mismo capítulo debe inscribirse la difusión explícita de una subcultura de la simplificación, que responde básicamente a la lógica del *amigo/enemigo*; orientada a favorecer a través de

torpes mensajes canalizados por vía subliminal la constitución de un frente de ciudadanos sanos en lucha contra el *enemigo interior*³⁶.

No podía faltar, puesto que forma parte relevante del cortejo argumental que suele acompañar a este tipo de leyes, la consabida banalización de las garantías, una vez más trivializadas, presentadas como obstáculo al buen hacer policial, como graciosa concesión a la delincuencia.

¿Verdad que todo suena?

Queda, no diré por fin, pero sí por último desde el punto de vista de esta reflexión, algo que no debe perderse de vista: es el *espíritu de la Ley*. En este caso identificable gracias a que cuenta con un bien atendible certificado de autenticidad, que es el texto del *Anteproyecto*.

Se dirá, y es cierto, que ha quedado desplazado al ámbito de lo formalmente irrelevante. Pero eso no garantiza su neutralización. Muy al contrario, el *espíritu del Anteproyecto* ha estado presente en todas las escaramuzas del *iter* parlamentario, en las que sólo a regañadientes se han hecho algunas concesiones *pro forma* que no suponen variación sustancial de la significación global de la Ley.

No debe y no puede perderse de vista que el *Anteproyecto* —de aconsejable relectura— fue siempre considerado plenamente constitucional y respetuoso con los derechos fundamentales por todos los responsables de Interior. No en vano se trata de un texto elaborado a *ciencia*: puesto que lo hicieron conocidos juristas; y *conciencia*: ya que claramente se buscaba un medio y un modo de incidir en el ordenamiento y en la realidad.

Dadas estas circunstancias, resulta justificado, incluso obligatorio, dejar constancia aquí de un miedo razonable a que la *lógica del Anteproyecto*, que expresa el primero y más auténtico sentir de los actuales responsables políticos de la policía, vaya a filtrarse —más aún de lo que ya lo hace cuando todavía existe algún freno— en las prácticas de ésta. Desde ahora, mediante la aplicación de la LPSC, cuyo autor ha querido ser tan complaciente con el intérprete.

He dicho miedo, porque Bacon captó muy bien la experiencia de que «es cruel atormentar el texto de las leyes, ya que éstas atormentan a los ciudadanos»³⁷.

³⁶ «La concesión de plenos poderes a la policía es la consecuencia lógica de una concepción de la "seguridad ciudadana" y del "orden público", que postula la existencia de determinados "enemigos interiores" (cuya caracterización puede variar según las circunstancias o el grado de consenso que éstas hagan posible) que amenazan la convivencia social y las instituciones representativas». (M. E. Querol y J. Torrell, «A propósito de la ley

de Seguridad Ciudadana», en *Mientras Tanto*, n.º 46, p. 78. También Claudio Movilla se ha referido, como uno de los fines ocultos de la ley, a una «*cruzada* legal contra grupos marginados y subalternos». (En «Mantenello y no enmendallo», *El Mundo*, 21 de noviembre de 1991).

³⁷ F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, cit. por L. Ferrajoli, en o. c., p. 378).

El precintado y la incautación de emisoras en el anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones: ¿una nueva forma de censura previa?

Marc CARRILLO

En los meses últimos, la prensa escrita ¹ se ha hecho eco de la intención del Gobierno de llevar a cabo una reforma de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). El motivo de la especial atención suscitada es debido, en opinión expresada por algunos medios de comunicación, a que el texto del Gobierno le permite cerrar emisoras sin la previa intervención judicial cuando éstas decidan —por ejemplo— divulgar el contenido de conversaciones telefónicas u otro tipo de telecomunicaciones no destinadas al público en general. Ello ha hecho especular sobre la influencia que el llamado *affaire Benegas* ² haya podido tener en las verdaderas intenciones del Gobierno para establecer unas consecuencias de tal calibre. Recuérdese en este sentido, que el responsable de organización del PSOE interpuso una acción judicial por intromisión ilegítima en su intimidad y violación del secreto de las comunicaciones telefónicas contra la SER, cuando esta cadena de radio difundió parte del contenido grabado de una conversación mantenida por Benegas y otros cargos del PSOE.

En respuesta a estas conjeturas, Josep Borrell ministro responsable del Departamento de Obras Públicas y Comunicaciones que ha aprobado el Anteproyecto de reforma de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, declaraba que «el derecho a la información no tiene nada que ver con la modificación de la LOT..., nos estamos limitando a transcribir a la ley las obligaciones y las sanciones previstas en los convenios internacionales firmados por España» ³.

Desde algunos ámbitos jurídicos se ha considerado, sin embargo, que la sanción consistente en el cierre o clausura de emisoras por la causa señalada atenta contra el derecho a la información, que debe primar sobre el derecho a la intimidad en los supuestos de informaciones dotadas de interés público bien por su contenido o por la relevancia social o colectiva de la persona objeto de la información. Asimismo —se añade— la sanción consistente en el cierre puede, razonablemente, incitar a pensar que el Ejecutivo rememora determinadas prácticas propias de la época de la Ley Fraga de 1966,

al estar implícitamente determinando sobre lo que se debe y no se debe decir; o dicho de otra forma, se están introduciendo elementos de censura previa al sustituir una decisión judicial por una sanción administrativa.

* * *

De acuerdo con lo prescrito en el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las Telecomunicaciones elaborado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y aprobado en Consejo de Ministros el pasado 11 de octubre para su remisión a las Cortes Generales ⁴, el contenido de la reforma que al objeto de este comentario interesa analizar, consiste en una innovación de los supuestos de infracciones muy graves y graves de las normas de ordenación de las telecomunicaciones, así como de las sanciones derivadas de aquéllas.

Así, se considera —con un redactado poco afortunado— como infracción muy grave:

«Art. 33.2.g).—*La divulgación del contenido o de la simple existencia, la publicación de cualquier otro uso, sin autorización, de toda clase de información obtenida mediante la interceptación o recibida de forma involuntaria de telecomunicaciones no destinadas al uso público general*».

De acuerdo con el nuevo art. 34.2, párrafo 3.º, «las sanciones impuestas por cualquiera de las infracciones comprendidas en el art. 33, cuando se requiere título habilitante para el ejercicio de la actividad, *podrán llevar aparejada como sanción accesoria el precintado, incautación de los equipos o aparatos o clausura de las instalaciones en tanto no se disponga de dicho título*» ⁵.

El alcance de la reforma de la LOT contenida en el Anteproyecto es, desde luego, mucho más amplio; sin embargo, el comentario que aquí se realiza se circunscribe a los preceptos señalados en la medida en que puedan incidir negativamente sobre alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. A este respecto cabe retener la atención sobre los siguientes:

¹ Probablemente, ha sido el diario *El País* (de 12 de octubre de 1991 y de 19 de octubre de 1991) quien ha dado mayor relevancia al contenido del Anteproyecto presentado al Consejo de Ministros por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

² Sobre el caso Benegas, véase mi artículo. «L'afer Benegas des del punt de vista jurídic». *Capçalera. Revista del Col·legi de*

Periodistes de Catalunya n.º 23, Barcelona, junio 1991, págs. 15-17.

³ Véase *El País*, de 12 de octubre de 1991.

⁴ En el momento de cerrar este artículo, no hay constancia que dicha remisión al Parlamento se haya producido.

⁵ La cursiva es mía.

1) El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

2) El derecho a la intimidad.

3) El derecho a la información.

4) El funcionamiento de las garantías jurisdiccionales así como la operatividad de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado.

1) Sin duda, un primer derecho protegido a través de la tipificación, como falta muy grave, de la divulgación de información obtenida mediante la interceptación de telecomunicaciones, es el *derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telegráficas, telefónicas y postales* (art. 18.3 CE). Así lo establece, también el Código Penal (art. 497-bis) al tipificar como delito la acción de aquel «que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa...».

La inviolabilidad de las comunicaciones se suele plantear como una consecuencia de la protección del derecho a la intimidad⁶; o, también, como una manifestación concreta de este último⁷. A través del derecho tipificado en el art. 18.3 de la CE se trata de proteger todo tipo de comunicación de naturaleza privada entre las personas, con independencia de la naturaleza del instrumento que facilite dichas comunicaciones.

2) Por su parte, la *intimidad* es el derecho que habilita a su titular a oponerse a cualquier intromisión procedente de ámbitos públicos o privados sobre la esfera de su ámbito personal o familiar más próximo. Únicamente con el consentimiento del afectado se puede llegar a conocer lo que constituye el núcleo o la esfera más vinculada a la individualidad de la persona.

Parece evidente, que el ámbito protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones se refiere a lo que convencionalmente se entiende como vida privada, concepto éste más genérico y amplio que el de intimidad; y que, a su vez, puede ser alegado en su defensa no sólo por personas físicas —nacionales y extranjeros— sino también por personas jurídicas con independencia de la nacionalidad de las mismas.

Por tanto, la intimidad y en general la vida privada de una persona pueden quedar afectadas si se produce una violación del secreto de las comunicaciones; no obstante ello, es preciso subrayar que ambos derechos fundamentales tienen substantividad propia y de ésta se pueden deducir consecuencias diferentes cuando entren en colisión con el derecho a la información.

En relación a la intimidad y otros derechos de la personalidad, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el valor preferente

del derecho a la información, cuando el objeto de la misma sea de interés colectivo o así lo requiera la dimensión pública de la persona sobre la que se difunde una noticia⁸. Asimismo, acogiendo los criterios interpretativos de la célebre sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *New York Times V. Sullivan* (1964), ha introducido el límite de la veracidad en la información, no a partir de su absoluta adecuación a la realidad de los hechos sino en función de la debida diligencia en la obtención de aquello que se difunde⁹. También en relación a la veracidad, el TC recuerda que ésta no opera de igual manera frente al honor que con respecto a la intimidad¹⁰: en el primer caso la veracidad en la información no genera responsabilidad jurídica por la incidencia que pueda tener sobre la consideración social del individuo, mientras que si lo que está en juego es el derecho a la intimidad, la veracidad de la información no excluirá de responsabilidad civil o penal, salvo que se demuestre su interés público.

3) La cuestión se plantea de forma distinta con respecto a la *inviolabilidad de las comunicaciones* y su relación con el *derecho a la información*. Se trata de un derecho fundamental que por precepto constitucional (art. 55 de la CE) únicamente decae en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio y, de forma individualizada, para personadas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por esta razón el valor preferente del derecho a la información sobre un objeto o un sujeto de interés público no puede legitimar una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En ningún caso el valor preferente de un derecho fundamental puede permitir la violación de otro derecho fundamental; cuando el TC atribuye esta condición al derecho a la información frente a los derechos de la personalidad, lo hace desde el carácter no absoluto de los derechos y de acuerdo con la función esencial que los artículos reconocidos en el art. 20.1 d) de la CE cumplen en el Estado democrático. A partir de la legitimidad que el pueblo le otorga, el Estado queda habilitado para que —por ejemplo— sus órganos jurisdiccionales puedan relativizar nociones particularistas del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, que, como tales, ignoren la existencia de valores y bienes jurídicos colectivos que el Estado *también* debe proteger. Entre éstos, se encuentra el derecho a recibir información veraz sobre asuntos y personas de interés público.

Cuestión, en parte, distinta es la difusión de una información obtenida a través de la violación del secreto de las comunicaciones. Esta es una de las infracciones de carácter muy grave que, como se ha señalado más arriba, introduce el Anteproyecto de reforma de la LOT.

⁶ Véase J. M. Serrano Alberca, Artículo 18. En: F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*. Civitas, 2.ª ed Madrid, 1985, pág. 373.

⁷ Véase César Sempere Rodríguez, Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978* (dirigidos por Oscar Alzaga). Edersa, Madrid, 1984, pág. 440

⁸ Véase la STC 104/1986 de 17 de julio, reiterada con posterioridad en numerosas resoluciones.

⁹ Véase STC 6/1988, de 21 de enero.

¹⁰ Véase SSTC 105/1990, de 6 de junio y 171/1990, de 5 de noviembre.

Ciertamente, no hay duda que *aquel medio de comunicación que difunda una información obtenida, directa o indirectamente, mediante una acción material de alteración del secreto de las comunicaciones*, no podrá alegar en su defensa el interés público de aquello que emite o publica, aunque objetivamente así sea. Ni tampoco podrá escudarse en el *secreto profesional* para guardar discreción sobre cómo y a través de quién ha obtenido la información difundida. Sin duda, habrá violado un derecho fundamental e incurrirá en responsabilidad penal.

Distinta será la posición del medio de comunicación que no esté implicado en la violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Si ha adquirido por medio legal una información inicialmente obtenida por *otra persona* mediante la interceptación de una comunicación no destinada al uso general, será libre de difundirla o no, en función no sólo de los criterios de interés público que incidan sobre el contenido del material a comunicar, sino también de acuerdo con las normas deontológicas de la profesión. Sentada esta premisa y *no habiendo participado en la obtención de la información*, será constitucionalmente legítimo alegar, en su caso, el secreto profesional, como derecho que permite guardar discreción sobre las fuentes informativas frente a poderes públicos y a particulares.

Del redactado del Anteproyecto se deriva, sin embargo, un planteamiento mucho más rígido ya que el medio de comunicación no queda exonerado de responsabilidad aún en el supuesto de que la información interceptada haya sido obtenida de forma involuntaria, es decir sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad jurídica. Con ello se adopta una posición en exceso restrictiva que puede impedir el conocimiento de asuntos de interés general, cuya difusión es susceptible de redundar en beneficio de la necesaria transparencia de la llamada cosa pública, de la que los poderes públicos son gestores. No se olvide, que el principio de publicidad de los actos del Estado es la regla y no la excepción en el funcionamiento de los órganos y funcionarios a su servicio. Y no sólo los poderes públicos han de quedar afectados por este planteamiento, sino también la actividad de aquellas personas y entidades privadas que afecta al interés colectivo.

4) Finalmente, procede abordar la incidencia que el nuevo redactado del Anteproyecto tiene sobre el sistema de garantías de los derechos fundamentales, y el eventual peligro que pueden generar algunas sanciones previstas. Aquí es donde —a mi juicio— se plantea el problema de mayor relevancia: concretamente, el precintado, la incautación de los equipos o aparatos y la clausura de las instalaciones... ¿suponen una revitalización de la censura previa?

La CE, adoptando la tradición liberal, es concluyente al excluir cualquier apelación a la técnica jurídica del control preventivo sobre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, reconocidos en el art. 20. Se prohíbe cualquier tipo de censura previa así como también el secuestro ad-

ministrativo de publicaciones, grabaciones o programas, como medida cautelar.

La prohibición de censura previa afecta tanto al objeto como al contenido del derecho a la información. Consiste no sólo en impedir la difusión por cualquier medio de comunicación, de una información o parte de la misma, sino también «la introducción de cualquier tipo de formalidad administrativa que, resultando de alguna manera gravosa, no sea necesaria para garantizar el lícito ejercicio del derecho»¹¹. La prohibición de censura afecta, a su vez, a los diferentes elementos que integran el proceso informativo, como son la investigación, la comunicación o la misma recepción de aquello que se hace público.

Por tanto, ¿en qué medida, las sanciones establecidas en el nuevo art. 34 del Anteproyecto pueden suponer la introducción de elementos de censura previa?

Para la imposición de *sanciones administrativas* dicho precepto distingue entre aquellas que se pueden imponer sobre el ejercicio de una actividad para la que se requiere y se posee título habilitante (en este caso la sanción puede ser el precintado o incautación de los equipos y aparatos) y aquellas otras que precisando de dicho requisito, todavía no se dispone del mismo (en este caso, la sanción es la clausura de las instalaciones).

Centraremos la atención en el significado de las sanciones cuando *ya existe título habilitante para el ejercicio de la actividad*: el precintado o la incautación de los equipos y aparatos.

Ambas son medidas cautelares tomadas por la autoridad administrativa que significan: en el primer supuesto, la imposibilidad de acceso a las instalaciones del medio de comunicación durante el período de tiempo que la medida cautelar dure; en el segundo, el comiso de los instrumentos materiales que integran los equipos y aparatos que configuran el diario, la emisora de radio o la cadena de televisión. Ambas, a su vez, son de naturaleza más grave que el secuestro de la publicación o grabación.

No hay duda que medidas de esta naturaleza resultan gravosas, considerablemente gravosas —habría que precisar— no sólo por el perjuicio que sin duda producen en la credibilidad del medio sino también —por ejemplo— por el monto que pueden alcanzar las pérdidas ocasionadas por la no emisión de publicidad durante unos días. Pero la cuestión jurídica principal no radica tanto en los efectos que sobre el medio puedan producir las sanciones citadas como *quien es la autoridad que ha de decidir sobre las mismas*. Aquí es donde reside el problema de constitucionalidad más relevante que plantea el Anteproyecto de Ley.

La razón es la siguiente: como es bien sabido, la CE establece un sistema represivo de control sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, el art. 20.5 establece que «sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». El secuestro es una medida cautelar acotada en el tiempo, cuyo objeto

¹¹ Véase Fernández Miranda y Campoamor, *op. cit.*, pág. 535-536.

es impedir la difusión posterior de una información publicada o emitida, pero sin que ello afecte a cualquier otra actividad informativa producida en el mismo día ni, por supuesto, al instrumental o equipo del que se dota el medio. Es evidente, pues, que tanto el precintado como la incautación son medidas cautelares más incisivas y graves. En consecuencia, si el secuestro requiere la previa decisión judicial, se hace difícil pensar que otras medidas cautelares que afectan a derechos fundamentales y que son de mayor calado, puedan ser tomadas por decisión administrativa; ello supondría introducir un criterio de control preventivo que la CE no permite, salvo en los supuestos especiales del art. 55.

Sin perjuicio de la eventual culpabilidad en la que pueda encontrarse inserto un medio de comunicación por haber —por ejemplo— interferido un teléfono, deberá ser la autoridad judicial la que, en uso de la potestad jurisdiccional que le corresponde, decida aplicar las contundentes medidas cautelares que el legislador ha establecido. Es en sede judicial, donde deben evaluarse los intereses jurídicos en conflicto: la existencia de indicios racionales de responsabilidad criminal en el medio, la viabilidad o no de la alegación del secreto profesional, la incidencia de la difusión de la información sobre los derechos de la personalidad, la conveniencia o no de aplicar como sanción accesoria a la multa, el precintado o la incautación, etc.

Si la decisión se traslada a la Administración, ésta se convierte —por unos días— en juez y parte, al tener potestad para decidir sobre la continuidad del soporte material que da cobertura al derecho a la información, y al que ella misma en su día atribuyó habilitación para ejercer —como establece el art. 2.1 de la LOT— un servicio esencial de titularidad estatal.

Cuestión diferente sería el supuesto del medio de comunicación que, careciendo de título habilitante para el ejercicio de la actividad, intercepta sin autorización una telecomunicación no destinada al uso público general. En este caso, la ausencia del título habilitante para ejercer la actividad ha de permitir la actuación preventiva, ya que el derecho a comunicar información por cualquier medio de difusión exige, en los supuestos de uso de telecomunicaciones, el acceso a una red de conexión de titularidad estatal. Es el Estado, mediante concesión administrativa, quien permite el uso de esta red; si la habilitación no existe, parece lógico que en los supuestos de presunta comisión de delito se puede arbitrar una medida cautelar tan contundente como la clausura de las instalaciones en tanto no se disponga del tí-

tulo habilitante, a fin de procurar un uso equitativo de un bien público.

No obstante, y como último apunte, conviene recordar que las previsiones de este Anteproyecto de Ley en materia sancionatoria, quedan mediatizadas por el carácter del recurso de *amparo ordinario* para la tutela de derechos fundamentales. Como es bien conocido, la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona ha supuesto un cambio importante en relación a la posición procesal del individuo cuando pleitea con la Administración. La Ley 62/78 ha variado uno de los principios clásicos del Derecho Administrativo como era el de la ejecutividad de los actos administrativos; de acuerdo con ello, se ha modificado el criterio sentado —con matices— por el art. 45 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el art. 34 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y, finalmente, por el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual la legalidad del acto administrativo se presumía salvo que la jurisdicción contencioso resolviere en sentido contrario. Tras la Ley 62/78, y cuando lo que se dirime es la posible violación de un derecho fundamental, se ha establecido como regla y no como excepción, la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado salvo que el juez considere que ello pueda redundar en perjuicio de bienes jurídicos colectivos. De esta forma, el medio de comunicación dispone de un poder de reacción ante una cautela administrativa que puede producir efectos muy negativos sobre el mismo, sin perjuicio —evidentemente— de lo que resuelvan con posterioridad los tribunales ordinarios.

En cualquier caso, sin embargo, ello no hace desaparecer los elementos de censura previa que supone el mantenimiento de las medidas cautelares administrativas de precintado e incautación de equipos o aparatos.

Estamos pues —a mi juicio— ante una innovación de lo preceptuado por la Constitución en su art. 20.2; es decir ante un supuesto de inconstitucionalidad. No parece pues que se trate —como afirmaba el Ministro Josep Borrell— de una simple adaptación de la LOT a las obligaciones y sanciones previstas en los convenios internacionales firmados por España. Puesto que de ser así, y en función de todo lo expuesto, habría que activar lo que ha previsto la propia CE: «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional» (art. 95.1). Este sería la consecuencia que derivaría de la aprobación de una reforma de la LOT inspirada en detraer competencias judiciales en favor de la autoridad administrativa.

El Proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: la excepcionalidad como norma

Diego LOPEZ GARRIDO

Ha hecho falta que la policía descubra y haga pública la detención de personas que, supuestamente, traficaban con datos personales obtenidos de fuentes públicas, de forma fraudulenta, para lo que organizaciones no gubernamentales han venido predicando como voz que clama en el desierto tome cuerpo y haga visible la situación de *alegalidad* en cuanto a la gran cuestión de la protección de la intimidad frente al uso abusivo de la tecnología informática.

Los traficantes de datos personales inculpados parece que poseían los correspondientes a más de la mitad de la población española. Es espectacular; pero, en realidad, corresponde a la enorme potencia que la tecnología del tratamiento automatizado de datos permite. Una tecnología que va a velocidad de vértigo. Tanta que cuando vea la luz el Proyecto de Ley, hoy en el Parlamento, *sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, seguramente estará ya sobrepasado por la realidad. Vivimos en una «sociedad de vigilancia intensiva», por emplear una terminología médica muy adecuada a nuestro tema.

Probablemente la causa de ello es que la información resulta ser casi en el siglo XXI un recurso esencial, celosamente guardado, para la gestión burocrática (pública y privada) de la política económica global. Aquí está la raíz de la multiplicación exponencial de la fuerza de trabajo destinada a las tecnologías del «control», y del desequilibrio entre quienes proveen información y quienes la guardan.

La naturaleza nueva del fenómeno de la telemática, y su amenaza para las libertades, reside en que aquí el observador nunca es visto. La posible violación de la intimidad no se revela a los individuos que sufren, anestesiados, esa violación. Se trata de una vigilancia que es nutrida por el propio sujeto/objeto de la información (*subject data*).

Para los españoles, desde hace algunos días está ya claro que el comercio sobre información personal es un suculento negocio. Pero esto no autoriza a sentenciar interesadamente, como hizo el Ministro para las Administraciones Públicas, que la amenaza proviene principalmente del sector privado. De hecho, la información que poseían las personas en su día detenidas se obtuvo, en todos los casos, de fuentes públicas, de diversos Ministerios. El Estado es quien maneja la mayor cantidad de información personal existente en éste y en otros países de nuestro entorno. La Administración Fiscal; la Administración Policial, con su modelo analítico de orien-

tación preventiva y con el flujo transnacional de datos consecuencia de los delitos transnacionales; la Administración Sanitaria, manejando dosieres médicos extremadamente sensibles, son tres gigantes ejemplos de la amenaza que supone para la intimidad personal el poder informativo del Estado, y la necesidad de su control seguro.

Naturalmente, la dimensión privada del problema es indudable. No sólo por las implicaciones comerciales de la tecnología de los «nichos del mercado», que requiere una visualización lo más afinada posible de los sectores o segmentos de población que pueden ser sensibles a un determinado producto. Hay muchos otros ejemplos. Así, el caso del reclutamiento laboral. Nadie sabe si las empresas especializadas en selección de personal guardan en sus ficheros automatizados datos sensibles que descartan de antemano a ciudadanos o ciudadanas cuyas actividades sindicales o políticas, cuya religión o cuyas ideas les hacen indeseables para obtener determinados trabajos. Esas personas nunca lo sabrán.

Los flujos transfronterizos de datos son la expresión más sofisticada de la potencia de la informática unida a la de las telecomunicaciones. La construcción europea no es ajena a ello y aquí ha adquirido sus tintes más siniestros. El Convenio conocido como Acuerdo Schengen, pensado para el control y la represión de la inmigración en determinados países europeos, tiene como uno de sus pilares el Sistema Informático Schengen, que interconectará a las policías de todos esos países por ejecutar como un solo hombre la decisión tomada por cualquiera de ellas prohibiendo la entrada, sancionando o denegando el asilo político a cualquiera de esos inmigrantes.

Hasta hoy no se puede decir que hubiese un clamor popular por esta laguna en el desarrollo constitucional (no olvidemos que el artículo 18.4 de la Constitución Española prevé expresamente una Ley que limite el uso de la informática en cuanto atente a la intimidad personal). A eso hay que añadir la hostilidad de Ministerios como el de Hacienda o Interior para explicarnos por qué ningún Gobierno ha sido capaz de llevar al Parlamento un Proyecto de Ley en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución hasta su publicación en el *Boletín Oficial de la Cortes Generales* de 24 de julio de 1991.

Y ello a pesar de la insistencia de algunos en denunciar ese vacío equivalente a la ley de la selva. La Asociación Pro Derechos Humanos envió hace casi un lustro a los grupos parlamentarios un borra-

dor de Proyecto de Ley, que luego fue asumido por el grupo de Izquierda Unida y presentado infructuosamente por dos veces en el Congreso de los Diputados.

España seguía incumpliendo el Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, sobre protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de datos personales. Ese Convenio fue ratificado por España en 1984 y nunca lo desarrolló. Cuando la Comisión Europea culminó una propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* de 5 de noviembre de 1990), al Gobierno español no le quedó ya ninguna salida más que preparar, aunque fuera a regañadientes, el Proyecto de Ley que en estos días debate el Parlamento.

Ante estos antecedentes, y sensibilizados por los hechos a que hacemos alusión al principio de este artículo, se muestra con toda claridad la irresponsabilidad de unos Gobiernos que han mantenido en el vacío legal conductas tan reprobables como las que han sido objeto de represión policial y que van a ser difícilmente objeto de represión judicial.

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Proyecto de Ley español se inspira fuertemente en la propuesta de Directiva elaborada por la Comisión Europea a que hacemos mención anteriormente. Por ello, creo que no estaría de más que dedicásemos algunos párrafos a esta propuesta de Directiva, que seguramente pronto será aprobada.

La Comunidad Europea no se ha caracterizado precisamente por su agresividad en la protección de los Derechos Humanos. Sus objetivos han sido descaradamente economicistas y, por tanto, la sensibilidad humanitaria quedaba fuera de los intereses comunitarios. La propuesta de Directiva en cuestión significa un leve acercamiento a esa sensibilidad pero, no nos engañemos, la razón de su elaboración, de su existencia, es básicamente comercial. Como dice la Comunicación de la Comisión Europea sobre *la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales en la Comunidad y la seguridad de los sistemas de información*, de 24 de septiembre de 1990, la diversidad de enfoques nacionales en cuanto a la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de datos personales, y la ausencia de un sistema de protección a escala comunitaria, constituyen un obstáculo a la realización del mercado interior. Si los derechos fundamentales de los interesados, en particular el derecho a la intimidad, dice la Comisión, no se garantizan a nivel comunitario, puede verse entorpecido el intercambio transfronterizo de datos, que se ha hecho indispensable para las actividades de las empresas y de los organismos de investigación, y para la colaboración entre las Administraciones de los Estados miembros, en el marco del espacio sin fronteras contemplado en el artículo 8A del Tratado CEE.

Por otra parte, ir a un «enfoque comunitario» en

materia de protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales, constituye un requisito esencial para el desarrollo de la industria de la informática y de los servicios telemáticos de gran valor añadido. De ahí que la Comisión haya elaborado otra propuesta de Directiva relativa a la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con las redes públicas digitales de telecomunicación, y en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas (*Diario Oficial de la Comunidad Europea* de 5 de noviembre de 1990). Este aspecto de la telecomunicación y su impacto en la intimidad personal ha sido, por cierto, obviado por el Proyecto de Ley español, que nace así con una importante limitación de origen.

En fin, la penetración de la informática en todas las esferas de las actividades económicas y la aparición de sistemas de comunicación globales que facilitan la integración de diversas actividades, constituyen, a juicio de la Comisión Europea, un nuevo reto que hace necesaria una «protección» adaptada a los riesgos derivados de posibles fallos técnicos o humanos.

El objetivo de la Directiva comunitaria es facilitar la circulación de datos personales dentro del espacio comunitario. La Comunicación de la Comisión a que hacemos referencia es absolutamente sincera al confesar que lo que pretende es que, dado que todas las personas deben gozar en cada uno de los Estados miembros de una protección equivalente de «alto nivel» en lo referente al tratamiento de datos personales —ése es el objetivo a cubrir por la Directiva— los Estados miembros no podrán en el futuro imponer restricciones a la circulación de dichos datos dentro de la Comunidad invocando la protección del interesado.

En resumen, la Directiva comunitaria no se sitúa, y ése es uno de los errores de fondo del mimético Proyecto de Ley del Gobierno socialista, dentro del nivel de máxima protección de la intimidad, porque su finalidad es otra. Trata de establecer unos mínimos de seguridad para los datos personales que permitan disolver cualquier obstáculo para la circulación acelerada de información personal, para el progreso del sector informático y de las telecomunicaciones, para, en definitiva, también en este sector económico permitir llegar hasta sus últimas consecuencias en la idea del Mercado Interior Único. No se trata de criticar a la Comunidad Europea porque ésa sea la finalidad de la Directiva, ya que se mueve estrictamente en los objetivos lícitos de la Comunidad. Lo que es criticable es que un Proyecto de Ley adopte una protección de *mínimos*, como la que establece la Directiva, para legitimarse, cuando el mandato constitucional de protección de la intimidad y la filosofía de protección de un derecho fundamental como ése exigirían mucha mayor audacia respecto de las amenazas provenientes, no sólo del sector privados sino, fundamentalmente, de los organismos públicos, que son los que controlan y manejan el mayor número de datos personales incluidos en ficheros automáticos.

EL PROYECTO DE LEY ESPAÑOL

El contenido del Proyecto de Ley podría resumirse diciendo que hace una correcta regulación de los principios básicos de protección de la intimidad respecto del tratamiento de datos personales por entidades públicas y privadas en ficheros automatizados y que, al establecer las excepciones a tales principios, echa por tierra la anterior labor.

Los principios básicos están en los artículos 4, 5, 6, 7 y 11. No hay mucho que objetar a esa regulación, como decíamos. Dada las características de este breve comentario no creo que proceda extenderse en hacer una glosa o resumen del contenido de tales preceptos. Las prescripciones establecidas en el Convenio del Consejo de Europa de 1984 son básicamente adoptadas.

Asimismo, los derechos de las personas de acceso, rectificación, bloqueo (concepto extraído de la Ley alemana) y cancelación, están recogidos. No se trata de una regulación modélica, pero tampoco pueden hacerse críticas profundas. Quizá la más importante sería la de la generosidad con la que se remite la regulación concreta de todos estos importantes aspectos al Reglamento. En cuanto a los ficheros de titularidad privada, su regulación es en términos generales, adecuada en el Proyecto de Ley.

Hasta aquí la norma o, mejor dicho, la aparente norma, ya que, cuando nos vamos a los artículos relativos a los ficheros de titularidad pública podemos apreciar con toda claridad que la excepción es la que se convierte en norma. Los artículos 19, 20, 21 y 22 son, desde el punto de vista de la protección de la intimidad personal, muy negativos. Vamos a examinarlos brevemente.

El artículo 19 del Proyecto dice:

«1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones *no serán cedidos* a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, *salvo cuando la cesión hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso.*»

2. Podrán, en todo caso, ser objeto de cesión los datos de carácter personal que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra.»

Resulta extremadamente flexible esa posibilidad que la Ley establece de ceder datos de carácter personal cuando así hubiera sido previsto en una disposición de creación del fichero o en una disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso. Esa disposición no tiene que ser una ley. Puede ser una norma de rango muy inferior, lo que va a dar lugar a las mayores arbitrariedades respecto de una cesión de datos que constituye, seguramente, el mayor de los peligros detectados en esta materia.

El artículo 20 se refiere a los ficheros automatizados creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que contengan datos de carácter personal. Los apartados 2 y 3 del dicho artículo 20 dicen:

«2. La recogida y tratamiento automatizados para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad *sin consentimiento* de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que *resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales*, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.

«3. La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos a que hacen referencia los apartados 2 y 3 *del artículo siete*, podrán realizarse *exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta.*»

El artículo 20 está, sin duda, repleto de peligrosísimos conceptos jurídicos indeterminados. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad van a poder recoger y tratar automatizadamente datos de carácter personal *sin consentimiento* de las personas afectadas cuando «resulte necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales».

Más grave aún es lo relativo a lo que se ha llamado *datos sensibles*. Estos van a poder ser recogidos y tratados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad también *sin consentimiento* de los afectados en los supuestos en que sea «absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta».

Convendría hacer en este punto una referencia a la forma en que están definidos los datos personales sensibles en el Proyecto de Ley. A ellos se refiere el artículo 7, que dice lo siguiente en sus apartados 2 y 3:

«2. Sólo con consentimiento expreso del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen su ideología, religión o creencias.

3. Los datos de carácter personal que hagan referencia al *origen racial, a la salud y a la vida sexual* sólo podrán ser recabados, tratados automáticamente y cedidos cuando, *por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.*»

El Proyecto de Ley entiende, pues, que, aún sin consentimiento del afectado, si lo dispone una ley, pueden almacenarse, tratarse automáticamente y cederse datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual. Resulta extremadamente incomprensible el que se necesite tratar automáticamente, almacenar o ceder datos que afectan a la intimidad más profunda de la personal. Quizá podría excluirse de lo anterior lo relativo a la salud, por las consecuencias de interés general que pudieran derivarse del no control adecuado de determinadas enfermedades. Sin embargo, el origen racial o las costumbres sexuales deberían estar erradicadas de cualquier tipo de fichero automatizado obtenido sin el consentimiento del

afectado. Seguramente en el fondo de esta cuestión está la preocupación por la inmigración y las exigencias represivas que se derivan de la firma del Acuerdo Schengen. En cuanto a la vida sexual se nos acaba la imaginación para pensar cuál puede ser el interés en que datos tan íntimos puedan ser legalmente recabados y tratados en ficheros automatizados.

Pues bien, estos datos llamados sensibles, es decir, aquellos que afectan a la intimidad más estricta de la persona, a su dignidad como tal, al ámbito más profundo de su soberanía interior, pueden ser recogidos y almacenados en ficheros automatizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en las abstractas circunstancias a que se refiere el artículo 20 del Proyecto de Ley.

Lo más grave de esa regulación aparece en el siguiente artículo, en el 21, del cual se deduce la imposibilidad de control sobre el uso o abuso que de esa potestad vayan a hacer las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En efecto, el artículo 21 del Proyecto dice lo siguiente:

«1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior, *podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación* en función de los peligros que pudieran derivarse para la *defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros, o las necesidades de las investigaciones* que se estén realizando.

2. Los responsables de los ficheros de la *Hacienda Pública* podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras.

3. El afectado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados anteriores podrá ponerlo en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o del Organismo competente de cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros automatizados mantenidos por Cuerpos de Policía propios de éstas, o por las Administraciones Tributarias Autonómicas, quien deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.»

Como se deduce del apartado 1 del artículo 21, no va a ser posible controlar el uso de la potestad concedida por el artículo 20 a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad porque éstas podrán denegar el acceso, la rectificación o la cancelación de los datos sensibles a las personas afectadas en función de «los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado a la Seguridad Pública, la protección de los derechos y libertades de terceros, o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando». Es decir, los peligros que pudieran derivarse de prácticamente todo tipo de eventualidad. Así que, la potestad del artículo 20 de las Fuerzas y

Cuerpos de Seguridad en relación con los datos sensibles queda fuera de control. Ni siquiera del control del Director de la Agencia de Protección de Datos, que es el Organismo pensado para ello en el Proyecto de Ley, ya que lo único que le permite el artículo 21 en su apartado 3 es que pueda «asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación». Una frase verdaderamente inescrutable, y rigurosamente inútil.

Las mismas consideraciones cabría hacer, matizadas por una materia tan diferente, respecto de los ficheros de la Hacienda Pública.

Las excepciones no acaban aquí. El artículo 22 consagra esa definición con que nos atrevemos a definir el Proyecto de Ley como algo que convierte lo excepcional en normal. Porque ese artículo limita extraordinariamente el derecho que el afectado tiene de ser informado de la finalidad de la recogida de datos de carácter personal, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le sean planteadas, de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación, etc., previsto en el artículo 5 del Proyecto.

Asimismo se limita gravemente el derecho previsto en el artículo 15 del Proyecto de Ley de exigir la rectificación, cancelación o bloqueo de los datos que resulten inexactos. Lo mejor será que reproduzcamos a continuación la redacción del artículo 22 para corroborar esta apreciación:

«1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo cinco no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado *impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas* o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad pública o la persecución de infracciones penales o administrativas.

2. Lo dispuesto en el artículo catorce y en el apartado 1 del artículo quince no será de aplicación si, *ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección*. Si el órgano administrativo responsable del fichero automatizado invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas.»

Ante esta serie de excepciones que devalúan de una forma muy notable los principios generales establecidos en los primeros artículos del Proyecto de Ley, resulta incluso de importancia menor el que el Director de la Agencia de Protección de Datos tenga un origen gubernamental.

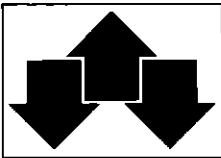
El Director de la Agencia de Protección de Datos, órgano tutelador de la legislación de protección de datos, es nombrado por el Gobierno por cuatro años y tiene un determinado estatuto de independencia, al que se refiere el artículo 25 del Proyecto de Ley,

y en el que aquí no vamos a profundizar. Porque el verdadero problema de este Director de la Agencia de Protección de Datos no es su procedencia gubernamental, sino su impotencia para controlar esos casos excepcionales a los que nos hemos referido en los anteriores párrafos. La Agencia de Protección de Datos nace, de esa forma, capitidismunida y sometida al imperio de lo excepcional, la gran característica de este Proyecto de Ley.

Para terminar este breve comentario, hagamos una mención a la ausencia de normas penales en el Proyecto de Ley. Es de todo punto necesario que este extremo se regule. No es la mejor técnica legislativa el sacar del Código Penal determinados tipos delictivos. Sin embargo, los acontecimientos a

que hemos hecho varias veces alusión al comienzo de este artículo sucedidos en Madrid hace días ponen clamorosamente de manifiesto que el Gobierno debería haber incluido unas normas penales sancionatorias en este Proyecto de Ley o, alternativamente, haber tramitado en paralelo una reforma parcial del Código Penal.

El Proyecto de Ley, en suma, no ha sido elaborado con una sensibilidad garantista, esa sensibilidad que nuestra Constitución posee. Como en tantas otras normas de rango legal elaboradas en los últimos años, se ha escogido lo más restrictivo de las legislaciones comparadas. Este Proyecto de Ley desarrolla formalmente nuestra Constitución, pero no puede decirse lo mismo respecto a su desarrollo material.



COLEX Constitución y Leyes

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

ULTIMAS NOVEDADES

LAS INTERVENCIONES TELEFONICAS EN EL PROCESO PENAL

La última actualización de este manual de la Intervención Telefónica en el Proceso Penal, en el marco de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, se centra en el control en un momento posterior a la comunicación telefónica. Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

Tomás López-Fragoso Álvarez
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

172 págs. - P.V.P. 2.100 ptas.

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

TOMO I: JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y PROCESOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

372 págs. - P.V.P. 3.600 ptas.

TOMO II: PROCESOS DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

490 págs. - P.V.P. 4.300 ptas.

Miguel Montoro Puerto
Doctor en Derecho y Fiscal de la Audiencia Provincial de Madrid

CONSTITUCION DE SOCIEDADES ANONIMAS

Este manual analiza las disposiciones de la Ley Orgánica de 1982 que regulan la constitución de sociedades anónimas, así como las modificaciones de la Ley Orgánica de 1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

Alfonso Ventoso Escribano
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

304 págs. - P.V.P. 2.760 ptas.

CODIGO ELECTORAL

Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

María Gómez Gutiérrez
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

1.280 págs. - P.V.P. 7.500 ptas.

GUIA PRACTICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

Luis Martín Contreras - Antonio Robles Acera
Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid

472 págs. - P.V.P. 4.100 ptas.

LA JURISPRUDENCIA PENAL ANTE LA DOGMATICA JURIDICA Y LA POLITICA CRIMINAL

Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

Fernando Díaz Palos
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

188 págs. - P.V.P. 2.400 ptas.

CODIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Concordancias, comentarios y jurisprudencia del Consejo y Tribunal Supremo.

Vicente Gómez Sando
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid
José María Martín de la Leona
Procurador de la Audiencia Provincial de Madrid
José Gabriel Llobregat
Procurador de la Audiencia Provincial de Almería

312 págs. - P.V.P. 2.500 ptas.

PODER Y MANDATO: PROBLEMAS SOBRE SU IRREVOCABILIDAD

Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

Rafael Linares Moci
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

78 págs. - P.V.P. 950 ptas.

LEGISLACION INFORMATIVA CODIGO GENERAL

Contiene una actualizada recopilación de toda la legislación española y de la C.E. en materia informativa.

Teodoro González Bañuelos
Catedrático de Derecho de la Universidad de Sevilla
Pilar Couselo
Catedrática de Derecho de la Universidad de Sevilla
Ignacio del Molino
Catedrático de Derecho de la Universidad de Sevilla
Rosa García Sanz
Catedrática de Derecho de la Universidad de Sevilla
Loreto Corredor
Catedrática de Derecho de la Universidad de Sevilla

684 págs. - P.V.P. 8.800 ptas.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LEYES COMPLEMENTARIAS

Este manual, que forma parte de una colección de libros de la editorial COLEX, trata de la actividad de control sobre las comunicaciones telefónicas, fundamentada en el artículo 17 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, y en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1984 de la L.O. de Protección de Datos, que establece el control de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.

José Tomo Paez - José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
Isidoro Sánchez Sánchez - Melchor Rodríguez García - José María Lorenzo

788 págs. - P.V.P. 5.100 ptas.

CODIGO PENAL

Compendio, revisado y actualizado. Comentarios y amplia jurisprudencia.

José María Miqueluz - F. Javier Gómez de Linares Botella
A. González Cuñat García - Rogelio Gómez Delgado
Juan Casado Ortiz Urculo - Eduardo Torres Dulce Linares

680 págs. - P.V.P. 3.625 ptas.

¿Quién se atreve a criticar a un juez?

M. Teresa CASTIÑEIRA PALOU
Pablo SALVADOR CODERCH

Durante los últimos años la opinión pública ha tenido ocasiones sonadas para reflexionar sobre la vieja cuestión de los límites de las libertades de información y expresión, esto es, de lo que puede llegar a decirse y de los modos con que puede expresarse lo que efectivamente cabe decir. Políticos, personajes de la vida social o del espectáculo, profesionales de la información son, por activa y por pasiva, protagonistas destacados de pleitos relacionados con las libertades de información y expresión y lo son hasta tal punto que, a veces, parece que estamos ante un sector del derecho monopolizado por los personajes públicos y por quienes viven de informar y de opinar acerca de ellos.

Además, el mismo hecho de que una persona conocida se vea envuelta en un litigio sobre libertad de expresión constituye ya algo digno de ser contado y, de esta forma, la espiral de la fama y de la publicidad refuerza la impresión descrita. Para tratar de contrarrestarla vamos a tratar aquí de un caso que no fue protagonizado por ricos y famosos sino por una persona que, desde el mismo margen físico de nuestra cultura, osó manifestar su exasperación en contra de un juez.

Hace cinco años, un periódico de Melilla publicó en su sección «Cartas al Director» la que había escrito un activista musulmán. En ella, criticaba duramente a un juez de aquella ciudad por su, en opinión del remitente, «actitud sectaria y discriminatoria hacia los musulmanes». El texto, embarullado y escrito con muchas faltas, patentizaba además crispación y rabia. Se acusaba al juez en cuestión de prolongar arbitrariamente la detención de ciudadanos musulmanes, de permitir su tortura y maltrato en comisaría, de tolerar que los pusieran en la frontera y de otros desmanes sin cuento. Después de preguntar retóricamente si todo ello no era debido a las relaciones familiares o a la ideología de un juez que era tildado de funcionario colonial, la carta acababa diciendo: «D. José María es usted Juez y por lo tanto actúe como tal no truque la balanza de la justicia... sólo sea Vd. neutral, no pague favores... Sr. Juez es.Vd. injusto.»

El autor de la carta fue entonces perseguido por la justicia y, tras un largo proceso, la Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 confirmó una condena por desacato de 6 meses y 1 día de prisión menor y multa de 30.000 pesetas que le había impuesto un tribunal inferior (*La Ley*, 11 de abril de 1991, páginas 3 a 5). Sin embargo, uno de los magistrados que dictaron la sentencia, el señor Ruiz Vadillo, redactó un voto particular en contra de la opinión de la mayoría

formada por los señores Vivas Marzal, magistrado ponente, y Vega Ruiz.

Para la mayoría no hubo duda alguna de que los hechos descritos lesionaban «la dignidad moral y la respetabilidad» de los jueces y magistrados, de la *auctoritas*, de la *potestas* y del *imperium*» de que son partícipes por la función que desempeñan. Mas, sobre esto caben opiniones discrepantes y la nuestra es como sigue.

Si la idea es que los ataques a la autoridad judicial han de ser sancionados por principio —por vulneración del principio de autoridad—, la sentencia es estremecedora pues la tutela de los funcionarios no puede escudarse en la de la función: la dignidad de esta última no es distinta a la del conjunto de las personas que la ejercen; dicho de otro modo: la reputación de un colectivo de funcionarios, de gobernantes o de jueces se edifica con los merecimientos de sus miembros, pero no puede ampararse en una dignidad fantasmalmente hipostasiada del colectivo mismo. Tampoco se nos ocurre ninguna buena razón para sostener, como hizo la mayoría en la sentencia citada, que el derecho a la libertad de expresión «no se trata de flagelo implacable, ni de escarpelo que, en vivo, diseccione las debilidades y defectos del prójimo, sean reales, o creídos o fabulosos...» (*la cursiva es nuestra*).

Y es que a los magistrados citados pareció no importarles en absoluto que lo escrito por el condenado pudiera ser cierto. Ello está ciertamente en línea con la idea de que la *auctoritas* de la función queda malparada tanto si los defectos imputados son reales como si no lo son, pero, obviamente, esto es una auténtica barbaridad, pues si las imputaciones fueran ciertas, el condenado habría prestado un servicio a la justicia. Si, por el contrario, fueran falsas, una sanción penal podría estar justificada aunque las penas privativas de libertad no son la reacción más adecuada ante un delito de opinión. Normalmente, habrá de bastar con una multa.

Está luego la cuestión del modo o manera como se expresaba el condenado. En una situación de conflicto racial, en un marco social extremadamente conflictivo y desde una posición personal en la que lo más destacable eran las limitaciones de sus recursos expresivos, la carta era una crítica más torpe que ofensiva.

Mas la mayoría del Tribunal no tuvo en cuenta esta situación sino que afirmó que «la crítica... debe ejercitarse de un modo ponderado, comedido, medurado y razonablemente justificado». «La conflictividad política, social y hasta racial que, a la sazón, convulsionaba Melilla... nunca puede justificar la

irrespetuosidad a las Autoridades constituidas, ni la crítica acre, acerba e inconsiderada a sus resoluciones o actuación».

Al establecer estos amplísimos criterios, se permite la condena de cualquier crítica áspera, cruel e irreflexiva y, desde luego, se pasa por alto que el Tribunal Constitucional español, garante final de la libertad de expresión, ha considerado tolerable que un objetor de conciencia dijera de los jueces españoles que nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia (Sentencia 107/1988, de 8 de junio), o que un abogado afirmara, también de algunos jueces, que tardan tres meses en hacer lo que cuesta un cuarto de hora, que tratan a los testigos como acusados y a los acusados como convictos (Sentencia 121/1989, de 3 de julio). De nuevo hay que decir que no se nos ocurre ninguna buena razón para medir con otra vara al activista musulmán condenado.

Para apreciar que se ha cometido un delito de este tipo los tribunales españoles han venido exigiendo siempre una intención específica en quien lleva a cabo la presunta ofensa. Se trata del llamado *ánimo de injuriar*: cuando los tribunales consideran que está presente, es decir, cuando estiman que lo que quería hacer el acusado era precisamente ofender, entonces le condenan; cuando, en cambio, entienden que no hay ánimo de ofender sino alguna otra intención, como la de criticar, por ejemplo, entonces absuelven.

El problema es que no hay medio humano para establecer un buen *test* que permita realizar esta distinción con criterios objetivos, con lo que, a la postre, el requisito del ánimo de injuriar queda al arbitrio del juez. Si éste, además, pertenece al gremio de los presuntos ofendidos, parece razonable trasladar la cuestión de la valoración de la ofensa a los

ciudadanos de a pie, es decir, a un jurado. Y, desde luego, ésta es una buena ocasión para proponer, además, que la próxima regulación de la materia deje claro que hay que olvidarse del ánimo de injuriar.

El voto particular del magistrado Ruiz Vadillo sostuvo, en nuestra opinión con acierto, que «decir que un juez ha sido injusto o que ha cometido una injusticia no puede constituir, sin más, un desacato» y que el escrito del condenado manifiesta «desagrado o queja» pero no «injurias y desacatos».

Mas, de nuevo, la cuestión fundamental queda al margen: hay que poder realizar afirmaciones de hecho sobre la justicia española aunque, eso sí, paralelamente haya que asumir la responsabilidad por lo que se haya dicho si resulta falso y el autor de la información conocía su falta de verdad o si ha incurrido en un error inexcusable.

La segunda cuestión pendiente, mucho más vi-driosa, es la de quien ha de apreciar la corrección e incorrección de los modos o maneras (buenos, malos o peores) con que se expresa el interesado.

Aquí es donde hay que hacer hincapié en que la crítica no puede degenerar en insulto, pero no es el ofendido quien ha de decidir si esto ha ocurrido o no. Por eso, la propuesta de introducir algo parecido a un jurado para tomar este tipo de decisiones parece, de nuevo, digna de atención.

Un fiscal alemán del siglo pasado, Julius Hermann Kirchmann (1802-1884), escribió en 1847 una frase que le hizo famoso: «Dos palabras del legislador, y bibliotecas enteras de legislación pasan a ser basura». Nosotros opinamos que el legislador español habría de pronunciar estas palabras para derogar la legislación tradicional sobre tutela del honor de las autoridades y poderes públicos y poder así tirarla, con su jurisprudencia incluida, a la basura.

La falacia penitenciaria

Roberto BERGALLI

Los últimos sucesos acaecidos en las instituciones penitenciarias demuestran hasta la saciedad que toda política meramente orientada a mantener el orden y la disciplina en el interior de los establecimientos chocará contra los límites impuestos por la filosofía general que conlleva el entero sistema de control penal. Si ésta no se transforma radicalmente, la cuestión penitenciaria continuará siendo un ámbito de permanente violación de los derechos fundamentales.

No voy a caer en la tentación de hacer la crónica de los innumerables sucesos acaecidos recientemente en muy diferentes instituciones penitenciarias del Estado; en las peores y en las mejores. Los medios de comunicación nos han ofrecido una información cotidiana de ellos, lo cual ahorra cualquier relato sobre su gravedad y muestra la sintomática violación de los derechos fundamentales que se produce en el interior de los establecimientos. Sin embargo, tampoco voy a aceptar impasiblemente los tests oficiales de que tales sucesos responden a razones temporales (el calor veraniego se habría constituido en el acicate de la violencia que «naturalmente» existe entre los internos de tal tipo de establecimientos) y se reproducen miméticamente. Aun todavía cuando fuera cierta la hipótesis de que una cierta «asociación» de reclusos de extrema peligrosidad, de los así llamados en «régimen especial», habría impulsado la producción de estos sucesos para reclamar por las condiciones de alojamiento (¡vaya ironía!, como si los presos pudieran libremente asociarse e inscribir su asociación en el Registro pertinente), ello no haría más que confirmar el estado de inhabilitación de las cárceles españolas. Si todavía existieran conexiones de estos internos peligrosos con otros, pertenecientes a organizaciones terroristas —como han insinuado las versiones oficiales—, ya tienen la Administración y la jurisdicción los recursos necesarios para actuar en tal caso. Pero, nada justifica la aplicación de tratos y condiciones degradantes a ningún tipo de preso; así lo exige el cumplimiento del nivel mínimo de garantías de todo sistema penal y los principios del Estado de derecho.

De cualquier forma que sea, una voz hay que levantar para poner de manifiesto hasta qué punto la situación que preocupa no depende exclusivamente de las condiciones estructurales y ambientales de los establecimientos. Dicho lo cual, por cierto, nada disminuye la responsabilidad de las autoridades penitenciarias que de ninguna forma tampoco se puede descargar sobre la mayor o menor competencia de los funcionarios, quienes tienen trato directo con los internos. Tampoco debería interpretarse aquella afirmación como un olvido respecto de la permanen-

te necesidad presupuestaria que toda política penitenciaria requiere, aunque ya se sabe que el interés público por estas cuestiones generalmente termina cuando las posibilidades de evasión de los reclusos se restringen al máximo. Es sabido que los programas de los partidos y de los sindicatos no incluyen habitualmente propuestas para mejorar la situación de las prisiones, pues semejante tipo de política no recoge votos.

Por lo tanto, corresponde que se procure colocar al conjunto de problemas que se denomina como *cuestión penitenciaria* dentro del marco más amplio de existencia y funcionamiento de un sistema de control penal, en una sociedad compleja y articulada como lo es la española de fin de milenio. En consecuencia, deberá partirse del concepto casi banal que todo ciudadano de un Estado de derecho conoce: a la cárcel no puede ser conducida ninguna persona sobre la cual no recaiga un mandato judicial basado en la presunción de que ha cometido un delito o bien en ejecución de una condena a pena privativa de libertad. Y puesto que la existencia de delito supone la previa definición de un comportamiento como tal por la ley o el Código penal pertinente, es imprescindible que la jurisdicción actúe de acuerdo con este ordenamiento. Ahora bien, si la política criminal del Estado deja de contemplar conductas que producen verdadero daño social y mantiene una filosofía punitiva respecto de otras que no lo generan; o si no se modifica esta política y se continúa creando figuras de delito sobre conflictos que no revisten entidad criminal y pueden tener otras vías de solución civil o administrativa, es comprensible que el entero sistema penal padecerá una crisis de *inflamación punitiva*. No habrá policía(s), ni administración de justicia suficientes para contener la creciente criminalidad a cuyo control se ven expuestas esas instancias del sistema. Consecuentemente, el contenedor final del producto así criminalizado será siempre insuficiente. Las cárceles estarán siempre hacinadas y por más establecimientos nuevos que se construyan, éstos serán siempre pocos y malos.

Cuanto se ha dicho sirve para remitir a unos aspectos que inciden directamente sobre la cuestión penitenciaria. Aludo a la demorada reforma del Código penal español (de la cual ha sido presentado únicamente un borrador de su parte general, mientras la prometida parte especial que debe fijar el contenido de cada delito y de su pena, que «iba a estar a punto para el verano» —que debe esperarse se difunda mientras se publican las presentes líneas, aunque ya se ve que provoca polémica hasta entre los propios protagonistas de esta reforma y de otras tentadas acerca de su misma entidad progresista no

parece ayudar en la necesaria deflación punitiva imprescindible para un Código Penal democrático, según las noticias periodísticas que circulan), a la ausencia de una verdadera reorganización de la administración de justicia y a la impracticada puesta en marcha de la policía judicial. El hacinamiento y el constante aumento de la población penitenciaria constituyen los resultados ciertos de esa cadena de frustraciones que es el sistema penal.

Vale la pena pensar, ahora, si es verdad que pueden ser atendibles las razones de «temporalidad» o «mimetismo» que se están dando para explicar la repetición de alteraciones de la vida institucional en las prisiones españolas. Afirmar estas explicaciones supone una falta de análisis global a las etapas del gran fracaso que el sistema penal representa para el Estado español o, cuando menos, un recurso a la superficialidad para no asumir el más grave de los ataques de que puede padecer la forma-Estado de derecho asumida por la Constitución de 1978.

En efecto, cuando el art. 25.2 de la Constitución afirma que «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria» lo que está haciendo es imponer a la Administración de cumplir con las disposiciones de carácter internacional y con el propio ordenamiento jurídico por él sancionado que fija el respeto a los básicos derechos humanos. Pero, si en la ejecución de esas penas privativas de libertad es el mismo Estado el que incumple el mandato constitucional al hacer que su sistema penal se configure de una manera desmesurada, abusiva e ineficaz, será difícil buscar interpretaciones que escapen a la consideración de los aspectos que así lo constituyen.

Más aún si se toma en consideración el tan remanido principio de reeducación y reinserción social que debe orientar las penas privativas de libertad, sancionado por la misma norma constitucional citada. Frente a la imposibilidad material de poder cumplir semejante mandato (pues no es posible suponer seriamente que una sociedad, la cual no puede asegurar un puesto de trabajo al 17 % de su fuerza laboral, ni consolidar la asistencia sanitaria, como tampoco evitar el rechazo a la condición juvenil, pueda dar satisfacción a ese principio constitucional) y a la transformación de esa función simbólica de la prisión en la latente de simple custodia de los internos, es comprensible que las instituciones penitenciarias se hayan convertido en simples contenedores donde las autoridades pretenden que se mantenga el orden y la disciplina sobre la base de unas condiciones y unos regímenes de vida imposibles de soportar por cualquier ser humano. Se explica que quienes han sido calificados como «peligrosos» por los hechos punibles cometidos resulten de extrema peligrosidad para la Administración cuando ellos no se someten a la disciplina institucional. Como se advierte, toda la cuestión penitenciaria se ha convertido hoy en una falacia.

Hasta hace muy poco algunas organizaciones cristianas y un sector de la magistratura democrática, movidas por una sensibilidad especial respecto

a las condiciones de los internos en las cárceles españolas, han reclamado con mucho vigor para que se introduzca en el ordenamiento punitivo un sistema de alternativas a la prisión. Este reclamo ha quedado definitivamente descabezado por el anuncio oficial de que el futuro Código penal no aceptara ningún régimen de libertad a prueba, para lo cual se recurre —de manera descalificatoria para aquellos reclamos pietistas— a un supuesto «riesgo de adoc-trinamiento» por algunas de las instituciones que pueda asistir a los beneficiarios de esa medida. Sin embargo, debe decirse asimismo que desde un principio también esos reclamos se expresaban en términos falaces. Efectivamente, creer que sacar de la prisión a una persona con anticipación al cumplimiento final de su privación de libertad supone evitar los daños que produce un secuestro institucional tan grave, es desconocer que la más mínima experiencia carcelaria deja imborrables secuencias negativas, al mismo tiempo que someter a un liberado a una vigilancia permanente (para conocer si cumple con las condiciones de una prueba) aumenta las condiciones de marginalidad que traduce todo control penal. Lo decisivamente importante, para iniciar un proceso que libere a nuestra sociedad de esta enfermiza necesidad de cárcel que parece padecer, es alentar la tarea que —en la fase de creación de la ley penal— procure desterrar toda forma de pena privativa de libertad para aquellas conductas, las cuales, aunque punibles, puedan ser amenazadas con otro tipo de consecuencias que no supongan el encierro. Este desafío supone la afirmación de una cultura política y jurídica mucho más creída en los valores garantistas que debe exaltar el sistema penal, antes que en las necesidades de defensa y seguridad que parecen orientar la política criminal del Estado español. Creo que, además, si se recurre a los otros ejemplos actuales de unas ya sancionadas y otras proyectadas leyes penales (Seguridad Ciudadana, Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, de Gobierno) esta reflexión abarca una perspectiva todavía más amplia. En efecto, el marco general dentro del cual se está desarrollando el sistema de control penal en España exhibe alarmantes síntomas de sustitución de las razones jurídicas que deben guiar una política penal orientada por el techo máximo de limitación a cualquier desmesura de las intervenciones punitivas; antes bien, parece que la «razón de Estado» ha pasado a presidir las decisiones estatales en esta materia, procurando ocupar los espacios propios a la jurisdicción cuando se trata de velar por las libertades ciudadanas. Es asimismo llamativo que el Estado de derecho recurra al amparo del «secreto» en ámbitos donde la transparencia tendría que ser la norma, sobre todo cuando ese recurso no está regulado por una legislación de época democrática y cuando su proyectada ordenación sigue demorada desde que el Consejo de Ministros aprobara en 27 de julio de 1990 un proyecto de Ley de Protección de Materias Clasificadas que todavía no ha recibido tratamiento parlamentario.

La aparente sensibilidad que revela la administración penitenciaria cuando algunas opiniones y medios de comunicación manifiestan los desaciertos o

errores en que ella incurre, contrasta con su rechazo a toda difusión de los datos que puedan verificar las condiciones en que están alojados y el trato que reciben los internos en las cárceles españolas. Esta actitud se agrava e incurre en un desconocimiento de los límites a sus competencias cuando ignora el ámbito de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Cuando la jueza Carmena permitió la visita a Carabanchel de representantes de una prestigiosa organización no gubernamental de defensa internacional de los derechos humanos, no sólo actuó en función del principio de «¿cómo punir?» que debe guiar toda actividad de ejecución penal sino que asimismo facilitó la imprescindible diafanidad que debe presidirla si se pretende que ella sea la propia a un Estado democrático.

En Cataluña, por haberse asumido competencias específicas en el tema como Comunidad Autónoma debería haberse ya configurado en todo este tiempo una política penitenciaria concreta. Mas, la imprevención, la sinuosidad y la improvisación u oportunismo nunca son buenos consejeros de ninguna política. Desafortunadamente, éstos son los rasgos que emergen a la vista del desmadre que reina en la construcción de prisiones, en la elección de los lugares donde ellas van siendo emplazadas y en la frustrada creencia de que con tales nuevas cárceles se podrá erradicar la Modelo de Barcelona. Los hechos hablan por sí solos y la situación se agrava cada día con la pertinaz idea de que el rígido conductismo que se trata de implantar como filosofía de los regímenes interiores en las instituciones, será ca-

paz de solucionar el problema del orden y la disciplina, única meta que parece presidir esta falaz política penitenciaria. Para colmo, el ejercicio de la vigilancia penitenciaria se está rodeando en Barcelona de un espíritu muy negativo y contrario a cualquier filosofía readaptativista. Pese a los esfuerzos de un fiscal y de un reducido núcleo de abogados dedicados específicamente a la defensa de los derechos de los internos, la equívoca política penitenciaria catalana genera todavía más daños con el oscuro protagonismo que ejerce un juez investido de esa capacidad de vigilancia. Sus extrañas concepciones acerca del encierro y una arraigada creencia en que ciertos reclusos no merecen las posibilidades de egreso que les brinda nuestra legislación penitenciaria, contrarían la filosofía que inspira a esta última y genera gravísimas repercusiones sobre la condición de aquellos internos. Pero lo que resulta francamente alarmante es el escaso eco que han provocado las reiteradas noticias de esta situación, lo cual se agudiza cuando las denuncias y querellas presentadas contra el juez no reciben acogida por la jurisdicción. Parecería que ésta también pretendiera cubrir con el «secreto» las desviaciones o aberraciones que se producen en su propio seno.

Como se advierte, toda la cuestión penitenciaria en España está necesitando un profundo y amplio debate. Sin embargo, esta posibilidad es negada obcecadamente y sobre todo lo es por aquel sector de la doctrina que, de un modo autorreflexivo, da sustento ideológico a un ámbito de la política estatal que requiere de manera urgente una auténtica toma de conciencia democrática.

ESTUDIOS

La paz: aportaciones del discurso feminista

Ana RUBIO

1. INTRODUCCION: LA PAZ, LA IZQUIERDA Y EL FEMINISMO

Este trabajo intenta explicar y justificar la importancia del *feminismo* en la construcción del *discurso de la paz* y parte de la convicción de que el discurso de la paz puede llegar a ser un discurso decisivo y necesario para que la izquierda se renueve y haga frente a los nuevos problemas y necesidades de la humanidad.

Inicialmente debe afirmarse que el discurso de la paz no es una propuesta teórica acabada y cerrada, sino un horizonte utópico abierto que ha de desarrollarse mediante las aportaciones de los diferentes agentes sociales. Una realidad compleja e interdependiente como es la realidad sociopolítica actual no puede ser comprendida ni analizada con patrones teóricos rígidos, como tampoco es posible aprehenderla con los paradigmas actuales. Se necesita, pues, un esfuerzo de imaginación para construir nuevos paradigmas y un continuo trabajo en común para configurar un modelo social, político y económico alternativo, que sólo será posible con la colaboración de todos aquellos sectores sociales que desde una u otra perspectiva realizan críticas parciales al sistema.

En este esfuerzo común por crear condiciones para la paz situamos al feminismo. El feminismo en su lucha por poner fin a las situaciones de discriminación y desigualdad analiza el modelo cultural dominante, los elementos simbólicos que sustentan las relaciones de poder y muestra cómo es en este *ámbito de la cultura*, de la ideología, donde son fundamentadas y construidas las discriminaciones entre hombres y mujeres existentes en nuestras sociedades. A este análisis crítico une el esfuerzo por construir la *subjetividad de la mujer*, así como el intento de elaborar una *buena cultura* y unos nuevos valores que oponer a los existentes.

Desde esta perspectiva el feminismo ha investigado cómo existe una estrecha relación entre la situación de subordinación de la mujer en la historia y la cultura guerrera. La premisa básica de la cultura

guerrera consiste en que el hombre es intrínsecamente más valioso que la mujer, lo que justificará y racionalizará un sistema de subordinación femenina. El valor de la teoría feminista se encuentra no sólo en su rechazo a la guerra y a la violencia por lo que suponen de fundamentos para la discriminación de la mujer, sino además en su aportación a una nueva cultura y valores de no violencia. Al no haber participado la mujer de la cultura de la guerra y haber sido reducida a funciones de reproducción y supervivencia, ha desarrollado otros valores, valores de vida, donde la relación del sujeto con la naturaleza y con el otro es distinta a la que subyace en la cultura moderna, cultura guerrera.

«Basando sus conclusiones en un estudio de ciento ochenta y seis culturas, la antropóloga Peggy Reves Sanday plantea la hipótesis de que en las más antiguas sociedades humanas, antes de la presión de población, las mujeres y los hombres habían vivido de modo relativamente igualitario... A medida que los recursos necesarios para la supervivencia disminuían, los grupos competían por ellos tanto interna como externamente... En las primeras guerras el armamento era sencillo, las armas de caza se convirtieron en las armas de guerra. La mayoría de las sociedades enseñan la técnica de las armas sólo a los hijos varones... No se conoce ninguna cultura en la que se haya formado a las mujeres para ser tan belicosas y agresivas como los hombres, y en la mayoría de las culturas guerreras sólo se exige a los hombres que sean agresivos. Las mujeres son adiestradas para ser sumisas y obedientes a los varones»¹.

Por otro lado, al carecer la mujer de una identidad propia, se ha visto obligada a construir su identidad en los otros, a los que percibe no como límites sino como sujetos en los que proyectarse. La alteridad es algo natural en la subjetividad femenina. Igual ocurre en su relación con la naturaleza. La naturaleza es su aliada, no algo de poseer; sin ella la supervivencia de sus hijos está en peligro. Su felici-

¹ Véase Bonnie S. Anderson y Judith P. Zinsser, *Historia de las mujeres, una historia propia*, Vol. I, Edit. Crítica, Barcelona,

1991, págs. 36-37.

dad no está en relación con la posesión de objetos sino en relación con la valoración positiva que recibe de los otros.

2. LA PAZ COMO DISCURSO DE LA IZQUIERDA

Es un hecho que la izquierda no tiene un discurso capaz de dar respuestas a todos los graves problemas que las sociedades avanzadas plantean hoy, lo que obliga a redefinir los objetivos, estrategias y contenidos del proyecto emancipador, así como los sujetos que en él participan.

Los cambios producidos en los últimos años no sólo han demostrado las insuficiencias, los límites y los errores del discurso de la izquierda, sino que además han desvelado un problema importante —que siempre ha existido, pero que en estos momentos se hace, como nunca, más evidente—, el de la falta de un sujeto claro y preciso capaz de realizar el cambio.

«El sujeto histórico capaz de desplegar una estrategia socialista debe ser constituido y no se puede reducir al proletariado definido a partir de datos sociológicos y económicos, exclusivamente. La conciencia de clase y el impulso transformador producto suyo, son fenómenos culturales, simbólicos, y no se derivan directamente de la situación en el proceso productivo, sino que exige una «conciencia excedente» (Bahro), de procedencia cultural, sociopolítica. *La clase revolucionaria es un producto y no un dato*, algo a construir y no simplemente a descubrir»².

Los grandes avances que en este siglo la clase obrera había podido adquirir a nivel jurídico-político y económico, se han visto neutralizados por la *derrota cultural* que supone aceptar, en estos momentos, el sistema capitalista como el único posible o quizá el único deseable, y esto no por la bondad intrínseca del capitalismo (basta mirar alrededor para observar las injusticias, desigualdades y graves problemas que genera), sino por la falta de credibilidad en una alternativa.

Los nuevos problemas, como afirma Pietro Ingrao³, exigen no sólo un fundamento distinto del actuar comunista, sino también un encuentro y una implicación amplia de masas hoy fluctuantes y de corrientes sociales que llevan a cabo críticas, desde diferentes puntos de vista, del modelo capitalista.

² Francisco José Martínez, «Transformaciones culturales y estrategia socialista». Ponencia presentada durante la II Jornadas de la Fundación de Investigaciones Marxistas, Granada, 8 y 9 de junio de 1991, pág. 4.

³ Pietro Ingrao, Conferencia pronunciada en la Fundación de Investigaciones Marxistas, Madrid, 6 de junio de 1991.

⁴ Véase Carlo Galli, «Paradossi della pace e della violenza», *Il Mulino* 326, a. XXXVIII, n. 6, nov.-dic., 1989. En el mismo sentido presentando el carácter difuso de la cultura de la no-violencia, véase Rossana Rossando, «Note impopolari», *Democrazia e diritto*, mayo-junio, 1989, págs. 48-58.

⁵ Véase Adan Curle, *Conflictividad y pacificación*, Herder, Barcelona, 1978; Peter Wallensteen, «The origins of Peace Research», en *Peace Research, Achievements and challenges*, Edit.

Esto exige una reforma profunda de la acción política y una reflexión crítica implacable sobre las razones profundas por las que la relación política-masas ha entrado en crisis.

El discurso de la paz puede ser esa nueva matriz y ese nuevo punto de encuentro donde las distintas fuerzas sociales, que ahora actúan fuera de los cauces institucionalizados, encuentren el espacio en el que desarrollar sus críticas parciales al sistema, sus nuevos lenguajes y alternativas culturales. El nuevo sujeto ha de ser, pues, un sujeto plural.

3. INVESTIGANDO SOBRE LA PAZ

¿Qué paz? Siendo conscientes de la instrumentalización ideológica que desde distintas perspectivas se han realizado del concepto *paz*⁴, hemos de precisar que utilizamos este concepto con el sentido y con el alcance que la investigación sobre la paz, que cuenta con más de veinticinco años⁵ de experiencia, viene desarrollando: la *paz como no violencia*, entendida como el conjunto de condiciones que hacen posible el desarrollo integral de los seres humanos. Esta definición nos lleva a rechazar la reducción de la paz a las situaciones en que no existen conflictos bélicos.

La antítesis de la paz no es la guerra como siempre se ha sostenido, sino la violencia en cualquiera de sus manifestaciones, sea violencia directa o estructural. Desde este concepto de paz, la investigación sobre la paz hace el esfuerzo por articular un nuevo paradigma, aún sin construir, principalmente esbozado por Galtung —esto no es negativo, hemos de huir de los discursos cerrados y agotados del pasado—, desde y en el seno del cual puedan realizarse trabajos capaces de superar los límites que los paradigmas al uso presentan.

«El generalista que interpreta la paz de manera amplia, como un estado en el que el hombre hace realidad todas sus potencialidades, significa una protección contra el error, precisamente debido a que dicho generalista puede percibir más fácilmente las implicaciones negativas en una gama mucho más amplia de sectores»⁶.

Este nuevo paradigma de la investigación sobre la paz pretende superar los *límites epistemológicos que cada disciplina impone*. Los trabajos realizados intentan superar los frenos del empirismo en su imposibilidad de trascender los sistemas nacionales e internacionales, adoptando junto a la necesaria ac-

por Peter Wallensteen, Westview Press, Londres, 1988, págs. 30-57. Jean-Marie Domenach, Henri Laboit y otros, *La violencia y sus causas*, Edit. Unesco, 1981; J. Galtung, *60 speeches on war and peace*, International Peace Research Institute, Oslo, 1990.

La investigación sobre la Paz en España es reciente, sin embargo merece destacarse el esfuerzo realizado por el *Seminario de Investigación para la Paz*, vinculado al Centro Pignatelli, creado en 1984. La investigación interdisciplinar que lleva a cabo aparece publicada en su colección de actas.

⁶ J. Galtung, «Hacia una definición de las investigaciones sobre la paz», *Informes y documentos de ciencias sociales*, número 43, *Investigación sobre la paz. Tendencias recientes y repertorio mundial*, Unesco, 1978, pág. 12.

titud crítica y de análisis empírico una actitud constructiva elaborando realidades posibles, que si bien no son ciertas desde una pura visión empírica, sí son verdaderas en cuanto realizables y en tanto los seres humanos las sienten o las desean como sus objetivos ⁷.

La investigación sobre la paz no sólo ofrece un proyecto de paradigma superador de los límites e insuficiencias de los paradigmas tradicionales, sino que además permite con su concepto amplio de paz conectar niveles de la realidad, que los paradigmas tradicionales separaban y distanciaban, presentando un modelo de hombre que se desarrolla en sus relaciones con otros seres humanos y en la naturaleza.

Al definirse como violencia cualquier cosa que perturbe a un ser humano en sus realizaciones mentales y somáticas está conectando problemas y relaciones que aparecían independientes por las propias barreras que los paradigmas utilizados imponían. Al ampliar el concepto de realidad, así como al ampliar la noción de lo que puede ser conocido, que no se limita sólo a lo existente, sino también a *lo posible* y a *lo deseable*, establece y muestra *conexiones e interdependencias* entre la *complejidad* de ámbitos existentes, desvelando la mutación antropológica que la modernidad había realizado en su elaboración del «yo», del sujeto.

4. CONCEPTO DE SUJETO EN LA MODERNIDAD Y CONFIGURACION DE UNA NUEVA ANTROPOLOGIA

La construcción de la paz exige una crítica profunda al individualismo moderno y demanda la construcción de un nuevo modelo de sujeto, de un «yo», cuya identidad y desarrollo integral se alcance en sus relaciones con los otros «yo». La percepción de los otros «yo» debe ser de otros sujetos, sujetos con rostro y con necesidades, no sujetos cosificados, vistos como límites u obstáculos para la posesión y la felicidad del «yo». El otro no debe ser el límite, sino el aliado. Hay que romper las máscaras con que nos disfraza a los seres humanos la modernidad.

⁷ Si bien es cierto que la paz ha sido objeto de preocupación y de interés desde siempre, también es cierto que los caminos para llegar a la paz se han enfocado desde la perspectiva de la guerra. Tradicionalmente se han ocupado de la paz aquellas disciplinas que versan sobre relaciones internacionales. Pero la moderna investigación de la paz tiene sus orígenes en la polemología, una ciencia que se ocupa de la guerra como hecho constante en la historia de la humanidad. La polemología se declaraba aséptica como toda ciencia, sin embargo la experiencia de las dos guerras mundiales, el armamentismo y la capacidad destructiva de las grandes superpotencias hacen que la paz se vea como la única posibilidad de la vida. En reacción a la polemología, desde los años cincuenta, se viene desarrollando la «investigación crítica» por la paz. Relegado el concepto negativo de paz y ampliado el concepto de violencia, la paz aparece como el compendio de todas las condiciones necesarias para el desarrollo del ser humano en sociedad, de este modo la que fuera parcela de alguna disciplina se convierte en un vasto campo interdisciplinar, donde no cabe la neutralidad valorativa. Cuando lo que está en peligro es la supervivencia de la especie no cabe eludir responsabilidades ni por parte de los gobiernos (destinan más de las dos terceras partes de los recursos en materia de investigación

Sólo liberándonos de esas máscaras abstractas y formales podremos vernos y reconocernos, tal y como somos, con límites, necesidades, diferencias.

La noción e identidad del sujeto, que la modernidad construyó y nos legó, parte de un «yo» aislado, que busca la satisfacción de sus deseos y necesidades en sí mismo, que no debe nada a nadie ni nadie le debe nada a él.

Emilio «sabe por qué lo que es suyo es suyo, y por qué lo que no es suyo no es suyo... no pide otra cosa que ampliar sus dominios y adquirir sobre vosotros unos derechos que sabe inviolables... si tiene necesidad de alguna ayuda, la pedirá indistintamente al rey que a su lacayo: todos los hombres son, todavía, iguales a sus ojos. Por la forma en que pide veis que siente que no se le debe nada. Sabe que lo que pide es una gracia, sabe también que la humanidad impulsa a concederla... Si le otorgáis lo que pide, no os dará las gracias, pero sentirá que ha contraído una deuda. Si se lo negáis, no se quejará, no insistirá, sabe que sería inútil. No se dirá: se me ha negado; sino que se dirá: no podía ser, y, como he dicho no nos rebelamos contra la necesidad perfectamente reconocida» ⁸.

La modernidad establece distintos grados en la subjetividad individual, grados que fundamenta en la naturaleza y justifica en los diferentes ámbitos de la vida humana. La modernidad distingue en primer lugar entre hombres y mujeres, asignándoles funciones muy diferentes en razón de su naturaleza. Hacerse hombres es hacerse «apto para todas las condiciones humanas» ⁹. Las «preocupaciones domésticas constituyen la ocupación máspreciada de la mujer» ¹⁰. Una vez que las mujeres recuperen su papel esencial de *madres*, la naturaleza recuperara sus derechos ¹¹. Esta es la función esencial de la mujer, por esta razón la naturaleza ha hecho a la mujeres débiles, pasivas, dóciles, aptas para depender de los hombres en sus deseos y en sus necesidades ¹². La razón de la mujer es una razón práctica, simple:

Las mujeres con grandes talentos sólo infunden respeto a los necios; para la mujer «su dignidad es ser ignorada; su gloria está en la

a la investigación de armamento), ni por parte de las comunidades de científicos. La investigación sobre la paz replantea el concepto de ciencia (Galtung ha sido quien más esfuerzos ha dedicado a este objetivo) y llevar a cabo importantes esfuerzos por potenciar la responsabilidad individual de los científicos. En 1981 un grupo de científicos procedentes de diversas especialidades comenzaron la elaboración de un código ético para los científicos, proyecto que vio la luz en 1982 y que se redactó en 1984. El código se centra en el científico individual y plantea la desobediencia cuando la investigación en la que participe entre en conflicto con los valores de la paz. B. Gustaffson, L. Ryden, G. Tibell, P. Wallensteen, «The Uppsala Code of Ethics for Scientists», *Journal of Peace Research*, 21 (1984), págs. 311-316; Rafael Grasa, «Ciencia, científicos e investigación para la paz», en *Cultura de la Paz y Conflictos*, Seminario de Investigación para la Paz, edit. Centro Pignatelli, Zaragoza, 1988, págs. 163-184

⁸ Rousseau, *Emilio, o de la educación*, Alianza, Madrid, 1990, págs. 209-210. En el mismo sentido véase la pág. 279.

⁹ Rousseau, *ob. cit.*, pág. 37.

¹⁰ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 47.

¹¹ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 48.

¹² J. Rousseau, *ob. cit.*, págs. 485 y 493.

estima de su marido; sus placeres están en la felicidad de su familia»¹³. La sexualidad invade en la mujer toda su esencia:

«El macho sólo es macho en ciertos instantes, la hembra es hembra toda su vida o al menos toda su juventud; todo lo remite sin cesar a su sexo, y para cumplir bien sus funciones necesita una constitución referida a él»¹⁴.

Esta reducción de aptitudes y de capacidades impiden a la mujer el acceso al conocimiento moral y con ello la participación en el ámbito de la vida pública y social.

En la formación de los hombres se diferencian dos etapas: como hombres y como ciudadano. El hombre, el hombre natural, se forma en primer lugar en el ámbito privado, doméstico, físicamente y en el conocimiento de las artes y las ciencias. Una vez superada esta etapa está en condiciones de acceder al nivel superior, el de ciudadano. No es posible formar uno y otro al mismo tiempo:

«El hombre natural es todo para sí; él es la unidad numérica, el entero absoluto, que sólo tienen relación consigo mismo o con su semejante. El hombre civil no es más que una unidad fraccionaria que depende del denominador, y cuyo valor está relacionado con el entero, que es el cuerpo social»¹⁵.

Cuando el individuo comienza a sentir fuera de sí, es el momento clave, afirma Rousseau, para que comience a sentirse parte de la especie, del género humano, es el momento pues de comenzar a formar un ciudadano. En este amor hacia la especie no se le permitirá al *Emilio*, modelo de hombre a seguir, preferencia alguna. Sólo existe el «yo», y el género, lo que es tanto como decir que sólo existe el «yo», puesto que la relación con la especie es relación con un concepto. El «yo», por consiguiente, siempre está solo en lo privado y en lo público.

«Enseñad a vuestro alumno a amar a todos los hombres, e incluso a aquellos que le desprecian; haced de modo que no se sitúe en ninguna clase, sino que esté en todos; delante de él hablad del género humano con ternura, con piedad incluso, nunca con desprecio. Hombres no deshonres al hombre»¹⁶.

Se rompen en la modernidad las relaciones del «yo» con otros «yo» concretos para construir unas relaciones mediatizadas por conceptos abstractos que disfrazan a los individuos con ropajes iguales para esconder su realidad, sus diferencias.

Esta subjetividad abstracta y formal se muestra hoy falsa, al tiempo que obstáculo para la toma de conciencia de graves problemas y para la construcción de la paz. Es preciso romper la falacia del individualismo burgués, mostrando críticamente sus errores, pero ha de hacerse el esfuerzo también de

ir dando pasos en la construcción de un «yo» distinto que se desarrolla y enriquece en la pluralidad y diferencias de los otros.

El «yo» en la modernidad construye su identidad en su relación con la naturaleza, no en su relación con otros «yo», esto hace que el desarrollo potencial del sujeto vaya unido a la posesión, a la apropiación de todo aquello que la naturaleza ofrece. Una posesión que, en principio, no tiene límites, puesto que no existen otros «yo», sólo cosas. Frente a esta identidad, por otra parte falsa, puesto que nunca ha existido el hombre solo con la naturaleza, hay que proponer una nueva identidad donde el «yo» la alcance en su relación con los otros «yo». De este modo la naturaleza dejaría de ser algo que existe para ser poseído por el hombre, para convertirse en el entorno necesario donde los seres humanos se desarrollan.

A la ruptura del concepto moderno de sujeto y a la construcción de una nueva antropología puede servir el discurso de la paz. La paz como horizonte utópico en el que hacer posible el desarrollo y evolución de los sujetos, la paz como no violencia no es una técnica, una estrategia o una práctica política, no es algo fácil de definir entre una racionalidad instrumental como la que invade el ámbito del conocimiento. Es una cosmología donde el «otro» ocupa una posición privilegiada. La violencia es la más transitiva de las conductas, porque supone actuar como si estuviésemos solos, como si el resto del universo estuviese allí para recibir la acción. La violencia es transitividad porque parte del «yo» y reduce el mundo a proyección de ese «yo». El mundo es percibido como un campo de realización, en el que la grandeza y poder del «yo» dependen de su soledad¹⁷. La no-violencia reclama una completa transformación de esa grandeza, exige una percepción del mundo distinta, un mundo formado por rostros no por cosas. Los otros rostros abrirían una idea de progreso distinta, donde la grandeza no está en la soledad, sino en la interrelación con los otros, en el grado de disponibilidad respecto a los otros, en la identidad en la diferencia. Esta subjetividad abierta, construida a partir de múltiples relaciones —relaciones hombres-hombres, mujeres-mujeres y hombres y mujeres—, altera y entra en profunda contradicción con la subjetividad moderna.

5. EL FEMINISMO Y LOS SUJETOS

El feminismo de la diferencia¹⁸, al rechazar la construcción simbólica del hombre y de la mujer, que está en la base de las sociedades modernas fundamentando las relaciones de poder, rechaza el modelo antropológico de la modernidad sobre el que se

¹³ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 556.

¹⁴ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 488.

¹⁵ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 37.

¹⁶ J. Rousseau, *ob. cit.*, pág. 302.

¹⁷ Véase Franco Cassano, «Metafísica della no-violenza», *Democrazia e diritto*, mayo-junio, 1989, págs. 37-48.

¹⁸ El actual feminismo de la diferencia comienza a tomar forma en la década de los ochenta en Italia y parte de la crítica radical que C. Lonzi hace a la cultura dominante y de las experien-

cias llevadas a cabo por los diferentes grupos que realizan prácticas de «autoconciencia», fundamentalmente «Rivolta femminile». A este grupo es al que C. Lonzi estará siempre ligada, tras abandonar sus trabajos de crítica de arte. En los escritos de «Rivolta femminile», autoconciencia y movilización política son prácticas irreconciliables porque representan dos modos distintos de situarse la mujer respecto al mundo. Este grupo entiende que el feminismo comienza cuando la mujer toma conciencia de que el único modo de afirmarse a sí misma está en la relación con su

sustenta el concepto de sujeto. Reivindicar la diferencia respecto a lo masculino, al hombre, afirmar que la identidad de las mujeres ha de construirse desde la diferencia significa rechazar la subjetividad humana-universal, donde la mujer no está ni se reconoce. Marcar la diferencia sexual supone una ruptura lógica, que permite enfrentarse a la historia y a la teoría de la igualdad. Identificarse, diferenciándose del estatuto ontológico humano genérico, supone no aceptar dicha universalidad desvelando que la mujer no se reconoce en él. El feminismo de la diferencia entiende que la liberación de la mujer sólo podrá conseguirse haciendo visibles las contradicciones presentes en el cuerpo social, si bien utilizándolas positivamente para criticar y mostrar los límites del discurso moderno¹⁹.

Con el término diferencia sexual no se hace referencia a la feminidad, a la individualización de la identidad o del carácter femenino. Feminidad y masculinidad son una producción simbólica de la relación de dominio entre sexos. El surgir de la diferencia sexual señala, en primer lugar, la producción de la distancia existente entre la «feminidad» y la percepción de sí que las mujeres tienen. Es en este espacio de no adherencia a «lo femenino», donde surge el principio de la diferencia. Si no es tan obvio que ser mujer sea «lo femenino», ¿qué cosa es ser mujer? Pensarse a sí misma, no aceptar, sin más, lo que los demás digan que es, construir el «yo», con independencia mental, es el fin que se propone el principio de la diferencia. El principio de la diferencia es, pues, la expresión de los niveles de contradicción que desencadena la sociedad contemporánea, consecuencia del avance y ampliación de los procesos de emancipación, así como de la redistribución de roles entre los sexos.

El olvido del ámbito doméstico en la teoría política moderna no es un error o una omisión, es una decisión funcional y esencial para hacer posible la negación de subjetividad a la mujer. Hacer frente seriamente a esta invisibilidad, a este vacío, obliga a revisar y superar la separación entre lo público y lo privado. Hacer frente seriamente a las situaciones de discriminación entre hombres y mujeres obliga, pues, a una crítica radical de los presupuestos del orden social y político actual, al tiempo que demanda un nuevo modelo, una alternativa. Esta es la razón de que ningún partido en la actualidad afronte seriamente los problemas de la discriminación, porque no pueden ser resueltos añadiendo simples apéndices a los programas existentes, no bastan medidas legales o políticas para transformar la situación.

El principio de la diferencia intenta ofrecer a la existencia de la mujer un modo de dar cuenta de sí, haciendo converger los procesos de identificación social y política que le afectan, con los procesos de individualización subjetiva, en un intento por superar la separación entre lo público y lo privado. Sólo

de este modo se haría política de otra manera. El modo de liberar la diferencia sexual de la dependencia de un sujeto masculino universal, es que las mujeres se reconozcan diferentes.

Este principio no ha alcanzado aún credibilidad social ni ha adquirido la legitimación o reconocimiento social necesarios. Es una premisa, una nueva perspectiva, una nueva mirada. Esta nueva perspectiva exige recorrer un largo camino, en el que se demandan conceptualizaciones que afirmen en la sociedad la diferencia sexual. Estas conceptualizaciones se harán imposibles si se trabaja fuera y separadamente del orden existente, fuera de las instituciones. La autonomía y la libertad de las mujeres sólo se conseguirá haciéndose visibles, pensándose a sí mismas y actuando. La producción de un nuevo orden sexuado presupone necesariamente la existencia y la autonomía del sujeto femenino, pero su éxito depende de ver como opuestos, con igual presencia a hombres y a mujeres.

Es necesario e imprescindible potenciar las relaciones entre mujeres para producir un saber, un conocimiento nuevo, pero estas relaciones no son, no pueden ser exclusivas. La subjetividad femenina debe actuar en un doble plano: relaciones entre mujeres, relaciones hombres-mujeres, para no caer en la parcialidad que desde el comienzo venimos criticando.

Cuando el feminismo de la diferencia critica la parcialidad del genérico hombre, no pretende en modo alguno sustituirlo por otro genérico también parcial; de ahí que defienda la necesidad de un nuevo modelo de sujeto y de orden social, donde la complejidad y diferencias de la realidad no aparezcan ocultas, ni sean eliminadas como no relevantes, en aras de hacer posible la igualdad. La igualdad no es posible construirla a través de la homogenización, mediante la eliminación de los diferentes, esto ocurre en las sociedades actuales porque la igualdad se reduce a niveles formales y abstractos para ocultar las diferencias reales. Cuando la igualdad queda reducida a igualdad de máscara, de ropaje jurídico. La igualdad y la eliminación de situaciones de discriminación exige reconocer y hacer visible la complejidad y diferencias de la realidad estableciendo cauces de desenvolvimiento de las mismas. No hay que ver como antagónicos igualdad y diferencia, la verdadera igualdad exige el reconocimiento de la diferencia. Únicamente seremos iguales si se nos permite mostrar nuestras diferencias, de lo contrario serán libres e iguales sólo quienes establecen el modelo adecuándolo a sus necesidades o exigencias. Si entendemos la realidad como realidad dialéctica, donde contrariamente a lo que se creía en el pasado no existe síntesis, sólo interdependencia entre contrarios, se comprende aún mejor la necesidad de encontrar cauces de expresión y desenvolvimiento de estas diferencias.

género. Desde un sector importante del feminismo italiano se intenta salvar la distancia entre las prácticas de la autoconciencia y la actuación política, haciendo de aquellas el motor de un hacer político distinto. Véanse C. Lonzi, *Escupamos sobre Heguel*, Anagrama, Barcelona, 1981; Librería Delle Donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg & Sellier, Turin, 1987; Chiara Saraceno, *Pluralità e mutamento*, Franco Angeli, Milán, 1987;

M. Luisa Boccia, «La ricerca della differenza», en *Materiali e atti*, núm. 10, suplemento al núm. 1 de enero-febrero, 1988 de *Democrazia e diritto*, págs 7-25.

¹⁹ De estos problemas me he ocupado *in extenso* en «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», *Revista de estudios políticos*, n. 70, oct.-dic., 1990.

6. APORTACIONES DEL FEMINISMO A LA CONSTRUCCION DE LA PAZ

El valor del discurso feminista a la diferencia está en su capacidad para colaborar en la construcción de las condiciones para la paz haciendo visibles las causas y las razones de la discriminación entre el hombre y la mujer, al tiempo que colaborando en la construcción del nuevo sujeto en la medida que hace el esfuerzo por construir una subjetividad femenina, abierta, inacabada.

Las aportaciones más importantes que el discurso feminista de la diferencia ofrece para la construcción de esta cosmología de la paz y de la no violencia son:

1. La radicalidad de su crítica al concepto de sujeto, mostrando la parcialidad del mismo, así como de los presupuestos sobre los que se sustenta el nivel jurídico-político en las sociedades actuales.
2. Su opción por el principio de la diferencia hace posible, no sólo que sus exigencias no puedan ser sin más absorbidas por el sistema, sino que introduce un elemento obligado de contacto con lo real, con lo concreto, con lo particular, impidiendo caer en planteamientos abstractos.
3. Su reivindicación de la dialéctica. Optar por la diferencia no significa desconocer la importancia del principio de la igualdad; es por el contrario el intento de construir un nuevo concepto de igualdad compleja, que debe surgir de la relación dialéctica igualdad-diferencia. La reivindicación de la dialéctica que desde el discurso de la diferencia se hace rechaza la síntesis como momento conclusivo y superador, ésta nunca existe como tal, creerlo ha sido un gran error del pasado. La defensa de la dialéctica armoniza con la opción efectuada por un discurso emancipador, global y abierto, por un discurso a construir por los diferentes agentes sociales.
4. El discurso feminista de la diferencia, al haber aprendido de sus errores esencialistas y de su parcialidad, puede ofrecer la experiencia de actuar en un discurso extraño, utilizando de él lo utilizable y construyendo a la vez algo nuevo y distinto. Esta relación teoría-práctica que el feminismo de la diferencia defiende es la vía para no caer en posiciones dogmáticas y cerradas.
5. Por último, el discurso feminista de la diferencia demuestra el valor importante de la cultura, de la ideología, en el discurso moderno; demuestra como sin funcionalidad la discriminación hombre-mujer no podría articularse, dado el carácter abstracto y genérico de las categorías jurídicas y económicas, carácter abstracto que impide el reconocimiento de diferencias y que obliga a que estas diferencias, al existir, deban ser construidas en otro ámbito, en el ámbito de lo privado. Hacer frente a la cultura discriminatoria actual exige una nueva cultura y unos nuevos valores, que surjan de la relación de teoría y práctica. Esta re-

lación implica el trabajo en las instituciones y para ello es preciso eliminar la barrera existente entre el mundo político y la sociedad civil.

El pragmatismo que durante años viene invadiendo la vida pública, y al que no es ajeno el neoliberalismo, ha producido consecuencias negativas: gestión política a corto plazo y ruptura con la opinión pública. Paralelamente a esta separación vida pública-sociedad se produce otro factor muy peligroso, falta de credibilidad de los mecanismos de actuación y toma de decisiones políticas. Nadie cree que el Estado administre los intereses de todos, cada vez se hace más consciente que el Estado sólo administra los intereses de unos pocos. La salida a esta situación debe venir a través de unos nuevos partidos, que sean capaces de recuperar y restablecer los puentes de unión entre la sociedad y el Estado, configurándose como instrumentos lo suficientemente flexibles para dar cabida a los diferentes agentes sociales y a sus nuevos problemas y reivindicaciones. Si no somos capaces de dar este paso importante los países se convertirán cada vez más, como afirma Alain Touraine, en lugares de producción y venta dirigidos por las grandes multinacionales y sus agentes financieros. El problema entonces no será la parcialidad del concepto de sujeto, ni los límites e insuficiencias teóricas de los discursos; el problema será que no habrá sujeto, no sólo porque las modernas teorías niegan cada vez más protagonismo a este sujeto, en el cambio social, sino y lo que aún es peor, porque el desarrollismo sin freno y la crisis ecológica cuestiona la propia supervivencia de la especie.

7. FEMINISMO Y VIOLENCIA

No vamos a demostrar que la vida humana está sometida a diferentes grados de violencia. Es demasiado evidente. Pero vamos a destacar cómo esa violencia adquiere grados y matices, formas distintas según los sujetos. La violencia estructural, la violencia cultural, de una cultura como la cultura moderna que obliga a los individuos a someterse a unos patrones y modelos no diseñados por ellos sino impuestos, unos modelos extraños porque escapan a su control racional, no alcanza la misma dimensión para hombres y mujeres.

Las situaciones de violencia toman formas distintas para los hombres y las mujeres, pero también para los homosexuales o heterosexuales, para los sanos y los enfermos. Defender el principio de la diferencia es hacer evidente no sólo las diferencias hombre-mujer, sino esas otras diferencias que están presentes en nuestras sociedades, no reconocidas pero que someten a los individuos a violencia añadida, puesto que estas diferencias son valoradas como negativas, como desvío de la normalidad. Sirva como ejemplo las palabras de Susan Sontag, que aunque referidas a la enfermedad son una descripción gráfica de las formas diversas que adopta la violencia:

«La enfermedad es el lado nocturno de la vida, una ciudadanía más cara. A todos al na-

cer, nos otorgan una doble ciudadanía, la del reino de los sanos y la del reino de los enfermos»²⁰.

¿Por qué necesita la sociedad utilizar estas diferencias y al mismo tiempo ocultarlas, hacerlas no visibles? Creo que estas diferencias cumplen ante todo la función de adoctrinamiento moral. El mal ha dejado de tener en las sociedades modernas, secularizadas, contenido divino o religioso, pero no ha desaparecido su función moral. Ahora el mal se reviste con los ropajes del no-yo, de la contranaturalidad. Esto se ve claro en la estigmatización de la enfermedad como el mal, en cómo las metáforas construidas en torno a las enfermedades maestras, tuberculosis, cáncer y ahora SIDA, es decir, aquellas que funcionan para proponer nuevos criterios de salud individual y para expresar una insatisfacción por la sociedad como tal, y terminan culpando al propio enfermo, por desviarse de lo establecido, por no haber seguido las pautas fijadas para ser un sujeto sano.

Hay ejemplos que confirman muy claramente lo que acabo de mantener: que la violencia alcanza formas distintas para los hombres y para las mujeres. Son interesantes las aportaciones de un colectivo de mujeres que trabajan en Perú, un país sometido a una fuerte violencia institucional y estructural. ¿Cómo viven las mujeres esta violencia? ¿Qué hacen frente a ella?

Los tradicionalmente marginados del proceso sociopolítico y cultural están en el centro de todas las luchas y de todas las disputas. Este es el caso de las mujeres, su especial situación hace que se adopten también comportamientos especiales. En un país como Perú donde la desintegración a todos los niveles es un hecho, llama la atención un fenómeno opuesto al anterior, la proliferación de organizaciones de mujeres, Narda Enríquez²¹ da la cifra de 15.000 organizaciones extendidas por todo el país que, a pesar de sus disputas, son el único sostén del tejido social.

«Las experiencias organizativas de las mujeres pueden parecer coyunturales o pueden ser instrumentalizadas por las autoridades. A pesar de ello, se trata de un vasto movimiento de mujeres (derechos humanos, subsistencia, derechos de la mujer) que se ha proyectado en defensa de la vida y por tanto muchas veces sin proponérselo son *artesanas* de una democracia por hacer. No se trata de modelos preconcebidos de democracia, de hecho hay grandes discusiones sobre los parámetros que caracterizan a las democracias liberales y socialistas. Se trata más bien de una aspiración intuitiva, de la democracia que la vida requiere

re y que se basa en el respeto a la persona humana»²².

Los movimientos de mujeres en Perú llevan a cabo una importante doble misión: articulan y reivindican medidas de subsistencia (son conscientes de que no pueden mantener a sus hijos aisladas, necesitan organizarse para presionar), al tiempo que luchan por la defensa de los derechos humanos. Son las mujeres en estos países quienes se ven obligadas a hacer frente a los registros cotidianos, quienes reclaman ante la justicia la libertad de sus hijos y maridos, las que se lanzan a la calle para hacer frente al sistema. Están utilizando con eficacia su invisibilidad, el no ser consideradas por el sistema. Esta falta de valoración les permite actuar con un mayor margen.

«La violencia política ha generado cambios en la estructura familiar y un vacío de liderazgo en todos los niveles, situación que relaja las relaciones de dependencia, posibilitando el acceso de la mujer a espacios y niveles antes negados. En la relación familiar la mujer afronta una nueva situación que si bien significa una sobrecarga de trabajo y responsabilidad, ha otorgado un protagonismo mayor (cuando no absoluto)... Las nuevas tareas asumidas por la mujer, determinan que la actividad doméstica tienda a simplificarse; además de ser asumida colectivamente con la participación de los demás miembros de la familia... Pero también con la participación de los vecinos»²³.

Como estas alternativas individuales resultaban insuficientes, las mujeres, bien por iniciativa propia o por influencia exterior, desarrollan alternativas colectivas implantando comedores populares, programas de vaso de leche, talleres productivos, huertos comunales, actividades que disuelven la separación entre los ámbitos público y lo privado, generándose valores nuevos de solidaridad.

También en otros países donde la violencia es más sutil, la mujer hace esfuerzos por implantar los ideales de la no-violencia. El movimiento italiano de las «*donne in nero*», por ejemplo, ha protagonizado en Italia el enfrentamiento más fuerte a la guerra del Golfo. Sus movilizaciones se han hecho sentir por todo el país y no han concluido con el fin de la guerra, pues son conscientes de que la lógica de la guerra está presente en las sociedades actuales. Frente a esta lógica de la violencia, ellas oponen una lógica de vida, no de muerte, de comprensión y de relación, de respeto a lo distinto y a lo diferente, frente a la homogenización y a la lógica de amigo-enemigo. Sus acciones en estos momentos están dirigidas a potenciar la objeción de conciencia a los gastos militares. Y al igual que las mujeres en Jerusalén salen los viernes a la calle para expresar su

²⁰ Susan Sontag, *La enfermedad y sus metáforas*, Muchnik editores, Barcelona, 1989, pág. 9. Véase también *El SIDA y sus metáforas*, Muchnik editores, Barcelona, 1989.

²¹ «Mientras los gremios laborales se debilitan, las organizaciones de base de mujeres se multiplican, subsisten a pesar de la violencia, se reproducen, maduran y formulan propuestas de política nacional en Lima. Es el caso de los comités de vaso de leche y comedores populares, en total más de 15 000 organizaciones por la subsistencia en el país... El gobierno de Fujimori apeló a dichas experiencias autogestionarias para implementar

el Programa de Emergencia Social que adoptó al inicio de su gobierno pero cuyas expectativas ha frustrado» Narda Enríquez, «Introducción», *Mujeres, violencia y derechos humanos*, Iepala, Madrid, 1991, pág. 14.

²² Narda Enríquez, «Defendiendo la vida en una democracia por hacer», *Mujeres, violencia y derechos humanos*, cit., págs. 41-42.

²³ Isabel Coral Cordero, «La mujer en el contexto de violencia política», *Mujeres, violencia y derechos humanos*, cit., págs. 86-87

rechazo y su luto ante la guerra existente, las «donne in nero» salen los miércoles a sus plazas para expresar su solidaridad con todos aquellos que sufren violencia y para testimoniar su rechazo a un sistema que la potencia.

«Ecco che allora nei simboli del colore nero del lutto, del silenzio, della continuità della presenza, assunti come testimonianza, noi donne in nero abbiamo riconosciuto significati consapevoli. Dal silenzio di una estraneità imposta, che è quello della passività, ad un silenzio carico della sapienza di attendere, contraposta alla necessità falsamente pragmatica del maschile «passo di fuga» bellico. Dalla continuità de un patire subito, alla tenacia di una selvaggia pazienza, capace di sostenere la vita e il valore delle relazioni umane di cui essa è intessuta. Dal nero delle madri mediterranee della nostra tradizione, in pianto per i loro morti, all'assunzione del dolore per delle morti violentemente imposte da un ordine sociales in cui non ci riconosciamo, un ordine sociales che assume a diritto quiridico il passo di fuga ed ammette uno sviluppo produttivo incosciente dei limiti posti

*dai vincoli del destino di un'umanità intera»*²⁴.

El reto de cara al futuro es ser capaz de articular estas experiencias vitales, concretas y cotidianas en un proyecto social y político. Es preciso utilizar este esfuerzo de muchas mujeres para construir algo distinto, para no caer de nuevo en un modelo jerárquico y vertical. No es posible hablar de transformación, ni de democratización sin incorporar a la mujer con sus experiencias y sus valores.

Es indispensable construir una alternativa, una alternativa capaz de ilusionar a amplios sectores, pero ha de hacerse trabajando desde y en las instituciones, presentando un hacer nuevo y distinto. La gran aportación que la izquierda puede realizar en su labor cultural, ser el germen de una nueva cultura y valores alternativos al modelo capitalista. Un modelo que somete a los individuos a patrones en los que no se reconocen, que les hace pensar que la felicidad se construye mediante la apropiación sin medida por parte de unos pocos, que les hace creer que el progreso y el desarrollo pasa por la marginación, el hambre y la miseria de la mayor parte de la humanidad. Es preciso recobrar el protagonismo de los individuos, de los individuos asociados.

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: _____ C. Postal: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

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



²⁴ Intervención de las «Donne in nero» durante la apertura de campaña a la objeción de conciencia a los gastos militares celebrada en Bolonia el 2 de mayo de 1991. En esta campaña participaron también Giovanni Catti y Pietro Ingrao. Esta intervención no ha sido publicada pero en el periódico *Il Manifesto* 4 de

mayo de 1991 y en *L'Unità* del 8 de mayo de 1991, recogen la información del acto, si bien curiosamente destacando más las palabras de Pietro Ingrao y de monseñor Giovanni Catti que las palabras pronunciadas por las «Donne in nero».

Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocadamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal)

Enrique GIMBERNAT ORDEIG

I. INTRODUCCION

La Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal, ha introducido en ese texto legal los artículos 534 bis a) y siguientes en los que se abandona el hasta entonces vigente sistema de tipificación, como norma penal en blanco, de los delitos contra la propiedad intelectual, para pasar a configurarlos como un catálogo cerrado de conductas delictivas. De algunos problemas de esta nueva Ley penal me he ocupado recientemente en otro lugar¹. En lo que sigue voy a abordar ulteriores cuestiones.

II. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

A. La categoría de los «delitos con objeto plural inequívocamente ilícito»

El art. 534 bis a) constituye el «tipo básico»; el 534 bis b), en cambio y como se deduce directamente de la letra de la Ley («quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior»), carece de vida propia y sus distintos supuestos sólo entran en juego para agravar la pena de quien previa o simultáneamente realiza (o ha realizado) alguno de los supuestos previos en el 534 bis a).

Ciertamente que los delitos contra la propiedad intelectual pueden consistir en la «comunicación pública», «sin distribución previa de ejemplares» y sin la autorización de los correspondientes titulares, de, por ejemplo, una obra audiovisual. Pero los antecedentes de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (LPI) y de la Ley Orgánica 6/1987, así como la propia letra de la Ley penal —«importare, exportare o almacenare ejemplares», art. 534 bis a), último párrafo, «cantidad o valor de las copias ilícitas», art. 534 bis b). 2. a) ponen de manifiesto que el núcleo de las conductas prohibidas —tanto por la frecuencia de su realización como por su potencialidad de defraudación patrimonial— está integrado por una modalidad comisiva que tiene como objeto ma-

terial del delito *copias o ejemplares* ilegales. Esa modalidad pertenece a una categoría de delitos que hasta ahora ha pasado inadvertida como tal categoría y que voy a denominar «delitos con objeto plural inequívocamente ilícito», que tienen en común que se realizan *sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías*, que ostentan, *ab initio* o en un momento posterior, un *inequívoco carácter delictivo*. Como ejemplos de esta clase de delitos pueden mencionarse, por lo menos en algunas de sus formas de realización, el tráfico de drogas, la falsificación de moneda, el contrabando y, también y finalmente, los delitos contra la propiedad intelectual.

Como ya he señalado, entre los comportamientos más graves que los arts. 534 bis a) y sgs. tratan de impedir figuran los de hacer llegar al público —y es en ese momento cuando se produce el daño patrimonial para los distintos titulares— ediciones piratas o plagarias de libros, fonogramas o videogramas. Pero como ese comportamiento ilícito penal no surge espontáneamente, sino que, por formar parte de un largo proceso, viene precedido necesariamente de otras actividades tales como las de reproducir, importar, exportar o almacenar copias no autorizadas, de ahí que el legislador —porque tienen un carácter inequívocamente delictivo— haya optado por tipificar esas conductas previas como delitos de peligro abstracto, estableciendo una sanción unitaria para todas las fases del proceso. A la misma técnica legislativa responde la punición, como delitos de peligro abstracto, de la fabricación o importación de moneda falsa, de la elaboración de drogas o de la introducción en España de cartones de Marlboro: esos comportamientos tienen un significado tan concluyente que en la falsificación de moneda por ejemplo, y una vez impresos los billetes fraudulentos de 10.000 pesetas, carecería de todo sentido político-criminal que el Derecho penal tuviera que permanecer con los brazos cruzados sin poder intervenir hasta que el delincuente, al expender el dinero ilegítimo en un supermercado, decidiera lesionar efectivamente el bien jurídico tutelado. Por los mismos motivos, en los delitos contra la salud pública o de contrabando, el Derecho penal tampoco espera: le basta para que la conducta sea plenamente delictiva con que las sustancias psicotrópicas se fabriquen o

¹ Cfr. Gimbernat, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, Estudios de Derecho Penal, 3.ª

ed., Madrid, 1990, págs. 306-312.

se almacenen, con que los géneros estancados se importen, sin que sea necesaria su venta ni, con ello, la lesión real del interés jurídico protegido.

La conclusión de que algunas modalidades —las más frecuentes y las de mayor gravedad— de los delitos contra la propiedad intelectual pertenecen a la categoría de los «delitos con objeto plural inequívocamente ilícito» nos va a servir de ayuda para determinar cuál es el interés jurídico que aquéllos protegen. De esta cuestión paso a ocuparme a continuación.

B. La supuesta prevalencia de lo moral sobre lo económico en los delitos contra la propiedad intelectual

Un sector de la doctrina ha mantenido la tesis de que en las infracciones de los arts. 534 bis a) y sgs. lo decisivo es, no el factor patrimonial, sino el personal del derecho de autor, formulándose la propuesta de que, por pertenecer el derecho moral a los derechos de la personalidad, los delitos contra la propiedad intelectual sean extraídos del Título XIII («Delitos contra la propiedad»), que es donde ahora figuran, para pasar a formar un nuevo Título integrado sistemáticamente dentro de o en torno a los delitos contra el honor, el estado civil o la libertad y seguridad². Todo ello —la prevalencia de lo moral sobre lo económico— se fundamenta con los dos siguientes argumentos.

² Cfr. Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1988, pág. 155: «Su lugar adecuado [sc. de los delitos contra la propiedad intelectual] podría encontrarse... inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y la seguridad» (en el mismo sentido, Díaz y García, *Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido*, ADPCP 1990, pág. 854); Queralt, *Addenda al Derecho penal español, Parte Especial*, vol. II, Barcelona, 1988, pág. 17: «En consecuencia, debería procederse a extraer... de los delitos contra el patrimonio en general este delito [sc. contra la propiedad intelectual] e incluirlo entre las infracciones contra los derechos de la personalidad»; Roldán, *Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales*, LL 1988 (núm. 1943), pág. 6: «Mi opinión, por tanto, es que los delitos contra las creaciones intelectuales deben identificarse con título legislativo propio o, en su defecto, con un capítulo individualizado dentro del título relativo a los delitos contra la libertad»; Quintero, en: Gómez Benítez/Quintero, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, págs. 110, 112; Bustos, *Addenda al Manual de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 1989, pág. 25: «Luego habría que concluir que en la actualidad con la reforma y modo consecuente con la Constitución y la Ley de Propiedad Intelectual el bien jurídico protegido es un derecho personalísimo del autor y, por tanto, se trata de un delito que debe quedar excluido de los delitos contra el patrimonio y colocado sistemáticamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que aparece como una forma de la libertad de expresión. Sólo en el caso de las agravaciones especiales del art. 534 bis b) el legislador considera el interés patrimonial»; Ferré, *Delitos contra los derechos de autor* [trabajo en prensa en ADPCP 1991, fascículo I, del que cito de la paginación del manuscrito con la amable autorización del autor], págs. 9-10.

En contra, con razón como más adelante veremos, Quintano,

1. El argumento de la no exigencia de perjuicio patrimonial

a) Se dice, en primer lugar, que como en varias de las conductas tipificadas en los arts. 534 bis a) y 534 bis b) no es necesario perjuicio patrimonial alguno, de ahí se sigue que la única razón que puede explicar la punición de esos comportamientos es que con ellos se están lesionando, no los derechos patrimoniales —que no resultan afectados en nada, por ejemplo, por una mera reproducción sin comercialización posterior—, sino sólo y exclusivamente el derecho moral del autor, que sería, por consiguiente, el interés protegido prioritario³.

Los que así argumentan ignoran, por una parte, que la reproducción (art. 18 LPI), y el almacenamiento, importación o exportación de copias [como actividades obviamente encaminadas a la distribución (art. 19 LPI)], figuran entre los derechos de explotación (arts. 17 y sgs. LPI), y no entre los derechos morales recogidos en los arts. 14 y sgs. LPI. Desconocen, también, que la razón por la cual se castiga la reproducción o el almacenamiento reside, no en la lesión de derecho moral alguno, sino en que ello está destinado a desembocar en una distribución, esto es: *en un perjuicio económico* si las copias llegan al público. Pasan por alto, además, que el castigo de la fabricación o el almacenamiento de mercancías ilegales es la técnica seguida por el legislador en otros delitos de estructura semejante (los que hemos llamado con objeto plural inequívocamente ilícito), y que nadie hasta ahora había tenido la ocurrencia de afirmar que los delitos de peligro abstracto: la elaboración de droga o la impresión de

Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, tomo III: Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, 2.ª ed., puesta al día por García Valdés, Madrid, 1978, pág. 583: «De aceptarse, por el contrario, las adversas extremas posturas de sedicente espiritualidad, de quienes ven en estos delitos atentados inmediatos a la personalidad, habría que trastocar toda la sistemática penal, y encuadrarlos en los de contra las personas, con lo que entiendo se ampliaría de modo monstruoso su radio de acción, en perjuicio, no sólo de la dogmática, sino de la claridad de conceptos. La sublimación personalista de lo intelectual... [es]... pura teoría, cuando no pura retórica».

³ Cfr., en este sentido, Queralt, *Addenda* 1988, pág. 17: «En efecto, la nueva redacción se fundamenta en un derecho de autor... concebido como derecho de la personalidad. La prueba se manifiesta en que en el art. 534 bis a) se contiene una conducta punible sin que se hable para nada de perjuicio económico: contiene la protección de un derecho moral»; Roldán, *LL 1988* (núm. 1943), pág. 7: «... tampoco la reproducción ilegal que contempla el art. 534 bis a) puede entenderse sólo —ni siquiera prioritariamente— en términos patrimonialistas» por «la razón fundamental» de que «el delito del art. 534 bis a) se consuma con la mera actividad reproductora, no requiriéndose la producción de perjuicio patrimonial alguno»; Quintero, en: Gómez Benítez/Quintero, *Protección*, 1988, pág. 30; Bustos, *Addenda*, 1989, págs. 24-25; Soto Nieto, *Delitos contra los titulares de la propiedad intelectual*, PJ num. especial IX, pág. 390; Boix, en Cobo y otros, *Derecho penal, Parte Especial*, 2.ª ed. (1990), pág. 943: «La no exigencia de perjuicio en determinados supuestos acentúa la vertiente moral del derecho protegido. Ello es, sin duda, acertado, frente a las posiciones que persisten en patrimonializar fundamentalmente el derecho de autor». Díaz y García, *ADPCP* 1990, págs. 834 y sgs., 838; Ferré, *ADPCP* 1991, pág. 8: «Inclusive puede hablarse de una ligera preeminencia de los derechos morales sobre los derechos de explotación, lo que explica que en el tipo básico no se exija un perjuicio económico aunque se afecten derechos de explotación (ej. reproducción ilegal de una obra que aún no ha sido puesta a la venta)».

moneda falsa, protegen un bien jurídico distinto —¿cuál podría ser éste si no es, respectivamente, la salud pública o la seguridad del tráfico jurídico?— del que tutela el correspondiente delito de lesión (expendición de la moneda, entrega de la droga). Y olvidan, finalmente, que la Ley penal protege indiscriminadamente contra la reproducción y el almacenamiento de copias ilegales —como tales actividades y aunque no haya perjuicio ulterior— a sujetos pasivos (cesionarios, intérpretes, productores de fonogramas) a los que la LPI no reconoce derechos morales de autor, de donde se sigue, necesariamente, que esas conductas se castigan, no por la lesión de un derecho moral que esos sujetos pasivos no ostentan, sino por la amenaza a uno patrimonial que sí que les corresponde.

2. El argumento del plagio

a) En segundo lugar, se acude al argumento de que incluso en el tipo básico del 534 bis a) figura como conducta incriminada la de «plagiar», lo que confirmaría la prevalencia de lo personal sobre lo patrimonial, dado que esta actividad afectaría al derecho moral, pero no al de explotación del autor⁴.

b) Pero, independientemente de que el CP no distingue y protege a todos los titulares de la propiedad intelectual contra una ilícita explotación de sus obras —tanto si esa explotación consiste en una reproducción idéntica de la obra como si consiste en una reproducción plagiaría—⁵, este argumento tampoco puede convencer, ya que —como paso a demostrar a continuación— la conducta que castiga el art. 534 bis a) no es un plagio sin más, sino sólo un *plagio realizado para ser explotado posteriormente*.

aa) Ello deriva, en primer lugar, de la ubicación sistemática de la expresión «plagiar» en el 534 bis a), en cuanto que antecede a «distribuyere» o «comunicare», de donde se deduce que el plagio —como la «reproducción»— que se castiga es el que *está destinado a una ulterior distribución o co-*

municación, prescindiendo de si estas dos últimas actividades se han realizado o no efectivamente.

bb) Lo que acabo de afirmar no constituye, por otra parte, novedad alguna, sino que únicamente confirma que sigue siendo válida —también después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1987— la tesis de mi maestro, *Quintano Ripolles*, de que un plagio que afecta sólo al derecho moral, pero no al de explotación del titular, de que un plagio, por consiguiente, que no va a ser distribuido⁶ ni comunicado públicamente⁷ en el sentido de la LPI, es una conducta atípica⁸, lo que se sigue directamente del principio *general* de interpretación teleológica de que una conducta *formalmente típica no es*, sin embargo, *punible*, si, por más que literalmente cumpla con todos los requisitos legales, no obstante y en el caso concreto no lesiona el bien jurídico protegido.

De ahí que, a pesar de ser formalmente típica en el sentido del art. 344 la conducta de comprar una importante cantidad de droga («tráfico»), no sea punible, excepcionalmente, si en el caso concreto *ello no supone peligro alguno para el bien jurídico protegido* de la salud pública, que es lo que sucede cuando el adquirente es un agente (provocador) de Policía, quien, al comprar, no sólo no daña, sino que preserva la salud pública, porque ese comportamiento está dirigido precisamente a retirar del mercado las sustancias peligrosas⁹. De ahí también que, a pesar de ser literalmente subsumible en el art. 269 (falsificación de la firma del Jefe del Estado o de los ministros), «sea irrelevante en Derecho», sin embargo y tal como exponía, con razón, *Quintano*, «el acto de fingirse la firma de un ministro» para incorporarla a «las hojas del álbum de autógrafos por mera vanagloria de coleccionista», pues para que el hecho sea punible «es menester que la firma se inserte en algún documento susceptible de incorporarse al tráfico jurídico»¹⁰, es decir y con otras palabras: *susceptible de atacar el bien protegido por el art. 269 de la seguridad del tráfico jurídico*. Y de ahí, finalmente y tal como hemos expuesto anteriormente y por lo que se refiere al objeto de este trabajo, que, a pesar de estar abarcada por el tenor li-

⁴ Cfr. Roldán, LL 1988 (núm. 1943), pág. 6. «En la construcción de los nuevos tipos penales, la reforma ha acogido, en cambio, una opción claramente personalista. Ha establecido una serie de figuras delictivas que lesionan inequívocos derechos morales del autor. Así, ... el plagio»; Bustos, *Addenda* 1989, pág. 24; Boix, en: Cobo y otros, *Derecho penal*, PE, 2.ª ed. (1990), pág. 944: «La conducta básica consiste desde la perspectiva moral en plagiar»; Díaz y García, *ADPCP* 1990, págs. 842, 844; Ferré, *ADPCP* 1991, pág. 17: «En el tipo básico se intenta proteger el aspecto personal con la persecución del plagio».

⁵ Las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero (A. 1129) y de 30 de mayo (A. 3492) de 1984, así como la de 9 de junio de 1990 (A. 5251) consideran delito contra la propiedad intelectual el plagio, para su distribución, de obras fonográficas, incluso para el supuesto de que se hayan liquidado los derechos de los autores de la música y de la letra de las canciones grabadas. Aunque en todas esas resoluciones se aplicó el art. 534 párrafo primero, en su versión anterior a la reforma de 1987, la última sentencia —la de 9 de junio de 1990— es posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por lo que si el TS hubiera estimado que el plagio de obras fonográficas había dejado de ser delito después de la reforma, debería haber confirmado la sentencia absolutoria de la Audiencia —en lugar de ello, revocó la sentencia de instancia y condenó por defraudación de la propiedad intelectual— en aplicación del principio de retroactividad de las leyes penales favorables.

⁶ Art. 19 LPI: «Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

⁷ Art. 20. 1 LPI: «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

⁸ Véase Quintano, *Tratado III*, 2.ª ed., 1978, págs. 612 («... su plantaciones o plagios que permanezcan en la esfera exclusivamente privada... difícilmente pueden adquirir rango criminal. Tal sería el caso... del enamorado que, parvo de Minerva, plagiaré sonetos de cualquier poeta para obsequiar a su amada»), 616 («Sería insensato... exigir responsabilidades penales... al poco inspirado amante que en sus epístolas dirigiera a la amada estrofas de un poeta insigne»).

⁹ Que el agente provocador no incurrir en estos casos en responsabilidad criminal es correcta y unánime doctrina del TS («el agente llamado provocador... con su actuación permite el descubrimiento de las infracciones delictivas y su no agotamiento», sentencia de 27 de febrero de 1990, A. 1633). Para un examen de la jurisprudencia hasta 1982, véase Ruiz Antón, *El delito provocado, construcción conceptual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADPCP 1982, págs. 137 y sgs.

¹⁰ Quintano, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV: Infracciones contra la comunidad social, coordinado por Gimbernat, Madrid, 1967, pág. 564.

teral del art. 534 bis a), carezca de relevancia juridicopenal la conducta imaginada por *Quintano* del pretendiente que, para conquistar a su amada, le dirige unos versos plagiados, pues aunque ello lesione el derecho moral del verdadero autor del poema, no afecta, sin embargo, a sus derechos de explotación, cuya lesión, potencial o real, es *requisito sine qua non* para que concurra un delito contra la propiedad intelectual: la ubicación sistemática de esos delitos en el Título XIII exige, para que pueda hablarse de un hecho punible, *la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido*, es decir: de un derecho patrimonial (que en el caso de los delitos que nos ocupan es el de explotación), *no siendo preciso*, en cambio, que con ello se lesione, también y accesoriamente, un derecho moral.

cc) A la misma conclusión de que el plagio no destinado a la explotación es una conducta impune se llega teniendo en cuenta que la «usurpación de la condición de autor sobre una obra» [art. 534 bis b). 1 c)], esto es: el comportamiento, no de quien imita (plagia) un poema de, por ejemplo, Rafael Alberti, sino de quien va aún más lejos y se atribuye una obra del poeta *tal y como la ha creado*¹¹, sólo es punible, dado que el 534 bis b) 1. c) tiene que ir necesariamente conectado al tipo básico del 534 bis a), si esa obra usurpada se «reproduce», es decir, se obtienen copias de ella, o se distribuye o comunica públicamente. Por consiguiente: Si lo más grave —usurpar íntegramente la obra de otro— sólo es punible, como se deriva inequívocamente de la letra de la ley, si esa lesión del derecho moral va unida a una puesta en peligro («reproducción») o a una lesión («comunicación», «distribución») de los derechos de explotación, entonces con mayor motivo será igualmente impune la conducta de quien, sin llegar a usurpar la obra, «sólo» la plagia con un fin —como en el ejemplo del amante poco inspirado construido por *Quintano*— que excluye la explotación económica.

¹¹ Mantener, como hace Roldán LL 1988 (núm. 1943), pág. 7 (a quien siguen: Jufresa/Martell, *Los delitos contra los derechos de autor*, RJC 1991, pág. 636, y Ferré, *ADPCP* 1991, pág. 32, mostrándose indeciso Díaz y García, *ADPCP* 1990, págs. 844, 845; en contra, contundentemente, Arroyo/García Rivas, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 1989, pág. 1995 y pág. 1995 nota 27) que con la «usurpación de la condición de autor» no se tipifica, como mantengo en el texto (y anteriormente mantuve en Estudios, 3.ª ed., 1990, págs. 310-311), el *plagio total*, esto es: la conducta de quien, por ejemplo, hace pasar como suya una obra de García Márquez, sino —eso opina Roldán— justamente todo lo contrario: la de quien escribe una novela, y, para «aprovecharse de su fama y mérito intelectual», atribuye su propia obra a García Márquez, supone una interpretación de la que lo menos que se puede decir es que no respeta el principio de legalidad. El 534 bis b). 1 c) presupone («quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior») que la conducta del sujeto activo sea subsumible, *asimismo y sin excepción posible*, en el tipo básico del 534 bis a), y si yo publico una novela mía atribuyéndosela a García Márquez, es evidente que no estoy distribuyendo una obra literaria «sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual», ya que el titular de esos derechos sobre esa obra mía soy precisamente yo, y no el novelista colombiano; en tal caso no puede haber delito de los arts. 534 bis a) y sgs., porque me estoy limitando a hacer uso del nombre: Gabriel García Márquez, contra la voluntad de éste, pero ni los nombres y apellidos constituyen una «obra literaria, artística o científica», ni consiguientemente existe sobre ellos derecho de propiedad intelectual alguno: en tal caso únicamente puede haber, como mantienen, con razón, Arroyo/García Rivas, *op. cit.*, pág.

C. Conclusión. Los derechos de explotación como bien jurídico protegido prioritariamente por los delitos contra la propiedad intelectual

De todo lo expuesto, y resumiendo, se sigue: *Todas* las conductas castigadas en los arts. 534 bis a) y sgs. afectan a los *derechos económicos* de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto («reproducción», «almacenamiento»)¹², bien de lesión («comunicación», «distribución»). Esta afirmación rige igualmente para el «plagio», que sólo es punible cuando supone un riesgo o menoscabo de los derechos de explotación, siendo irrelevante juridicopenalmente cuando no está destinado a ser distribuido ni comunicado públicamente. Por consiguiente, el ataque a los derechos personales —por ejemplo, la infracción del derecho de divulgación [art. 534 bis b). 1. b)]— únicamente se castiga en el caso de que vaya vinculado, al mismo tiempo, al riesgo o lesión de intereses patrimoniales. En cambio, la vulneración de derechos morales en, por así decirlo, estado químicamente puro¹³, es decir: sin trascendencia económica alguna, por ejemplo: del derecho del autor a retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, o del de acceder al ejemplar único o raro de la obra que se halla en poder de otro (art. 14, 6.º y 7.º LPI) no ha sido tipificada como delito por el legislador penal y sólo es constitutiva de un ilícito civil. Concluyo: Como los delitos contra la propiedad intelectual afectan *siempre* a derechos de explotación, y como las infracciones de derechos morales sin repercusiones económicas no constituyen *nunca*, por sí solas, conductas delictivas, de ahí que sea evidente que aque-

1995, delitos de falsedad (por faltar a la verdad sobre quién es el autor de un determinado libro) y de estafa (por engañar a los compradores, haciéndoles creer que adquieren una novela del Nobel colombiano).

¹² De ahí que no pueda plantearse la cuestión —aunque se la plantea la Circular núm. 2/1989, de 20 de abril, de la Fiscalía General del Estado, reproducida en *ADPCP* 1989, pág. 686; Delgado Porras, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, pág. 125; Quintero, en Quintero/Gómez Benítez, *op. cit.*, págs. 75 y sgs.; Polaino, *PJ* núm. especial IX, pág. 431; Ferré, *ADPCP* 1991, pág. 23— de un posible concurso entre, por una parte, el almacenamiento (e incluso la importación y exportación) y, por otra, el encubrimiento o la receptación: el almacenamiento de copias reproducidas ilegalmente no es un comportamiento postdelictivo (esto es, posterior a la consumación), sino que es, por el contrario y en sentido técnico, un acto preparatorio de la «comunicación» o «distribución» finales. Estas dos últimas conductas constituirían en un delito de estructura ordinaria las de consumación; pero como aquí estamos en presencia de uno con objeto plural inequívocamente ilícito, de ahí que el legislador, como hace en otros hechos punibles semejantes, haya optado por tipificar expresa y excepcionalmente los actos preparatorios, amenazando con una pena igual todas las fases del proceso que finaliza con la lesión del bien jurídico.

¹³ Con razón se refería Quintano, *Tratado III*, 2.ª ed (1978), pág. 605, «al ensamblaje de lo ético y lo económico que forzosamente ha de tener no poco de artificioso, siendo fuente de las máximas dificultades al tratar de precisarse los límites de tan heterogéneos valores, que en la realidad existencial se presentan indisolublemente unidos las más de las veces».

llos delitos se han creado para proteger *prioritaria-mente* intereses patrimoniales y sólo *secundaria y esporádicamente* los de índole personal¹⁴.

III. LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO SUPUESTOS DELITOS DE ACTIVIDAD

A. La circunstancia de que algunas de las modalidades de los delitos contra la propiedad intelectual están configuradas como de peligro abstracto, sin que sea requisito del tipo la producción de un perjuicio patrimonial, sin que sea requisito típico, por consiguiente y expresándolo con mayor rigor, la vulneración del derecho de explotación, ha hecho surgir la tesis de que nos encontramos ante delitos de actividad¹⁵, en los que, por ello, no sería imaginable ni la tentativa ni la frustración¹⁶.

Independientemente de que, como veremos más adelante, una cosa es el resultado material del delito y otra muy distinta la lesión efectiva del bien jurídico protegido, antes de tomar posición sobre esta cuestión quiero hacer algunas precisiones sobre lo que entiendo por delito de actividad.

B. A diferencia de los delitos de resultado, en los que se puede distinguir, al menos teóricamente, entre un comportamiento, un resultado y una relación de causalidad entre aquél y éste, en los delitos de actividad, en cambio —eso se dice—, no tiene sentido establecer o no establecer relación causal con resultado alguno, dado que tales delitos se agotan en un movimiento corporal. Así, *Mezger*¹⁷ escribe: «En los llamados delitos simples de actividad el tipo juridicopenal se agota en el movimiento corporal del

agente, sin exigirse “resultado externo”». Y *Baumann/Weber* argumentan que ellos no incluyen al resultado en su concepto de acción, porque «si así fuera el caso, entonces ese concepto de acción sería inidóneo para los delitos simples de actividad. Precisamente éstos [sc. porque no tienen resultado] nos obligan a extraer del concepto de acción el resultado del actuar»¹⁸.

Pero si existieran acciones consistentes en una mera actividad sin resultado alguno, si todo quedase reducido a algo que no trasciende del (o al¹⁹) sujeto, entonces ello tampoco podría perjudicar a nadie; y si no perjudica a nadie, no se entiende que legitimación puede tener entonces el Derecho penal para intervenir y sancionar. En realidad, los delitos de actividad no se caracterizan por que no producen un resultado, sino únicamente por que el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad. Decir que delitos tales como la violación o el allanamiento de morada consisten —y se agotan— en la actividad de acceder carnalmente a otra persona o de entrar en una morada ajena, supone una visión parcial que sólo contempla el acontecimiento desde la perspectiva del agente. Pero desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, esas actividades causan en el mundo exterior el resultado de una persona accedida carnalmente o de una morada invadida en contra de la voluntad de su morador, y es porque aquellas actividades *producen estos resultados* por lo que el Derecho penal interviene. Con otras palabras: Los delitos de actividad no se distinguen de los de resultado en que aquéllos no, pero éstos sí producen modificaciones en el mundo exterior: las dos categorías consisten en una actividad en relación de causalidad con un resultado, pero mientras

¹⁴ Con diferentes matices, y a veces vacilaciones, ésta es también la tesis que mantienen en lo esencial: Carmona, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, págs. 192-193, 196-197; la misma, *Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, págs. 338-339; la misma, *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por Cobo, tomo XIII: Propiedad industrial e intelectual. Libertad sexual Incendios forestales, Madrid 1991, págs. 127, 128-129; Delgado Porras, *Panorámica, Madrid, 1988*, pág. 117; Arroyo/García Rivas, *Comentarios. 1989*, págs. 1990-1991; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 8.ª ed. Valencia, 1990, pág. 305; Morillas, Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal, PJ núm. especial IX, pág. 423; Polaino, *Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual*, PJ núm. especial IX, págs. 426-427; Soto Nieto, PJ núm. especial IX, págs. 370-371, 382, 397.

¹⁵ Así, Carmona, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, 1988, págs. 348-349; Quintero, en Gómez Benítez/Quintero, *Protección*, 1988, págs. 30, 34, 113, 118, 119; Circular 2/1989 de la F. G. del E. ADPCP 1989, pág. 679; Vega Vega, *Derecho de autor*, Madrid, 1990, pág. 239: «El modo de describir las conductas del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual nos lleva a conformarlos como delitos formales o de simple actividad, sin que se requiera la producción de ningún resultado ulterior —esto es, daño o perjuicio moral o patrimonial—, para que pueda considerarse consumado el delito. La acción estará consumada, pues, cuando se haya ejecutado íntegramente alguna conducta básica prevista en la ley»; Ferré, *ADPCP* 1991, pág. 18 nota 36, pág. 26.

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, Carmona, *op. cit.*, pág. 349; Quintero, *op. cit.*; pág. 119; Circular de la F. G. del E. cit. *ADPCP* 1989, pág. 679.

¹⁷ *Strafrecht*, Ein Lehrbuch, 2.ª ed., Munich y Leipzig, 1933, pág. 97.

¹⁸ *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9.ª ed., Bielefeld, 1985, pág.

203. Cfr., además, Cobo/Nives, *Derecho penal, Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pág. 293, quienes estiman que «en los tipos [sc. de actividad] que no exigen una producción [sc. del resultado], la conducta típica se halla constituida exclusivamente por la objetivación de la manifestación externa de voluntad».

¹⁹ Mi concepto de comportamiento (cfr. Gimbernat, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, págs. 189/190 y *passim*) como «relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales» debe ser en parte corregido en el sentido que expongo a continuación. En prácticamente todos los comportamientos tipificados por el Derecho penal la relación con el mundo exterior consiste en incidir sobre éste provocando o permitiendo modificaciones. Pero a veces, y muy ocasionalmente, lo que el Derecho penal considera delictivos son comportamientos en los que lo que se castiga no es incidir sobre el mundo exterior, sino que el mundo exterior, a consecuencia de un movimiento o de un no-movimiento del sujeto, incida en éste. Así, cuando el sujeto pone en marcha mediante una actividad (comportamiento) que ondas sonoras o luminosas tengan acceso a través de sus sentidos a las zonas corticales de su cerebro, produciéndose las correspondientes percepciones sensoriales (resultado), que es lo que sucede en los comportamientos tipificados como delitos contra la intimidad o de descubrimiento de secretos; pues éstos consisten en que el autor, realizando las actividades de apoderarse de los papeles de otro (art. 497 CP), de interceptar comunicaciones telefónicas, o de utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido (art. 497 bis), obtiene percepciones sensoriales (*resultado*) que violan el secreto o la intimidad del sujeto pasivo.

Por consiguiente, amplío mi concepto del comportamiento (como presupuesto no normativo del delito) en el sentido de que la relación del sujeto con el mundo exterior puede consistir, además de en producir resultados en éste, también en que sea el mundo exterior el que produzca resultados en el sujeto.

que en las segundas es imaginable teóricamente —y en eso se distinguen unos de otros— la existencia de una distancia espacio-temporal entre movimiento corporal y resultado (por ejemplo: entre el envío del paquete bomba y la muerte de la víctima a consecuencia de la explosión) y, con ello, también posibles problemas (causales) sobre a qué actividad ha de ser reconducido el resultado, en los delitos de actividad, en cambio, el resultado *siempre* tiene lugar *simultáneamente* con la actividad desplegada por el agente, y, por ello, la constatación de la relación de causalidad entre acción y modificación del mundo exterior —que en estos delitos, exactamente igual que en los de resultado, es un elemento de tipo— nunca puede presentar problema alguno (¿qué duda puede haber de que el resultado: persona carnalmente accedida o morada allanada, fue causado precisamente por el sujeto que realizó la actividad de acceder carnalmente o de entrar en la vivienda ajena?).

C. Por todo ello, la frase de V. Liszt²⁰, frecuentemente criticada cuando no ridiculizada²¹, de que «los delitos que se cometen mediante la palabra hablada» tienen un resultado consistente en la «provocación de ondas en el aire y en procesos fisiológicos en el sistema cerebral de la víctima» no hace sino expresar con rigor cuál es el sustrato material (ontológico) que tiene que concurrir *necesariamente* para que un acontecimiento pueda ser desvalorado (normativamente), *como comportamiento*, por el Derecho penal. Después de haber expuesto en la 2.ª edición de su Lehrbuch su concepto de acción (§28)²², V. Liszt incluye su denostada frase que acabo de citar en un ulterior epígrafe (§29)²³ dedicado a estudiar el tema: «acción y resultado», y lo único que con esa frase quiere decir es —nada más, pero también nada menos— que todos los delitos —también los de actividad— tienen —y se castigan por— un resultado que causan. Si hubiera que criticar algo, ello sería que un siglo largo más tarde todavía haya autores que piensen que puede haber delitos sin resultado, desconociendo u olvidando las sabias palabras de V. Liszt: «Después de lo dicho, es absolutamente incorrecto distinguir entre delitos *materiales y formales*, incluyendo en los primeros a aquellos en los que se produce un resultado externo y en los últimos a aquellos en los que no es éste el caso»²⁴.

D. Los autores²⁵ que mantienen que la «reproducción» de ejemplares ilegales del art. 534 bis a)

es un delito de actividad porque, al no ser necesario perjuicio patrimonial alguno, lo que se castiga es una mera conducta sin resultado ulterior, confunden la lesión (*ideal*) del bien jurídico protegido —que en la simple conducta de reproducción no tiene lugar efectivamente, porque se trata de un delito de peligro abstracto— con el resultado *material* del delito que vaya si existe en el comportamiento que nos ocupa: el resultado es algo tan visible y tangible como las copias fraudulentas consecuencia de la actividad prohibida de reproducir.

Pero que la conducta típica de reproducir tenga un resultado tan fácilmente perceptible como lo son los ejemplares ilícitos no nos dice nada aún sobre si estamos ante un delito de resultado o uno de actividad; pues, como acabamos de ver, la diferencia entre una y otra categoría reside no en que uno produzca y otro no una modificación —ya que ambos la producen—, sino en si es imaginable una distancia espacio-temporal entre actividad y resultado. Y como, por una parte, la acción de apretar el botón o el mando a distancia que ponen en movimiento la fotocopiadora o la máquina duplicadora de videogramas o fonogramas, y, por otra, el resultado de esa acción, a saber: los ejemplares ilegales, no se producen simultáneamente, de ahí que estemos ante un delito de resultado y que, en consecuencia, sean concebibles tanto la tentativa como la frustración²⁶. Pues si el sujeto oprime el botón destinado a activar el mecanismo reproductor de la obra pirateada, y no obstante no se pone en funcionamiento porque se produce un corte de electricidad o porque la máquina sufre una avería, entonces es evidente que ha practicado *todos* los actos ejecutivos (oprimir el botón que deberían producir el resultado (las copias ilegales), fracasando por una causa ajena a su voluntad, y, con ello, es evidente también que estamos ante una —en sentido técnico— «frustración» de la conducta típica de «reproducir».

E. Por consiguiente y resumiendo: Los delitos contra la propiedad intelectual, incluso las modalidades que no exigen lesión efectiva de los derechos de explotación, se consuman con la producción de un resultado —algo que es común tanto a los delitos de actividad como a los de resultado— que no tiene por qué coincidir espacio-temporalmente con la actividad previa desplegada; por ello es imaginable —y punible— la realización de *todos los actos ejecutivos* con ausencia de resultado, es decir: es imaginable —y punible— la frustración.

²⁰ Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2.ª ed., Leipzig, 1884, pág. 108.

²¹ Por, entre otros: Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe I*, Tübingen 1930, pág. 161; Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962)*, pág. 525; Welzel, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, pág. 7; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3.ª ed., Berlin-Bonn-Munich, 1981, pág. 61; Bockelmann/Volk, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Munich, 1987, pág. 44. Cfr. también Eb. Schmidt, *Soziale Handlungslehre, Engisch-Festschrift*, Frankfurt a. M. 1969, pág. 343.

²² V. Liszt, *op. cit.*, págs. 104-107.

²³ *Op. cit.*, págs. 107-109.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 108 nota 1 (subrayados en el texto original).

²⁵ Referencias *supra* nota 14.

²⁶ Los delitos de actividad admiten la tentativa —realización de parte de los actos ejecutivos— pero no la frustración —realización de todos los actos ejecutivos—. Pues si en una violación, por ejemplo, el autor ha realizado todos los actos ejecutivos, entonces —necesariamente y al producirse la actividad simultáneamente con el resultado— ha accedido carnalmente a la víctima, consumando con ello el delito; y si no ha realizado todos los actos ejecutivos, entonces es que se encuentra todavía en el campo de la tentativa.

IV. AUTORIA Y PARTICIPACION EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A. Sobre la base de que los delitos contra la propiedad intelectual se exteriorizan, en ocasiones, mediante, por ejemplo, la imprenta u otras formas mecánicas de reproducción, *Quintero*²⁷, *Arroyo/García Rivas*²⁸, *Vega Vega*²⁹, *Boix*³⁰ y *Carmona*³¹ mantienen la tesis de que, cuando en un delito de los arts. 534 bis a) y sgs. se dan los presupuestos del art. 13 CP³², la responsabilidad por participación delictiva viene determinada conforme a lo previsto en el art. 15³³.

B. Esta tesis, que defiende la aplicabilidad sin excepciones del art. 15 a los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por alguno de los procedimientos a los que se refiere el art. 13, no puede convencer y debe ser sometida a las dos restricciones que expongo a continuación.

1. El art. 15 concentra la responsabilidad en quien «realmente... haya[n] sido [autor] del texto, escrito o estampa publicados o difundidos», y sólo cuando ese «autor real» no puede ser perseguido penalmente se abre la responsabilidad en cascada contra, respectiva y subsidiariamente, «directores de la publicación», «editores» y, finalmente, «impresores».

Por consiguiente, el art. 15 parte de que existe un autor que ha escrito un texto o ha dibujado una estampa delictivos, y cuando ello es así, la regulación del CP tiene su buen sentido, pues es evidente que el *principal responsable* de la infracción es precisamente el que ha concebido el escrito o el dibujo en cuestión, y que, a la vista de las dificultades que en estos supuestos plantearía la aplicación de las reglas generales de los arts. 14 y 16, es equitativo también que, al tener que elegir, sean el escritor o el dibujante —si es que es posible someterles a un procedimiento penal—, y no otros eventuales participantes, aquéllos sobre los que debe recaer la exclusiva responsabilidad criminal.

Como es sabido, el principal campo de aplicación de los arts. 13 y 15 son los delitos contra el honor (injurias, calumnias, desacatos), en los que, en efecto, existe siempre, por definición, una persona que

ha ideado el escrito o la estampa difamadores, y, por los mismos motivos y *en principio*, no existe inconveniente alguno en que esos artículos rijan también para el delito contra la propiedad intelectual consistente en un *plagio*, ya que en este último supuesto igualmente tiene que haber un autor que materialmente haya concebido la imitación delictiva.

En cambio, cuando la infracción contra la propiedad intelectual consista en una «reproducción» entran en juego las reglas generales de los arts. 14 y 16, quedando marginados los arts. 13 y 15. Y ello por las dos siguientes razones.

a) En primer lugar, porque en la «reproducción» delictiva, esto es: en la obtención no autorizada de copias, por ejemplo: en la publicación en un periódico de un artículo de carácter cultural sin el permiso del titular de la propiedad intelectual, ya no aparece evidente quién es el principal responsable de la infracción: ¿el que tuvo la idea de reproducir ilícitamente el escrito, la persona que ha obtenido el original del artículo, el director del periódico que ha ordenado su inserción...? Por eso, porque no existe una persona a quien atribuir la intervención *decisiva* en el delito, en tales casos deben entrar en juego las reglas generales, respondiendo penalmente todos aquellos que hayan participado objetivamente en el hecho punible: reproducción ilícita, siempre, naturalmente, que su contribución objetiva haya sido abarcada por el dolo³⁴.

b) Además y en segundo lugar, a la «reproducción» no le es aplicable el art. 15 porque *simplemente no se dan sus presupuestos*: ese precepto parte de que existe un autor-delincuente que ha injuriado, calumniado o plagiado, mientras que en la «reproducción» ilícita el autor real del texto no es un delincuente, sino todo lo contrario: es precisamente la víctima del delito que ve cómo publican sin su autorización su obra intelectual.

c) Por consiguiente y resumiendo: Sólo el plagio, pero no la reproducción, es susceptible de regirse por las reglas excepcionales de los arts. 13 y 15.

B. Pero ni siquiera todo plagio está sometido a esas reglas. Lo está únicamente la imitación fraudulenta que se publica como artículo en un producto que, como lo pueden ser un periódico o una revista,

²⁷ Véase *op. cit.*, págs. 115 y sgs.

²⁸ Cfr. *op. cit.*, pág. 1991.

²⁹ Cfr. *op. cit.*, págs. 197 y sgs. (pág. 197: «la fórmula contenida en el art. 15 del CP» determina «el mecanismo mediante el cual se produce esta transmisión de responsabilidad, en los supuestos que sea aplicable por tratarse de infracciones contra el derecho de autor cometidas por la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad»)

³⁰ Véase *op. cit.*, pág. 942: «... siendo de aplicación el sistema específico del art. 15, o el general, según los casos».

³¹ Véase *Comentarios XIII*, dirigidos por Cobo, 1991, pág. 141: «... el régimen específico de responsabilidad establecido en este artículo [sc. en el 15 CP] operará cuando proceda»

³² Que dispone: «Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. De dichas infracciones responderán criminalmente sólo los autores».

³³ Que dispone. «Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior solamente se reputarán autores de las infracciones men-

cionadas en el artículo 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuvieren exentos de responsabilidad criminal, con arreglo al artículo 8.º de este Código, se reputarán autores los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados. En defecto de éstos, se reputarán autores los editores, también conocidos y domiciliados en España y no exentos de responsabilidad criminal según el artículo anteriormente citado, y, en defecto de éstos, los impresores. Se entiende por impresores, a efectos de este artículo, los directores o jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado o publicado, por cualquier otro medio, el escrito o estampa criminal».

³⁴ Esa exigencia del dolo, por aplicación directa del llamado principio de culpabilidad recogido, entre otros, en el art 1 CP, rige también, naturalmente y por lo demás, para la responsabilidad en cascada del art. 15: la responsabilidad subsidiaria sólo es posible si, además de reunir en sus personas la condición de, respectivamente, directores, editores o impresores, éstos conocían el carácter delictivo del escrito o estampa publicados. (Así, con razón, la más reciente doctrina del TS: cfr., por todas, la sentencia de 4 de octubre de 1988, A. 7659).

en todo lo demás tiene perfecta cobertura legal, y que, por ello, no puede ser considerado *in totum* como «copia ilícita» en el sentido de, por ejemplo, el art. 534 bis b). 2 a); pero cuando el delito contra la propiedad intelectual *se manifiesta como delito con objeto plural inequívocamente ilícito*, es decir: cuando tiene como objeto material copias *íntegramente* plagiarias o ilegalmente reproducidas, entonces el art. 534 bis a) deroga tácitamente al art. 15 —rigen, por consiguiente, los arts. 14 y 16— y establece, *además*, unas reglas específicas de responsabilidad en virtud de las cuales se aplican las penas correspondientes al autor no sólo a los ejecutores materiales de la impresión de libros, videogramas o fonogramas plagiarios o reproducidos sin autorización, sino también a quien los «distribuye» [art. 534 bis a) párrafo primero], esto es: pone a disposición del público los ejemplares previamente impresos, o los importa, exporta o almacena [art. 534 bis a) párrafo segundo].

Lo mismo rige, por lo demás y aunque hayan sido cometidos, por ejemplo, mediante la imprenta, para otros delitos con objeto plural inequívocamente ilícito: así, para la *impresión* de monedas falsas, donde el régimen no es el de los arts. 13 y 15 —porque en ese caso, y en contra de lo dispuesto en los arts. 283 y 314, sólo respondería, en principio, el que dibujó la «estampa» del billete falsificado—, sino el de los arts. 14 y 16, estableciéndose también reglas específicas de responsabilidad³⁵, entre otras razones porque la falsificación de moneda, como la impresión de copias ilegales de obras literarias, artísticas o científicas, se suele llevar a cabo en plantas clan-

destinas, donde no existen —ni por ello tiene sentido hablar de— directores de publicación o editores.

C. De todo lo expuesto, y resumiendo, se sigue: En los delitos contra la propiedad intelectual los arts. 13 y 15 sólo son aplicables a algunos casos de plagio y nunca a la reproducción. Cuando el delito tiene por objeto copias íntegramente plagiarias o ilícitamente reproducidas, entonces, a pesar de que se ha utilizado «la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción», la responsabilidad criminal viene determinada por los arts. 14 y 16 y por las reglas específicas del 534 bis a) que impone una pena unitaria, además de a los impresores, a los que distribuyen, importan, exportan o almacenan.

V. EPILOGO

Para progresar —y la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual supone un progreso frente al Derecho derogado— el legislador a veces tiene que reformar, y toda reforma significa entrar en una etapa de inseguridad jurídica en la que faltan criterios de referencia, porque la jurisprudencia y la doctrina científica anteriores o han dejado de ser aplicables o sólo lo son en parte, y porque los nuevos preceptos traen consigo nuevos problemas hasta entonces desconocidos. El presente trabajo pretende dar —o, al menos, iniciar— una solución a algunos de esos nuevos problemas, y contribuir así a la seguridad jurídica y, con ello, al afianzamiento de uno de los valores básicos de todo Estado de Derecho.

³⁵ El art. 314 CP, aplicable al Título III («De las falsedades») del Libro II (por consiguiente y también al ejemplo con el que estamos operando de la *impresión* de billetes falsos), dispone lo siguiente: «El que fabricare, introdujere o facilitare cuño, sello, marca, signo, dibujo, filigrana, papel filigranado, tinta especial o cualquier otra clase de sustancias, materias útiles, máquinas o instrumentos destinados conocida o exclusivamente a las falsificaciones de que se trata en este título, será castigado con las mis-

mas penas señaladas a los falsificadores». [Este art no recoge un inconstitucional delito de sospecha si, de acuerdo con el principio del TC (sentencia de 8 de junio de 1988) de «conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución», se entiende en el sentido de que las conductas previstas en el art. 314 han de estar dirigidas dolosamente a prestar una colaboración *efectiva* en una falsificación].

Máquinas tragaperras y arrendamiento de local de negocio

José M. RODRIGUEZ TAPIA

La sentencia de 21 de febrero de 1991, de la Sala 1.ª del TS¹, puede suponer, a menos que una segunda la contradiga^{1 bis}, el cierre de una controversia² judicial y legal que se ha extendido por España en los últimos años y que se ha caracterizado por la ausencia de una uniformidad de criterios preocupante para los empresarios del sector de hostelería, que se han dirigido a la Fiscalía general solicitando la adopción de medidas e instrucciones para unificarlos y saber a qué atenerse³.

La mencionada sentencia de 21 de febrero de 1991 resolvía entre otras la cuestión de si instalar unas máquinas de las llamadas tragaperras en un establecimiento de hostelería implica subarriendo o traspaso parcial del local de negocio en favor de un tercero, la llamada empresa operadora (en términos de la regulación administrativa, cuya última redacción se contiene en el R.D. de 27 de abril de 1990, Reglamento de máquinas recreativas y de azar). Dice el TS que su propia doctrina sentada sobre el subarriendo, esto es, que no se exige el carácter permanente de la ocupación del local y la introduc-

ción de un extraño en la relación arrendaticia, bastando con acreditar que una tercera persona usa el local arrendado en provecho propio, no es aplicable al caso: «... aunque en su misma literalidad sean exactas no cabe, en una línea de elemental razonabilidad, aplicarlas al caso de autos para que por la mera circunstancia de que efectivamente está instalada una máquina tragaperras, y al margen de reconocer que la propiedad o los beneficios derivados pueden ser de otra tercera persona distinta al arrendatario, se concluya que se ha producido una auténtica cesión por introducción ilegal de un tercero en la explotación del local de negocio». Concluye el Tribunal que «dentro de un entendimiento de una justicia razonable, (no) se puede alcanzar tal conclusión jurídica, lo que sería un despropósito que, incluso, podría hasta impedir o frustrar la explotación normal de un negocio de hostelería, por la mera realidad de que por parte del arrendatario se hubiese instalado cualquier artefacto, instrumento o instalación usual para el desempeño de un cometido o actividad empresarial, por el simple dato de que tal artefacto fuese de la pertenencia de una tercera per-

¹ Ponente: D. Luis Martínez-Calcerrada.

^{1 bis} Al estar en imprenta este trabajo, he tenido noticia (fragmentaria) de una sentencia del TS, de fecha 10 de octubre de 1991, que parece contradecir la mencionada de 21 de febrero de 1991. El Tribunal Supremo considera admisible la resolución por subarriendo porque el arrendatario ha traspasado el límite de lo razonable, por tanto no amparable por la «justicia razonable» que alegaba el ponente de la Sentencia de febrero pasado.

El TS considera que instalar cinco máquinas en un local es subarriendo lo que puede ser discutible de acuerdo con las tesis de este trabajo. Si el tercero no participa de la explotación global del local, ya sea por título parciario o societario, no hay propiamente subarriendo. Lo que hay es cambio de destino del local, pues como bien dice la STS de 10 de octubre de 91 las tragaperras han dejado de ser complementarios o accesorios en el negocio. El Supremo, al estimar la resolución por subarriendo, está supliendo la carencia de la LAU y de su aplicación jurisprudencial, que no estima explícitamente que el cambio radical de negocio vaya contra el art. 1.555.2 CC, contumazmente declarado inaplicable, y sea causa de resolución. Como ya he dicho, la calificación de subarriendo sería correcta, a mi entender, si las tragaperras son el único negocio, mercancía o servicio que dispensa ese local al público (ver a este respecto el punto número 7, *in fine*, de este trabajo).

Reproduzco a continuación el Fundamento Jurídico de esta sentencia, que añado a nuestro estudio:

«El último de los motivos denuncia infracción del artículo 114-2.ª y jurisprudencia que lo interpreta. El problema se reduce a determinar si la colocación de máquinas conocidas como tragaperras en un local arrendado sin permiso del arrendador y pertenecientes a distinto dueño, comporta un subarriendo inconstituido. Es correcta la cita de jurisprudencia de esta Sala según la cual se produce subarriendo cuando, aún parcialmente, un tercero ajeno a la relación arrendaticia y sin autorización del arrendador, usa en su provecho el local arrendado en connivencia con el arrendatario, sin que sea precisa la presencia física de aquél. También es cierto que esta Sala, en una *sentencia de 21 de fe-*

brero de 1991, ha declarado que la colocación de una máquina en local arrendado cuyos beneficios puedan ser de tercera persona "en algún caso, dentro del entendimiento de una justicia razonable", no puede entenderse como cesión por introducción ilegal de un tercero en la explotación. Tal conclusión jurídica, dice la sentencia, "podría hasta impedir o frustrar la explotación normal de un negocio de hostelería". Por ello, en aquel caso no se dio lugar a la resolución. *Para decidir, el presente caso, esta Sala no permanece ajena a la realidad social que manifiesta la existencia generalizada en locales de negocio de máquinas y servicios de diverso tipo (tabaco, teléfonos, dulces, juegos, apuestas, etc.) pertenecientes y explotados por distinto dueño. Tiene presente que dichos elementos extraños al contrato contribuyen o complementan lo necesario para un moderno desarrollo de la actividad comercial. Pero debe evitar que este criterio tolerante ampare a supuestos en los que las máquinas o servicios, por su entidad, lleguen a desnaturalizar el objeto y el carácter del arrendamiento, a alterar la actividad económica del negocio por no ser proporcionados al resultado del mismo. Y en el caso de autos es inconcuso que las máquinas tragaperras son cinco en el local de cien metros y 70.000 pesetas de renta y que su rendimiento superará con creces los límites que permiten calificar su presencia como elementos auxiliar o complementario. Por ello, procede dar lugar al motivo»*

² Sobre esta materia vid. García López. Las máquinas recreativas y de azar, conocidas por «máquinas tragaperras» como causa de resolución de arrendamientos urbanos. La Ley, núm. 2.616, 13 de noviembre de 1990. Farres Gilbert: La instalación en locales arrendados de máquinas recreativas y la resolución del contrato de arrendamientos. La Ley, núm. 2.791, 19 de julio de 1991.

³ Por ejemplo, en carta dirigida al Fiscal Jefe de Valladolid el Presidente de la Cámara de Comercio e Industria de aquella ciudad afirma que «esto, sin duda, produce inseguridad jurídica, desigualdad de trato que provoca fragmentación de la unidad de mercado, e indelensión, pues hay empresarios que tenían máquinas de buena fe, convencidos de estar dentro de la ley, y sin previo aviso, ahora pueden ser desahuciados. Solicita además una norma reglamentaria que interprete y aclare el art. 22 LAU.

sona y que participase ésta en los beneficios de tal funcionamiento por lo que, se insiste, ello no es atendible en la dispensa de aquella justicia razonable...».

La citada resolución puede que haya cerrado la cuestión y que sienta una línea jurisprudencial estable, pero el hecho es que numerosísimas sentencias de las Audiencias españolas han resuelto en los últimos cinco años, en sentido completamente opuesto, condenando al desahucio por estimar que la instalación de las máquinas recreativas supone un subarriendo parcial del local de hostelería e invocando precisamente la jurisprudencia del TS en materia de subarriendos, de manera especial y reiterada, dos ideas decisivas: la cesión del disfrute del local a un tercero no implica necesariamente la ocupación material y permanente por éste⁴; y la introducción de efectos de un tercero, efectuada por virtud del título que sea, incluso gratuito, si le proporciona beneficio al tercero implica introducción del mismo en el contrato de arrendamiento, lo que requiere autorización escrita y expresa del arrendador⁵. Debemos dar respuesta a la supuesta contradicción de criterios jurisprudenciales o estimar, si no conseguimos salvarla, que el TS, con la sentencia de 21 de febrero de 91 ha comenzado una nueva línea interpretativa del artículo 22 LAU, apartándose de su anterior doctrina.

Por otra parte, las sentencias de Instancia y Audiencias que han estimado la resolución por calificar la instalación de las tragaperras como un supuesto de subarriendo parcial del local, han utilizado con mucha frecuencia el fundamento de la equidad, con base en el art. 3.2 del CC, llamada a solucionar el desequilibrio de las prestaciones en el contrato de arrendamiento, producido por las inesperadas ganancias obtenidas por el arrendatario y el tercero con dichas máquinas. Estas dos razones, asociadas o encadenadas a mi juicio con poca fortuna, serán objeto de crítica más adelante, si bien ponen de manifiesto la reacción que algunos tribunales se sienten obligados a tener ante un contrato que ha tenido unos riesgos o venturas inesperados. Que los tribunales tengan que alterar el riesgo contractual no es sólo discutible. Lo que ocurre es que la igualmente reiterada jurisprudencia sobre el art. 114 LAU es asimismo pertinaz: las causas de resolución son tasadas y cuando han estimado, por razones de justicia material, la pretensión del arrendador, debían ser congruentes con su petición: resolver el contrato por subarriendo inconstituido, lo que, como hemos visto, ha sido rechazado por el propio TS.

Enfrente, las sentencias que han desestimado las demandas de resolución, para salvar la doctrina legal sobre el subarriendo, han utilizado un criterio escurridizo y peligroso, como en cierto modo ha hecho el propio TS: el argumento sociológico. La realidad social aparece como criterio decisivo para adaptar el contrato de arrendamiento a las modas y hábitos actuales. Hoy en día está extendidísima la costumbre de instalar máquinas tragaperras en los establecimientos hoteleros. Resolver los contratos por di-

cha instalación sería oponerse a la realidad social imperante y poner en peligro el sector hotelero, pues al día siguiente miles de arrendatarios de bares podrían ser desahuciados. De mayor peso me parecen a mí los otros argumentos desestimatorios igualmente repetidos por los tribunales españoles, esto es, negar la introducción del tercero por el hecho de la ajena pertenencia de las máquinas y limitar el alcance de la instalación y explotación de la máquina tragaperras como negocio complementario del principal (como la máquina de tabaco, de discos o el teléfono público) que constituye un elemento legítimo de atracción y de captación de clientela.

De manera que ni la cuestión es pacífica ni los argumentos utilizados por los tribunales para estimar o desestimar la resolución del contrato son del todo afortunados pues son de doble filo y se pueden volver contra la argumentación pretendida, como veremos. Conviene no dejar de lado, en este estudio de las resoluciones judiciales de Instancia y Audiencias, la crítica que igualmente merecen las pretensiones formuladas por los abogados. Salvo contadísimas excepciones, las demandas colocan a los jueces en una situación francamente irrazonable pues no les dejan salida ni un punto intermedio donde se realice mejor la justicia material del caso y la aplicación flexible de una ley que no lo es. Si a la petición de los arrendadores de resolución añadieran una supletoria petición de elevación de renta por cambio parcial de destino, cuya alegación podría ser construida fácilmente en los fundamentos de la demanda (el bar en cuestión ha pasado a ser un negocio mixto de hostelería y recreativo), la respuesta del juez podría ser gradual y no debería constituir, como de costumbre, un irrazonable órdago entre el blanco y el negro, por exigencias del principio de congruencia, cuando la cuestión dista de ser diáfana.

Aunque ya anticipo mi opinión contraria a estimar que la instalación de las máquinas tragaperras constituya un subarriendo o traspaso parcial, como no se vea acompañado de un contrato de cuentas en participación⁶, societario⁷ o parciario con la empresa titular de la máquina, en que ésta participe de un porcentaje de los ingresos, no de la máquina, sino del bar o local, creo que el conjunto de intereses del contrato de arrendamiento se ha visto afectado por esta actividad adicional del arrendatario y será razonable atender al arrendador, que puede sufrir consecuencias fiscales indeseables. Así, aunque no soy partidario de admitir la calificación de subarriendo, creo que es protegible el interés fiscal del arrendador y, en cierta medida, es exigible a su contratante que despliegue una conducta no prevista en el art. 22 LAU, pero sí en las normas generales sobre contratos, aplicables, a mi juicio, a todos los contratos, aunque dispongan de legislación especial.

Partamos del supuesto recurrente en todos estos casos:

Por un contrato de arrendamiento, anterior a 1985, pero no siempre muy antiguo, se cede un local de

⁴ Se cita reiteradamente la STS de 25 de enero de 1988. En los hechos antecedentes, la sociedad arrendataria cambiaba al admitir un nuevo socio.

⁵ Invocando las sentencias del TS de 21 de diciembre de 1962, 2 de noviembre de 1963 y 27 de noviembre de 1963.

⁶ En contra STS 23 de noviembre de 1971, porque considera que el participante no arrendatario no posee en local arrendado.

⁷ Vid. STS 18 de octubre de 1989 entre las recientes.

negocio para explotación de un bar. A partir de 1977 y con la legalización del juego, el arrendatario instala una o varias máquinas tragaperras de forma temporal o duradera, cuando ha visto que ingresa una recaudación importante y es rentable.

La recaudación de las máquinas es compartida por el arrendatario del bar con la empresa operadora o la propietaria de la máquina. Al conocer esta circunstancia, así como el reparto de ingresos cuantiosos, los arrendadores instan la resolución por introducción de un tercero en el arrendamiento.

Variantes al tipo básico son:

- a) el arrendatario actual recibió el local en traspaso, autorizado por el arrendador, existiendo ya en ese momento máquinas en el local⁸;
- b) el arrendatario actual lo es desde hace mucho tiempo y (alega que) ha tenido siempre futbolines, billares y máquinas de juego, sabiéndolo el arrendador y no manifestando oposición alguna;
- c) el arrendador ha jugado con las máquinas tragaperras⁹;
- d) el arrendatario realiza obras simultáneamente a instalar las máquinas;
- e) el arrendatario realiza las obras precisamente para instalarlas, cambiando su configuración.
- f) el arrendatario, con o sin obras, destina el bar a local de juegos.

Las variantes antedichas nos presentan problemas tan distintos como el posible consentimiento tácito del arrendador a la instalación, las obras efectuadas en el local y el cambio parcial o total de destino del local. En ninguno de los tres casos es decisiva la calificación del subarriendo o introducción del tercero, pues constituyen causas autónomas de resolución o de elevación de renta.

Los tribunales inferiores, e incluso el TS, se han decantado por la resolución cuando la instalación de las máquinas conllevaba obras o la administración del juego por un tercero (STS 17-11-84 y 17-5-86, supuestos de bingo administrado por una empresa de servicios, no arrendatario). Por el contrario, algunos jueces han denegado la resolución, a pesar de la exigencia del art. 22 LAU de autorización expresa y escrita, cuando el propietario conocía la existencia de las máquinas, pero más por exigencias de la buena fe y los actos propios, que por admitir la eficacia

⁸ Según la Audiencia de Valladolid, en sentencia de 26 de diciembre de 1989, no hay derecho a la resolución cuando ya existían las máquinas tragaperras antes del traspaso, aunque fueran distintas en el manejo, pero igualmente de propiedad ajena. Sin embargo, para la propia Audiencia vallisoletana la equiparación entre antiguas y nuevas máquinas es discutible (sentencia 29 de noviembre de 1990).

Esto contrasta con las resoluciones del Tribunal Constitucional de 7 y 27 de noviembre de 1990, no admitiendo sendos recursos de amparo, por considerar la demanda carente de contenido constitucional, pues los hechos invocados para alegar desigualdad de trato judicial no son análogos y la resolución fue motivada. El recurrente alegaba consentimiento tácito del arrendador a la instalación de las máquinas, pero el TC diferencia el supuesto en que las máquinas estaban instaladas o no al comenzar el arriendo. El TC considera adecuado que el Tribunal haya dado un trato diferente cuando el arrendador no conocía la normativa de las máquinas que obligan a ser explotadas directamente por la empresa operadora.

de un consentimiento tácito en materia de subarriendo. Otros tribunales, por el contrario, consideran indiferentes dicha circunstancia siempre y cuando el arrendador no conocía la normativa y el alcance de la instalación.

Veamos uno por uno los principales argumentos que se han manejado para estimar o desestimar la resolución del contrato.

1. EL TERCERO USA Y DISFRUTA PARTE DEL LOCAL ARRENDADO

- a) El uso del local por el tercero pone de relieve la cuestión posesoria, que ha sido, sin embargo, la mejor defensa que han encontrado los demandados, al alegar que mantienen la posesión exclusiva de todo el local.

Ligado a la idea de accesoriidad de la máquina dentro del local de hostelería, se ha sostenido que el arrendatario sigue manteniendo la posesión exclusiva del local¹⁰, después de instaladas las máquinas, sin compartirla en absoluto con el tercero, que se niega haber introducido en el local. Para Farres Gibert¹¹, éste es el criterio de distinción y la razón fundamental por la que no debe apreciarse subarriendo en la instalación de tragaperras: «... en estos casos no existe ningún señorío o potestad sobre el local por parte de la empresa operadora o por la propietaria de las máquinas; ésta se desprende de la posesión de las mismas y la transmite al arrendatario que es el que en todo momento conserva intacto el poder de decisión sobre el uso y disfrute del local o parte del mismo... Podrá argumentarse por los partidarios de la resolución, que el arrendatario está obligado a permitir la entrada de los empleados de la empresa operadora... y que ello supone la presencia física en el local de terceros que usan del mismo. Entendemos que esta situación carece de entidad suficiente por ser la presencia meramente ocasional, esporádica y, en cualquier caso, dentro de los llamados actos meramente tolerados que no afectan a la posesión (art. 444 CC)».

En contra de esta posesión exclusiva, que descartaría el subarriendo, se ha alegado la jurisprudencia del TS para la cual no es necesaria¹² la ocupación material¹³ por el tercero, para considerarlo introdu-

⁹ La Audiencia de Valladolid dice que el hecho de que el arrendador haya jugado con la máquina no implica consentimiento tácito sino conocimiento de su instalación. Al desconocer la normativa de tragaperras es normal que no hiciera objeción alguna (sentencia 28 de septiembre de 1990).

¹⁰ Sentencias del JPI de Valladolid de 16 de enero de 1990 y 19 de diciembre de 1990; SAT La Coruña de 7 de marzo de 1988 y de SAT Zaragoza de 19 de abril de 1988. Para esta última es esencia del subarriendo la transmisión a un tercero de la posesión inmediata de todo o parte del local de negocio. Por eso, la cuestión es determinar quién tiene la posesión inmediata de las máquinas y local.

¹¹ Farres Gibert. La instalación en locales arrendados de máquinas recreativas.

¹² SAP Valladolid de 29 de julio de 1989 que sigue la citada STS de 25 de enero de 1988.

¹³ En cambio la STS de 2 de noviembre de 1963, que considera subarriendo la introducción de enseres para su custodia, considera contrario a las leyes de la física afirmar que el uso compartido por tercero y arrendatario no requiere ocupación.

cido en el local. Curiosamente esta idea, contenida en la doctrina legal sobre el subarriendo, ha servido tanto para estimar como para descartar el subarriendo. Así mientras unos tribunales han considerado irrelevante el espacio material ocupado por las máquinas y su número ¹⁴, otros tribunales han considerado que tan irrelevante es la cuestión de la ocupación material, que de lo que se trata es de que el titular del bar lo que aporta a la explotación de la máquina tragaperras no es su espacio o local, sino su clientela ¹⁵, bien inmaterial ganado con el esfuerzo del arrendatario.

Estando de acuerdo con esta última idea expresada por algunos jueces, creo que debemos intuir que la cuestión decisiva no es tanto posesoria o jurídico-real como la trascendencia contractual que tiene la nueva modalidad de explotación extendida por toda España y no prevista en muchos contratos de arrendamiento.

b) También se alega que el tercero disfruta del local arrendado y que obtiene provecho o ganancia ¹⁶. Esto significa introducción del tercero en el local, si nos atenemos literalmente a reiterada jurisprudencia.

Sin embargo, si debemos entender que la obtención de ingresos y de beneficios por terceros, distintos del arrendatario, como consecuencia de las actividades desarrolladas en el local del negocio, suponen subarriendo sometido a autorización escrita y expresa del arrendador, una de dos, o estamos diciendo al arrendatario que deben consultar al arrendador antes de contratar con proveedores y fabricantes, o estamos desconociendo por completo el sistema de nuestro mercado de comercios y negocios minoristas, cuyas recaudaciones inevitablemente revierten de forma indirecta en los terceros que le proveen de mercancías. Que la venta de mercancías y servicios suponen ingresos y provechos para terceros es tan corriente e inevitable como inadmisibles es, a mi juicio, calificarlo de causa de resolución por no haber sido autorizado por el arrendador. El arrendatario es muy libre de llevar su negocio a su mejor entender y se proveerá y pagará a terceros que le suministren su «mercancía» sin estar sujeto a autorización. Lo contrario sería admitir que el negocio o empresa lo lleva el arrendador.

¹⁴ Sentencias de Audiencia de Valladolid de 13 de septiembre de 1990, 29 de noviembre de 1990 y 28 de septiembre de 1990.

¹⁵ «El arrendatario aporta el espacio físico y sobre todo las expectativas de clientela. La aportación del espacio no es la aportación nuclear del arrendatario, siendo el espacio físico irrelevante, careciendo por sí mismo de aptitud para constituir causa del contrato» (sentencias JPI Valladolid 16 de enero de 1990, 19 de diciembre de 1990 y 9 de enero de 1991).

¹⁶ Lo prohibido en el subarriendo es el aprovechamiento, ventaja o beneficio del tercero (sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

¹⁷ El JPI de El Ferrol no estimaba probada la propiedad que alegaba el demandado (sentencia 26 de mayo de 1987); la Audiencia de Valladolid no considera probado el arrendamiento de la máquina (SAP. 16 de diciembre de 1989). La misma Audiencia considera que sólo la empresa operadora puede ser propietaria a tenor de la regulación administrativa; la sentencia de 19 de diciembre de 1989, de dicha Audiencia, considera imposible legalmente la cesión en arrendamiento de la máquina. (Me extraña que un Reglamento pueda prohibir a un propietario un acto de arriendo). Para el JPI de Valladolid, que no resuelve el con-

2. EL TERCERO INTRODUCE MERCANCIAS EN EL LOCAL

Se ha considerado decisivo por algunos tribunales el dato extraído de la regulación administrativa y no derribado por afirmaciones en contra ¹⁷, de que las máquinas recreativas introducidas en el local de hostelería son propiedad de la empresa operadora.

De esta titularidad dominical se ha deducido, invocando la jurisprudencia que considera subarriendo la introducción de efectos de un tercero en el local, que se está subarrendando en parte el mismo. Creo, sin embargo, que la jurisprudencia ¹⁸ invocada contemplaba supuestos bien distintos que pudieran justificar sus tesis.

De manera reiterada se invocan las sentencias de 2 de noviembre 1963 y 27 de noviembre de 1963, en cuyos hechos antecedentes, el arrendatario brindaba parte del local para el depósito y guarda de enseres ¹⁹ de comerciantes que actuaban fuera del mismo de forma esporádica (churrería y puestos callejeros). La rigurosa decisión del TS en ambos casos, pues admitía el desahucio, estimando provecho de tercero, tiene no obstante una explicación que la diferencia con el caso que estudiamos. El depósito y guarda de enseres ajenos no reportaba beneficio alguno al arrendatario (como no fuera el pago del depósito pero el arrendatario no utilizaba dichos bienes en su negocio).

Todo lo contrario ocurre con la tragaperras, que utiliza en su local y de las que obtiene una recaudación compartida con el tercero. De igual manera, el arrendatario utiliza en la explotación de su local de negocio bienes y enseres de pertenencia ajena, que tiene alquilados, los ha adquirido en *leasing* ²⁰ o bajo reserva de dominio y no por este dato de la propiedad ajena, vamos a considerar a los terceros propietarios «introducidos en el local», como sinónimo de subarrendados.

Prohibir al arrendatario o someter al permiso escrito del arrendador la utilización de bienes ajenos en su negocio sería bloquear la iniciativa empresarial y desconocer que en toda actividad de empresa, las operaciones y el negocio se desensuelven, en parte con recursos y bienes propios ²¹, en parte con recursos y bienes ajenos.

trato, a diferencia de las anteriores decisiones, es indiferente la naturaleza jurídica del contrato que vincula al propietario de las máquinas con el arrendatario

¹⁸ Si leemos con detenimiento la tantas veces invocada STS 2 de noviembre de 1963 para resolver el arrendamiento, el subarriendo es autorizado cuando se introduce un tercero «mediando consentimiento del arrendador o disposición legal que lo justifique...». En este caso conciliaríamos la doctrina legal sobre el subarriendo con la regulación administrativa que exige que la propiedad de la máquina sea de un tercero, no del arrendatario del bar o cafetería. Esta «introducción», caso de serlo, estaría justificada por disposición reglamentaria.

¹⁹ No obstante, la jurisprudencia sobre guarda de enseres ajenos es oscilante. Vid. entre otras las sentencias de 23 de febrero de 1967 y 25 de mayo de 1968.

²⁰ «... estimaríamos causa de resolución en caso de que las máquinas del bar fueran arrendadas o en *leasing*...» (sentencia JPI Burgos 4 de marzo de 1989).

²¹ No toda operación del minorista se realiza mediante el contrato estimatorio, según el cual se transmite la propiedad al comerciante, en opinión común.

No es verosímil ni realista dicha conclusión. Además, puede salvarse la aparente contradicción con la doctrina jurisprudencial sobre introducción de bienes ajenos y la irrelevancia de este dato probablemente, demuestra que no es jurídico-real el auténtico problema que plantea la instalación de máquinas en el local arrendado.

3. LA EQUIVALENCIA DE PRESTACIONES HA SIDO QUEBRADA ²²

Planteada la cuestión, más correctamente a mi entender, en el plano contractual, se ha argumentado por los tribunales que han estimado la resolución, que las ganancias adicionales y considerables obtenidas por los arrendatarios, así como que un tercero obtenga un beneficio del que nos participa el arrendador alteran la ecuación ²³ y produce una quiebra de la equivalencia de las prestaciones, imprescindible en todo contrato oneroso. Se suele decir que de haber sabido que el arrendatario iba a obtener tan importantes ingresos, el arrendador habría fijado otra renta, lo que equilibraría las prestaciones.

Dichas argumentaciones plantean dos objeciones muy serias, en mi opinión, para ser admitidas, presentadas en dos planos: una, que deba haber equilibrio entre renta del local e ingresos del arrendatario; otra, que la vía para solucionar el hipotético desequilibrio sea la resolución por subarriendo.

No creo que sean términos de comparación (contraprestación) del alquiler pagado por el local, los ingresos y beneficios obtenidos por el arrendatario ²⁴. Por dos razones: creo que la contraprestación es el uso del local, sus características, su emplazamiento dentro de la ciudad y en el sector económico de que se trate ²⁵ (si su tipo es único o, por el contrario, si está cerca o rodeado de locales de negocios competidores). Me atrevería, pues, a afirmar que la renta que paga un arrendatario por un local es peque-

ña o ínfima sólo en comparación con lo que pagan sus competidores, en locales y emplazamientos análogos ²⁶. Pero me resulta difícil afirmarlo porque el arrendatario es avisado, tiene suerte o trabaja mucho y obtiene importantes beneficios con su negocio ²⁷.

Admitir que el juez puede resolver un arriendo porque la renta es muy inferior ²⁸ a los ingresos mensuales es gravísimo, o es reconocer una planificación judicial de la economía que choca de frente con el libre mercado. De admitir la bondad de dicha idea, podríamos establecer a priori un tope de ingresos o beneficios a obtener por cada arrendatario, en proporción a la renta que paga por su local. Dicha planificación uniformaría de tal manera los negocios que seguramente retraería la actividad empresarial. En mi opinión, además, castiga al comerciante que trabaja mucho y bien, con el peligro de la resolución y favorece al mal comerciante, que no tiene las simpatías de la clientela.

No obstante, no sería ilícito que el arrendador estipulase una renta proporcional a los ingresos del arrendatario, pero dicha paridad o las cuentas en participación deben pactarse. De existir un precio fijo en el arrendamiento, es riesgo y obligación del arrendatario que dicha renta suponga la cantidad más pequeña posible en su cuenta de explotación. No olvidemos que se alquila un local *de negocio*. Como riesgo que es, no podrá el arrendatario pagar menos renta de la pactada cuando las cosas vayan mal o sus ingresos sean menos de los esperados.

Pero, por otra parte, admitiendo que hubiera un desequilibrio entre las prestaciones, el Derecho español ofrece medios excepcionales y expresos para restaurar el equilibrio perdido: la revisión del contrato ²⁹, la revisión de renta ³⁰ y la rescisión por lesión ³¹. Siendo aplicable a los arrendamientos urbanos únicamente la segunda, parece sorprendente que los jueces hayan estimado una resolución por subarriendo cuando considera que se alteran los tér-

²² Vid. Fuenmayor. La equivalencia de prestaciones en la Ley de Arrendamientos. Anuario Derecho Civil, 1950

²³ Cuando un tercero se introduce, se alteran los términos de la ecuación formada por las recíprocas prestaciones (sentencias AP Valladolid de 29 de julio de 1989, 19 de diciembre de 1989, 13 de octubre de 1990 y 29 de noviembre de 1990). «No es desdén que el arrendador que contrata bajo determinadas expectativas negociables, fecha, precio por situación urbana, superficie, mayor o menor atracción de clientela, precios vigentes en la localidad o zona urbana, los cuales también serán tenidos en cuenta por el arrendatario, produciendo, en aquel momento la equivalencia de prestaciones, que es principio sacramental a la hora de interpretar cualquier relación contractual...» (sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

²⁴ Si lo cree la última sentencia citada del JPI de Zamora: la equivalencia de prestaciones se desvanecería en cuanto se introdujera un tercero contrastando la renta anual (144.000) con los beneficios confesados por las máquinas (100.000 al mes).

²⁵ La anterior sentencia JPI Zamora de 30 de septiembre de 1988 y la del JPI Burgos de 25-2-89, que no estima subarriendo, pero sí derecho a elevar la renta con objeto de *equilibrar las prestaciones recíprocas*, atendidas la antigüedad del arriendo, la renta que se venía abonando, la importancia funcional y económica, las rentas del mercado y el emplazamiento del local.

²⁶ Vid., por ejemplo, el artículo 40 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

²⁷ La propia LA Rústicos, en su artículo 41, no tiene en cuenta los incrementos de producción imputables a la iniciativa del arren-

dario o las mejoras cuyo costo hubiera anticipado, para revisar (elevar) la renta.

²⁸ Sentencia JPI Zamora 30 de septiembre de 1988 tantas veces mencionada; la AP de Valladolid parece deducir de este dato la existencia de subarriendo: al introducir en el local unas máquinas con las que se obtiene un beneficio por un tercero y una recaudación a veces muy superior a la renta del establecimiento, se hace uso del local por un tercero, lo que es subarriendo (SAP, 19 de diciembre de 1989).

²⁹ Artículo 47 Ley Propiedad Intelectual: Si en la cesión a tanto alzado se produjese una manifiesta desproporción...».

³⁰ El mencionado artículo 47 LPI: «... en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa...»; las normas sobre compraventa por exceso de cabida (artículo 1470 CC); y las normas de la LAU sobre revisión de renta, de manera especial el artículo 99, ninguno de cuyos supuestos contempla los muy superiores beneficios a la renta pagada. Por último, la LA Rústicos, además del ya citado artículo 40, su artículo 43 legítima a ambas partes de forma extraordinaria «por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una *lesión* superior al 15 por 100 de la renta *justa*».

³¹ Acción de carácter subsidiario, muy excepcionalmente se reconoce al propio contratante (artículo 321 Comp. catalana y Ley 499 de Navarra). Pero lo más importante es que la rescisión se refiere a defectos congénitos del contrato y a su formación, de manera que la lesión se debe referir a ese momento y no a posteriores evoluciones del mercado que puedan depreciar el bien o su valoración.

minos de la ecuación formada por las recíprocas prestaciones.

En el caso que nos ocupa, la obtención de ingresos adicionales por una nueva modalidad de explotación introducida en el bar, daría lugar a la elevación de renta, con base en el art. 99.10 LAU, si considerásemos que el arrendatario ha cambiado parcialmente de destino su local (es, además de negocio de hostelería, negocio recreativo). La construcción no es difícil como veremos.

4. LA EQUIDAD

Me resulta sorprendente la facilidad con que se hila la equivalencia de prestaciones alterada con el recurso a la equidad³². Algunos tribunales han resuelto el contrato de arrendamiento por razones de equidad³³. A su juicio, el art. 3.2 CC les autoriza para resolver un contrato en que prestación y contraprestación no son equivalentes. En mi opinión, aparte del estricto alcance que tiene la aplicación de la equidad según el art. 3.2 CC, no alcanzo a comprender que un Tribunal pueda, por equidad, resolver un contrato porque el negocio del arrendatario va muy bien y recauda mucho más dinero que el alquiler que paga.

La intervención de los tribunales en los contratos sólo puede tener justificación porque se demuestre nulidad, incumplimiento o alguna causa de resolución. Habría desequilibrio cuando la formación del contrato se ha visto viciada por algún defecto de representación o de voluntad de los celebrantes: parece justo y equitativo que un tribunal declare nulo un contrato en que una parte se aprovecha ilícitamente de la situación de necesidad o error de la contraparte, cuando no la ha provocado de propósito. Pero en los casos de precio vil³⁴ o cuando hay precio superior al legal, la aplicación de la equidad ha llevado usualmente a los jueces a apreciar la nulidad parcial para no favorecer al infractor. Cuando se da incumplimiento u otra causa de resolución es justo y equitativo que los jueces resuelvan el contrato, en la medida que las causas de resolución reflejan la equidad y justicia de la norma contractual o legal que considera resoluble un contrato porque la relación obligatoria está desequilibrada, a veces, de forma irremediable.

³² En ocasiones se invoca de forma inmediata al rechazo del argumento realidad social. Mejor que el artículo 3.1, será aplicar el artículo 3.2 CC.

³³ Según la Audiencia de Valladolid, es contrario a la equidad, que ha de ponderarse en la aplicación de las normas, permitir la introducción del tercero obteniendo el arrendatario un beneficio muy superior a la renta (sentencias de 16 de diciembre de 1989, 19 de diciembre de 1989, 13 de octubre de 90 y 29 de noviembre de 1990). No resulta equitativo que en el local del arrendador se ejerza un negocio (el juego) por un tercero, distinto de, arrendatario, sin consentimiento del arrendador (sentencia 13 de septiembre de 1990).

³⁴ Que no constituya supuesto de causa ilícita.

³⁵ El concepto social de bar puede quedar plasmado en la Reglamentación vigente sobre máquinas de azar pues no se pueden instalar más de dos máquinas (en los locales hosteleros, excepto los campings), a tenor del artículo 36.1.d del Reglamento de 27 de abril de 1990. Cuando se sobrepase o se instalen máquinas de tipo C, se considerarán como salas de juego de casino

Pero, en mi opinión, la equidad no llama al juez a resolver un contrato válido que el arrendatario ha cumplido escrupulosamente, por el solo hecho de que la evolución social y económica le lleva temporalmente a explotar una idea brillante o un artilugio de moda incrementando sus beneficios, sin haberse aprovechado del arrendador o haberlo perjudicado. En todo caso, y admitiendo la aplicabilidad de la equidad al contrato de arrendamiento, sería para paliar el desequilibrio (elevando, en su caso, la renta), pero no para desahuciar por un golpe de suerte del arrendatario. Si, recogiendo el argumento, no es equitativo que el arrendatario gane más dinero que el esperado (?), no es equitativo tampoco echarlo a la calle.

5. LA REALIDAD SOCIAL

Como primer y más repetido argumento en favor de mantener al arrendatario en el local se ha invocado la realidad social y los argumentos sociológicos y económicos. Así, por un lado, es tan extendido y corriente el hecho de que los bares y locales de hostelería tengan máquinas recreativas que es difícil encontrar uno que no las tenga. Por ello se ha incorporado al concepto³⁵ actual de bar o local de hostelería la existencia de una serie de servicios complementarios³⁶ como el teléfono, la máquina de tabaco o las tragaperras³⁷. Sin embargo, por otro lado, se ha considerado que es muy peligroso estimar la resolución por subarriendo en este caso pues, dado lo extendido de dicha práctica, podría suponer el desahucio de miles de locales de negocio y obstruir o bloquear un sector económico muy importante como es el hostelero³⁸.

Para mí es admisible la primera vertiente del argumento sociológico, su lado positivo, esto es, que se ha incorporado como un uso social y del sector económico hostelero, la instalación de tragaperras y juegos electrónicos accionados por monedas y dicho uso nos puede servir de integración e interpretación «modernizadora» del contenido del contrato. No estoy, en cambio, tan convencido de la oportunidad del segundo razonamiento, la vertiente negativa, que avisa del peligro que supone el desahucio masivo de locales arrendados por ser tan extendida

(artículo 35.2) a los efectos administrativos (aunque el dueño lo llame bar). Las máquinas de tipo A no dan premio en metálico; las de tipo B pueden dar un premio no superior a veinte veces el valor de la jugada; las de tipo C o de azar dan un premio hasta 250 veces la jugada (400 veces, según el anterior Reglamento de 1987). Las máquinas C no pueden ser instaladas en los bares, que podrán tener dos máquinas, de tipo A o B (tres máquinas, según el Reglamento de 1987).

³⁶ Que es un medio legítimo de entretenimiento y captación de cliente.

³⁷ De acuerdo JPI Valladolid 23 de mayo de 1988 y JPI Burgos 4 de marzo de 89. Sin embargo no es equiparable al servicio público de teléfono, según las sentencias de AP Valladolid, de 29 de noviembre de 1990 y del JPI de Zamora, de 30 de septiembre de 1988.

³⁸ Es un hecho notorio y extendido. De admitir que constituye subarriendo, se producirían gravísimas consecuencias para el sector (sentencia AT La Coruña 7 de marzo de 1988). De manera parecida razona la STS de 21 de febrero de 1991.

dicha práctica. Por un lado, no estoy seguro si el sector hostelero es más importante que el inmobiliario, que igualmente genera millones de puestos de trabajo, como no estoy seguro si podemos jerarquizar entre propiedad y empresa, a tenor de los artículos 33 y 38 CE. A mí me cuesta hacerlo. Yo creo que si la práctica está extendida, si fuera irregular (de cara al contrato o a alguna norma), lo que tienen que hacer los arrendatarios es regularizar su situación, pero no creo que el juez deba legalizarla y darla por buena³⁹ por su generalidad.

El lector atento de este comentario podría encontrar cierta contradicción con lo expuesto antes acerca del desconocimiento de las prácticas habituales en la economía de mercado. Decía yo que si la ajenidad de las pertenencias de un local de negocio o la obtención de beneficios por un tercero implica subarriendo, tendríamos causa de resolución para todos los locales de negocio minoristas de España. Interpretarlo así significa desconocer la economía de mercado. Mi reproche al argumento socioeconómico por el peligro de desahuciar a miles de arrendatarios que instalen tragaperras sin autorización del arrendador es porque puede eximir de cumplir con el contrato o la ley y por hacer supuesto de la cuestión. Mientras la economía de mercado y los sistemas usuales de distribución no parecen discutibles⁴⁰, lo que nos estamos preguntando es qué calificación jurídica nos merece dicha práctica tan extendida, pero no por ello descartamos que sea quizá irregular o causa de resolución.

6. LA ACCESORIEDAD DE LA EXPLOTACION DE LAS TRAGAPERRAS

De forma igualmente frecuente, se ha argumentado que el local de negocio arrendado puede verse complementado por una serie de servicios accesorios a la explotación principal⁴¹. De esta manera, la explotación de las tragaperras, constituye, a juicio de los demandados y algunos tribunales, un servicio complementario del bar, como lo son el servicio de teléfono, las máquinas de tabaco, discos o fotocopiadoras o fotomaton si las hubiera. Con apoyo en alguna jurisprudencia del TS, la concesión del servicio de bar dentro de un cine arrendado no constituye subarriendo sometido a autorización del arrendador⁴². De igual forma que al bar del cine sólo van los clientes del cine, en nuestro caso, serían juga-

dores de la máquina los clientes del bar y no se trataría de negocio autónomo o, a la inversa, un local de juego donde se sirven bebidas a los jugadores.

Como puede verse, la accesoriadad negocial está ligada a la tesis de que la posesión exclusiva del local la sigue teniendo el arrendatario⁴³, quien, entre otras cosas, decide los horarios de apertura y, por tanto, el acceso a las máquinas, cuya explotación depende funcionalmente de la explotación del bar o local hostelero. Sin embargo, la formal accesoriadad del negocio recreativo respecto del hostelero puede verse contradicha, de forma cualitativa, porque los clientes van a un bar concreto porque⁴⁴ tienen tragaperras y, de forma cuantitativa, porque el titular del bar recauda mucho más por la explotación de la máquina que por el resto de conceptos, incluido el teórico negocio principal. La accesoriadad, sostenible en un principio, puede negarse^{44 bis} en alguno de los casos antedichos y, como veremos a continuación, cuando el arrendatario del local cambia parcial o totalmente de destino el local hostelero, que pasa a ser en parte o en todo negocio recreativo, de juegos de azar y suerte electrónicos.

7. EL CAMBIO DE DESTINO DEL LOCAL DE HOSTELERIA. OBRAS INCONSENTIDAS

Cuando algún tribunal español ha considerado irrelevante el número de máquinas recreativas instaladas en el bar, parece quitar importancia a la accesoriadad antes estudiada y al destino del local de negocio. Excepcionalmente, se ha incluido en alguna demanda⁴⁵ de resolución, la pretensión supletoria de elevación de renta por cambio de destino, lo que acerca mucho más a la realidad del problema.

De igual forma que la accesoriadad alegada no lo es tal o tan evidente cuando el arrendatario ha «invadido» su local con una veintena de máquinas tragaperras, sustituyendo y quitando mesas y sillas, podemos decir que el arrendatario ha cambiado parcial o totalmente el destino principal de su local de negocio.

Sin encontrar la frontera numérica⁴⁶ donde acaba el negocio complementario y empieza el cambio de destino del local, el conjunto de hechos pueden darnos la respuesta: depende del local y de las consecuencias que dicha instalación suponga en el mismo. Si, como dije antes, el titular del local comienza a sustituir mobiliario de hostelería para reemplazarlo por las máquinas de juego, es muy probable que

³⁹ Según la Audiencia de Valladolid no se puede invocar el artículo 3.1 CC, ya que si el juego está permitido, no quiere decir que sea una actividad digna de especial protección (sentencia 13 de septiembre de 1990). Para el JPI de Zamora «las circunstancias sociales han creado desde hace tiempo... los supuestos propicios para el despliegue en la explotación de tales juegos... que junto a la psicología del juego fomentada hacia el ciudadano, basada en una moral exclusivamente hedonista opuesta a la moral del esfuerzo...» (sentencia 30 de septiembre de 1988).

⁴⁰ Lo son técnicamente, desde luego. Pero encuentran protección constitucional. Las normas sobre competencia, que limitan al empresario, protegen precisamente la libertad del mercado.

⁴¹ Para el JPI de Valladolid, la explotación de las máquinas puede entenderse como una consecuencia más de la titularidad sobre el negocio que alberga el local (sentencia 16 de enero de 1990).

⁴² STS de 15 de marzo de 1976 y 31 de octubre de 1963. Es un servicio de bar sin salida propia al exterior y supeditado al horario del cine.

⁴³ Sin embargo, para la Audiencia de Valladolid es introducción de un tercero la instalación de tragaperras, aunque sean accesorias en la explotación industrial (sentencia 20 de octubre de 1988).

⁴⁴ No en vano se sostiene que es un medio de captación de clientela.

^{44 bis} Lo hace la STS 10 de octubre de 1991 citada en nota 1 bis.

⁴⁵ La que es estimada en parte por el JPI de Burgos, sentencia 25 de febrero de 1989.

⁴⁶ Otra cosa es el límite administrativo permitido. Vid nota 35.

esté cambiando en parte o en todo el destino del local ⁴⁷.

Sin embargo, el cambio de destino no es idéntico, en mi opinión, a la accesoriad económica de la explotación. Pensemos en un local con veinte mesas en que se introduce una máquina tragaperras. Si por las razones que fueran (comida mala, menú caro, etc.) el arrendatario recauda más con la máquina que con las consumiciones de bebidas y comidas, no es seguro que haya cambiado de destino el local, aunque el negocio complementario y accesorio sea más lucrativo que el principal ⁴⁸. Inversamente, si el arrendatario sustituyera varias mesas por veinte ⁴⁹ máquinas y dejase dos mesas para comer, es indiferente la recaudación mayor o menor por uno u otro concepto para afirmar que ha cambiado el destino del local. La destinación del local es, según pienso, algo intencional del arrendatario y no se debe calificar por los resultados.

Como sabemos, sin embargo, aun cuando calificásemos de cambio de destino la instalación de las tragaperras en el bar, no se trata por ello, y a primera vista, de una causa de resolución del arrendamiento. El art. 99.10 LAU lo configura como causa de elevación ⁵⁰ de renta y sólo indirectamente de resolución, cuando el adquirente por traspaso cambia-se la *clase* de negocio antes del año del traspaso (arts. 32.2 y 114.5ª LAU). Probablemente la equidad o una idea de equidad está presente en estas normas, pero la solución que ofrecen es la revisión de la renta o la no admisión del traspaso en que la clientela ganada con el esfuerzo del traspasante o no existe (por eso se cambia su destino) o no es atendida por el nuevo locatario.

A pesar de todo esto, será posible pedir la resolución —sin mediar traspaso— del arrendamiento por cambio de destino cuando se ve acompañado de realización de obras inconsonantes que cambian la configuración del local (art. 114.7ª LAU), salvo autorización judicial ⁵¹. Dicho supuesto será frecuente en caso de instalación masiva de máquinas tragaperras y «reconversión» del bar en salón de juego

o recreativo. La demolición de tabiques, el desmontaje de la barra del bar o de las cocinas del mismo podrían constituir supuestos para ello.

Además será posible admitir la resolución del arrendamiento cuando el cambio de destino infrinja la prohibición contenida en los Estatutos de Propiedad Horizontal donde se encuentre el local de hostelería (art. 7.3 LPH). Lo cierto es que el art. 19 LPH habla de apercibimiento, privación de uso y lanzamiento, lo que a veces implicará resolución y otras veces no. La resolución del contrato instada por la Junta resulta difícil, a menos que lo haga el arrendador. A pesar de lo que dice el art. 19.2 LPH, creo que el vínculo obligatorio arrendatario subsiste, a no ser que se resuelva a instancia de uno de los contratantes ⁵²; otra cosa es que el local arrendado no pueda ser usado. Si dicha imposibilidad es imputable al arrendador (que no avisó al arrendatario del contenido de los Estatutos y consintió el cambio de destino sin oposición) ⁵³, al arrendatario rebelde a las advertencias o a ambos, determinará la responsabilidad que fuere, entre la que podría encontrarse que el arrendatario, acreedor del local solicitase del arrendador la puesta a disposición de otro local de características parecidas, donde puede continuar su negocio no prohibido por el contrato, ni por la ley ni por los Estatutos del inmueble.

Por último, cabría admitir en determinados casos la vía a la resolución por cambio de destino, cuando estuviese expresamente prohibido por el contrato. Esto supone abrir el *numerus clausus* del art. 114 LAU, pues admitiendo, con Fuentes Lojo, que el arrendador, habiendo destino pactado expresamente en el contrato, puede entablar una acción declarativa para prohibir al arrendatario que se desvíe del destino pactado ⁵⁴, la definitiva desobediencia del arrendatario debe dar derecho a resolver el arriendo. No se trata tanto de la aplicación de los arts. 1.555.2 y 1.569.4 CC como de la aplicación de las normas contractuales al arrendamiento, aunque esté sometido a legislación especial. Dicha legislación podrá anular o integrar determinadas cláusulas

⁴⁷ «Aunque se previó el cambio de destino en el contrato (de churrería a cafetería) no se permite situar el negocio como destinado exclusivamente a las máquinas, pues el cambio está permitido dentro de actividades análogas y no diametralmente opuestas» (sent. JPI Zamora 30 de septiembre de 1988).

⁴⁸ «Con independencia de que sea la recaudación de la tragaperras superior o igual a la renta del local, lo importante es que el local sigue destinándose a bar...» (sentencia JPI León 31 de mayo de 1989). Como ya hemos visto, la reciente STS de 10 de octubre de 1989 niega que en estos casos pueda calificarse de negocio auxiliar o complementario.

⁴⁹ Tal hipótesis es ilegal, constituye una infracción administrativa, pues como ya hemos visto tienen limitada el número de máquinas a instalar en dos o tres según se rijan por el Reglamento de 1990 o de 1987. Pero no es imposible, y su condición de ilícito administrativo no nos impide valorarlo desde el punto de vista civil, como cambio de destino. Eso parece que hace el TS, cuando considera el local «invadido» con cinco máquinas, aprecia cambio de destino, pero lo califica de subarriendo para poder resolver el contrato. (No conocemos con detalle los hechos antecedentes) (STS de 10 de octubre de 1991).

⁵⁰ Pero sólo da derecho a elevar el 10 por 100 si es exclusivamente cambio de destino y no concurren además obras autorizadas judicialmente (artículo 114.7.ª 4 LAU) en cuyo caso la elevación queda al arbitrio judicial.

⁵¹ La sentencia del JPI de Burgos de 25 de febrero de 1989, por ejemplo, eleva la renta mensual de 6.052 a 70.000 pesetas.

En este caso se realizaron obras, que, denegadas en principio por el Juez, fueron ordenadas por el Ayuntamiento para adecuar el local. El bar fue transformado en cafetería de lujo, excediendo la imposición municipal, pero el Juez no resuelve el arriendo. En este caso, es casi marginal la instalación de las tragaperras, que se trae a colación como último y subsidiaria causa de resolución.

⁵² En contra la doctrina, tácitamente, pues nada comenta al respecto y se limita a transcribir el mandato del artículo 19 LPH. En contra también la tesis jurisprudencial que considera que la Junta se subroga por el acreedor que no instó la resolución (STS 14 de junio de 1968, 24 de junio de 1968 y 29 de septiembre de 1973) o que los copropietarios no son terceros en el arrendamiento del local (STS 10 de octubre de 1981).

⁵³ De acuerdo Fuentes Lojo (*Suma de la propiedad por apartamentos...* pág. 1745), que critica la STS de 24 de junio de 1968 antes citada, según la cual la Junta de propietarios no puede subrogarse en más derechos que los que tenga el arrendador inactivo. Como el acreedor, en dicho caso, había autorizado la actividad prohibida por los Estatutos, se considera que la Junta no puede ejercitar la facultad del artículo 19.2. Esto demuestra que no hay subrogación ni resolución propia del vínculo obligatorio. La Junta puede perder la privación de uso del local por uso antestatutario, lo permita o prohíba el contrato. Lo que demuestra que la acción no es contractual ni subrogatoria.

⁵⁴ Fuentes Lojo. *Suma de Arrendamientos Urbanos*, 8.ª ed, pág. 1.303.

que impliquen renuncia de derechos irrenunciables, pero, una vez determinado su contenido, su incumplimiento es, a mi juicio, causa de resolución (art. 1.124 CC). Sabiendo que dicha opinión es francamente minoritaria, aplastada por la reiterada jurisprudencia sobre el *numerus clausus*, sólo la brindo como posible salida a la esquizofrenia que vive la legislación de arrendamientos entre dos sistemas radicalmente opuestos, no admitiéndose que la realidad social⁵⁵ o las normas supletorias del CC (a pesar del art. 8 LAU) puedan hacer nada. De igual forma, las normas de nulidad sobre contratos o de responsabilidad contractual son aplicables a los arrendamientos bajo legislación especial.

Es cierto, no obstante, que algunos casos de cambio total de destino, si no implican obras, pueden suponer subarriendo, ya por la introducción de un tercero que participa en la gestión o de las ganancias de todo el local (cuando el local sólo tiene máquinas recreativas, necesariamente la empresa operadora está participando en la explotación del local), ya cuando hay un contrato de franquicia que implica venta o explotación de productos de un solo proveedor (el anterior bar pasa a ser distribuidor exclusivamente de una fábrica o marca de bebidas). En estos casos es difícil decir que el tercero no se ha introducido en el arrendamiento, a diferencia de cuando el arrendatario dispone de incontables proveedores.

8. LA CLAUSULA *REBUS...* Y LAS PRESUPOSICIONES CONTRACTUALES

La inadmisión de la cláusula *rebus sic stantibus* en materia de arrendamientos no nos puede hacer perder de vista que el arrendador merece nuestra atención, considerando un hecho cierto: a la hora de contratar se fija la renta considerando el tipo de negocio que se va a explotar⁵⁶. De manera que las nuevas modalidades de explotación son contempladas por alguna ley especial como inaplicables a un contrato celebrado en un tiempo en que no existían o no eran conocidas⁵⁷. La idea latente viene a respetar la presuposición contractual⁵⁸ y la organización de intereses que se hace el contratante, en este caso el arrendador. De la misma forma que anteriormente admitimos que los beneficios inesperados por ambas partes al arrendar el local, son uno de los riesgos que deben soportar, careciendo de pretensión de resolución o de enriquecimiento; y de igual manera que sostuve que la idea feliz del comercian-

⁵⁵ Vía *rebus sic stantibus*: la realidad social y económica en que se pactó el arriendo nada tienen que ver con las presentes.

⁵⁶ A contrario, «... ya habiendo máquinas antes de la explotación del bar por el demandado, fueron tenidas en cuenta para fijar el precio...» (sentencia JPI Valladolid 19 de diciembre de 1990).

⁵⁷ Artículo 43.5 de la Ley de propiedad intelectual: la transmisión no alcanzará a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.

Las distancias y salvedades deben hacerse. Entre otras razones, porque arrendado un local para el negocio, debe estimularse que el arrendatario investigue y explore nuevas formas de explotación.

⁵⁸ Que no goza de amplia protección en nuestro derecho vi-

te o la moda de un artilugio que dispara las ventas y beneficios del arrendatario no puede ser castigada con la resolución y el desahucio, debemos sin embargo atender caso por caso al momento y al contenido de cada contrato de arriendo y al destino decidido por el arrendatario para calificar la situación como patológica o normal, comprendida dentro de los riesgos del contrato. No se trata ya de la suerte y éxito de ventas del arrendatario sino de la inexigibilidad a un arrendador de que prevea que su contraparte puede explotar un negocio desconocido a la hora de celebrar el arrendamiento. Es posible que la base del negocio o las circunstancias se vean alteradas cuanto más antiguo sea el arrendamiento. Esto coincidirá casi siempre con la renta más exigua, pero no es ésta la razón que nos debe llevar a estimar la resolución del arriendo o la revisión drástica de la renta. Asimismo, cuando el cambio de negocio sea radical y el nuevo negocio sea de clase opuesta al inicial, es más probable que el arrendador no haya podido imaginar al celebrar el contrato la renta que sería más adecuada y proporcional, habida cuenta que se trata de un contrato de duración indefinida. Salvo aquellos casos en que el nuevo destino implique obras, subarriendo o actividades inmorales o insalubres, es difícil resolver el contrato de arrendamiento, como no sea admitir la validez de la cláusula *rebus sic stantibus*, también en materia de arrendamientos.

9. NORMAS ADMINISTRATIVAS Y FISCALES. RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR Y PROPIETARIO

Es posible que el arrendatario instale las máquinas tragaperras sin observancia de la regulación administrativa y fiscal sobre la materia. Aunque la norma administrativa o fiscal no debe variar nuestra calificación civil⁵⁹ del supuesto estudiado, la infracción de las normas administrativas requiere nuestra atención por dos razones: la primera, estudiar si los ilícitos administrativos ocasionales o reiterados del arrendatario constituirían causa bastante para resolver el contrato; la segunda, porque habida cuenta de las sanciones contempladas en la regulación administrativa y fiscal y la responsabilidad establecida, se suscitan no pocas dudas sobre su aplicación y exigen reconocer al arrendador o al propietario un poder de prohibición de instalar las máquinas en el local.

El art. 64 del RD de 27 de abril de 1990 (Re-

gente, más que por vía de principios generales. Vid. Gavidia Sánchez. *Presuposición y riesgo contractual*. ADC XL, II, abril-junio, 1987, págs. 525 y ss.

⁵⁹ Según la Audiencia de Valladolid, la regulación administrativa del juego no puede mediatizar las relaciones contractuales (SAP 29 de julio de 1989). Sin embargo, la propia Audiencia parte del artículo 15 del Reglamento de 1987, de máquinas recreativas, para presumir la propiedad ajena (SAP 16 de diciembre de 1989) o para estimar legalmente imposible la cesión en arrendamiento (19-12-89).

Sin embargo, no hay completa estanqueidad entre normas civiles y administrativas al respecto. No hay más que ver la causa 8.ª del artículo 114 LAU.

glamento de Máquinas Recreativas y de Azar) contempla como sanciones, entre otras, el cierre temporal o definitivo del local donde se juegue y la inhabilitación temporal o definitiva del local para el juego⁶⁰. La clausura del local afecta, como puede entenderse, al propio local, sea quien fuere su propietario. Ni aunque venciera o se resolviera el arrendamiento, no es muy seguro que el propietario pudiera utilizarlo o arrendarlo en negocios recreativos. Eso parece desprenderse de la afección del local. Estamos, en el mejor de los casos, en un supuesto claro de perjuicios ocasionados al arrendador por el arrendatario⁶¹. Con o sin resolución, es admisible, a mi juicio, una acción indemnizatoria por los perjuicios inferidos al arrendador por ilícitos administrativos imputables al arrendatario (1.101 y 1.123 CC, además del 1.559.3 CC, sin demasiado esfuerzo interpretativo, creo yo).

Por su parte, la Ley de 29 de junio de 1990, de Presupuestos del Estado, al adoptar medidas urgentes en materia presupuestaria y tributaria⁶², modifica en parte el RD Ley de 25 de febrero 1977 regulador del juego y lo declara en parte vigente. Al establecer un gravamen complementario sobre la tasa de juego, la Ley de 29 de junio de 1990 declara sujetos pasivos de la obligación «los que lo fueren de la tasa fiscal sobre juegos de envite, suerte o azar» (art. 38.Dos.2.2ª Ley 29-6-90).

Según el RD Ley de 1977, regulador de la tasa del juego⁶³, son sujetos pasivos de la tasa los organizadores y las empresas cuyas actividades incluyen la celebración de juegos. Pero el propio art. 3.º2.º del RD Ley declara:

«Serán responsables solidarios de la tasa los dueños y empresarios de los locales donde se celebren»⁶⁴.

Aunque no nos haga variar nuestra calificación civil de la instalación de máquinas tragaperras, esta responsabilidad fiscal solidaria del dueño del local

de negocio donde se juegue, requiere nuestra decisión interpretativa. O la norma fiscal no dice exactamente lo que quiere decir y presume que el dueño del local obtiene beneficios del juego allí desarrollado, o la norma fiscal es radicalmente inconstitucional en la medida en que declara responsable fiscal⁶⁵ a u sujeto al que no es imputable en modo alguno⁶⁶ el hecho imponible, pues el dueño puede no ser arrendador o, aun siéndolo, ni ha autorizado la máquina tragaperras ni se beneficia de su explotación.

Como debemos salvar la norma fiscal, ésta debe contemplar el hecho imponible y los sujetos pasivos con todos sus matices: de esta manera, el dueño que no sea arrendador o que, siéndolo, no ha autorizado la instalación (pues hemos negado su calificación como subarriendo) no puede ser fiscalmente responsable. Sin embargo, la aplicación que se viene haciendo del RD Ley de 1977 parece quitarnos la razón.

Si la tasa sobre el juego y el gravamen complementario, regulados por la Ley 29 de junio de 1990, consiste en cuotas fijas, las máquinas o aparatos automáticos, precisamente, parecen estar manejando el fundamento de la renta presunta (como, por ejemplo, la licencia fiscal). En ese caso, creo que es reconocible al dueño declarado responsable fiscalmente la oportunidad de «derribar» la presunción⁶⁷, probando que se encuentra desligado por completo del hecho imponible desarrollado en su local: si no aparece un arrendamiento a su nombre y la prueba de que autorizó el juego, es posible que se declare su irresponsabilidad fiscal. Lo contrario rayaría en la inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, cuando menos la responsabilidad administrativa y fiscal que recaiga sobre el local o sobre el propietario deben considerarse genuinos perjuicios causados por el arrendatario —debido a la omisión negligente de sus deberes— al

⁶⁰ Idéntica sanción se contemplaba en el artículo 45 del Reglamento de 3 de julio de 1987, derogado por el de 1990. Atención que hay una omisión en la publicación, precisamente en el artículo 45, por lo que se hace necesario el BOE de 4 de julio de 1987 (R. 1.578) y el de 29 de julio de 1987 (R. 1.749).

⁶¹ Bastaría invocar el principio *ubi commodum* ..., aunque, en cierta forma, la propia LAU, en su artículo 114 contempla perturbaciones de hecho (causa 7.ª y 8.ª) y de derecho (causa 8.ª). No obstante, no contempla explícitamente la venta del piso por el arrendatario o cualquier otro acto de dominio realizado por el locatario. Las consecuencias perjudiciales que se deriven, haya o no terceros de buena fe, son auténticas perturbaciones de derecho que deben dar derecho a resolver. En todo caso, podría alegarse incumplimiento del artículo 1.258 y por tanto del contrato en toda conducta desleal hacia el arrendador si no se estima que los actos de disposición realizados indebidamente por el arrendatario son causa suficiente de resolución (la hipoteca o venta podrían entrar en el amplio concepto de no necesidad del arrendatario).

⁶² BOE 30 de junio de 1990 (R. 1.337)

⁶³ BOE 7 de marzo de 1977 (R. 476). En realidad el bosque de normas reguladoras de la «tasa» legal sobre los juegos de suerte envite y azar es mucho más frondoso. Desde 1977, modificaciones parciales del RD Ley se han efectuado en el RD Ley 8/82, de 30 de abril, con las OO. de 15 de junio y 26 de noviembre de 1982; en el artículo 22 de la Ley 5/83 de 29 de junio; en el RD 2.221/84 de 12 de diciembre, completado por la Orden de 21 de diciembre de 1984 y en el artículo 7.º del RD 338/85, de 15 de marzo. Pero el RD Ley de 1977 subsiste para nuestros efectos al declarar los sujetos pasivos y responsables del impuesto-tasa

⁶⁴ Idéntica redacción tiene el artículo 4.3 del RD 2.221/84 citado.

⁶⁵ No parece que sea exactamente la misma situación que la que describe el artículo 37 de la Ley General Tributaria a pesar del término empleado.

⁶⁶ Una cosa es que sea responsable un tercero, distinto del sujeto pasivo y del sustituto, por mandato de la Ley, y otra que lo pueda ser cualquiera. Se trata de una garantía personal que no declara afecto el local donde se juegue, por lo que, imagino, el adquirente del local no se verá vinculado por el artículo 41 LGT. Sin embargo, el titular actual, al devengarse la tasa, sí. (Y con todo su patrimonio). A mí me parece excesivo. De acuerdo, Oron Moratal. *Régimen fiscal del juego en España*, Madrid, 1990, pág. 89, y López Berenguer. *Manual D Tributario Parte especial*, 3.ª ed, Madrid, 1990, pág. 794 Nada dicen al respecto Ferreiro, Clavijo, Martín Queralt y Pérez Royo. *Curso... Parte especial*, pág. 709, Madrid, 1991.

Por otra parte la STS de 3 de marzo de 1984 declara que el sujeto de la tasa es la empresa operadora, cualquiera que sea la relación civil que guarde con el titular del local. De esta forma, queda aun más lejos el propietario, arrendador o no. El texto del RD Ley de 1977 y del RD 2.221/8 dejan poco espacio a la interpretación «el dueño que sea empresario del local» porque la norma dice *son*, lo que lleva implícito que pueden ser personas distintas el dueño y el empresario. No siendo una afección real del local al pago del tributo, creo que el dueño deberá tener alguna vinculación con el hecho imponible para ser responsable.

⁶⁷ O sea, discutir su responsabilidad (vid. Martín Queralt, Lozano, *Curso Derecho Financiero* pág. 374), porque la presunción que maneja dicha norma es *iuris et de iure*.

arrendador. Además de la acción indemnizatoria⁶⁸ que reconozcamos a éste frente a aquél, es muy probable, a mi juicio, que nos encontremos ante una causa de resolución del arrendamiento.

Si el arrendamiento realiza una actividad (accesoria o no) de juego clandestino, pues incumple las normas administrativas o fiscales, estamos ante un supuesto de actividad inmoral desarrollada en el local arrendado, que da derecho a la resolución (art. 114.8ª LAU). La inmoralidad, que según el TS comprende la ilicitud (falsificación de billetes, STS 17-4-1961, prostitución, 13-4-71, y también el juego prohibido, STS 3-3-54), consistiría no tanto en el *impago* de impuestos que, aunque pudiera resultar inmoral para la conciencia social, no es actividad u omisión desarrollada en el local, cuanto en la actividad de juego «negro» e irregular dentro del local. Aunque se pueda decir que la STS de 1954, al considerar el juego prohibido como algo inmoral, está en una época en que estaba prohibido todo tipo de juego, lo cierto es que hoy también está prohibido el juego como negocio, con omisión de deberes fiscales y administrativos⁶⁹.

En cuanto a la simple infracción de normas administrativas (no fiscales) podrían merecer el calificativo de causa de resolución si lo consideramos igualmente juego prohibido, aunque la aplicación de la causa 8.ª del art. 114 resulta algo más difícil que la anterior. Aunque dicha conclusión no es muy segura, la clausura del local por la Administración perjudica de tal manera al arrendador y propietario que me parece oportuno reconocer al dueño acción para solicitar la retirada de las máquinas, para evitar dicha clausura definitiva. La resolución sería, a mi juicio, admisible, cuando el incumplimiento reiterado del arrendatario supone al arrendador perturbaciones de hecho o de derecho graves, sean o no encajables en el art. 114.8ª LAU. Todo ello sin olvidar la pertinente acción indemnizatoria.

Si la norma fiscal o administrativa cambiara no declarando responsable al propietario o el local, nuestra respuesta sería diferente. En todo caso, las graves consecuencias que puede afrontar el propietario del local no deben hacernos cambiar nuestra calificación civil. La instalación no es subarriendo, aunque en determinados casos, el propietario (o la Administración, no lo olvidemos), pueden pedir al arrendatario que retire las tragaperras de su local.

CONCLUSION

La mera introducción de máquinas tragaperras en un local de negocio no supone por sí misma subarriendo. Ni la obtención de beneficios por un tercero ni la propiedad de éste sobre las máquinas son datos decisivos, pues ocurre igual con otros proveedores del arrendatario o con otro mobiliario comercial que el arrendatario puede tener alquilado o adquirido en *leasing* o con reserva de dominio.

La realidad social, siendo extendidísima la práctica de instalar tragaperras en los locales de hostelería, puede haber consolidado un uso que debe ayudarnos a interpretar el contrato de arrendamiento, incluso cuando éste contuviera el expreso pacto de que el local se destinará a bar.

El desequilibrio entre la renta pagada y los beneficios del arrendatario no pueden calificarse de quiebra de la equivalencia de prestaciones o alteración de la ecuación contractual. En todo caso, si las ganancias adicionales se produjeran porque el arrendatario ha cambiado parcial o totalmente el destino del local, la renta puede ser revisada conforme al art. 99 LAU.

En algunos casos, el cambio de destino a local recreativo puede significar también causa de resolución cuando se vea acompañado de obras o se incumpla la expresa prohibición del arrendador de realizar actividades de juego en el local, contenida en el pacto. De manera excepcional, la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de la jurisprudencia, podría ser invocada en casos de alquileres antiquísimos en cuyo tiempo era desconocida la forma de explotación adoptada por el arrendatario. Por último, habría causa de resolución si el arrendatario celebra un contrato de cuentas en participación, societario o parciario con la empresa operadora de la máquina, sobre los ingresos de la explotación global del local y no sólo sobre la máquina.

Las sanciones administrativas y fiscales que pudiera sufrir el local o el propietario del mismo por infracciones cometidas por el arrendatario son genuinos perjuicios, de los que debe protegerse al arrendador, no sólo por la vía resarcitoria. O consideramos el juego ilegal (sin autorización administrativa o fiscalmente irregular) una actividad inmoral, dentro del art. 114.8ª, o reconocemos al arrendador acción declarativa que condene al arrendatario a retirar las máquinas, cuya explotación le generó responsabilidad.

⁶⁸ O en algunos casos, sólo de enriquecimiento (Martín Queralt, Lozano, *Curso...* pág. 373).

⁶⁹ Supuesto además de competencia ilícita.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

NOVEDADES

- **¿ES CONVENIENTE ENGAÑAR AL PUEBLO?** Con-dorcet, Castellón y Becker
- **REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION.** G Jellinek.
- **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 DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.** Manuel Carlos Palomeque
- **LAS RAZONES DEL DERECHO: TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.** Manuel Atienza
- **LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.** Paloma Biglino.
- **EL MERCADO DE LAS IDEAS.** Pablo Salvador Corderch y otros.
- **EL VOTO PARTICULAR.** Francisco J Ezquiaga Ganuzas
- **ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elias Díaz
- **DEBERES Y OBLIGACIONES EN LA CONSTITUCION.** Rafael de Asís Roig
- **LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO: DEBER JURIDICO Y RAZONES PARA LA ACCION.** Juan C Bayón Mohino.
- **RAZON PRACTICA Y NORMAS.** Joseph Raz
- **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

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

El informe psiquiátrico penal *

Carlos CASTILLA DEL PINO

0. INTRODUCCION: DEFINICION, OBJETIVOS Y LIMITES DEL PERITAJE PSIQUIATRICO

Considero necesario hacer una definición de qué es un peritaje psiquiátrico porque en los últimos años se ha desvirtuado su función. El informe psiquiátrico, escrito y oral, ha experimentado un proceso de degradación, por una serie de razones a las cuales haré mención en el desarrollo del tema, y que naturalmente ha repercutido en el desprestigio de la psiquiatría, cuando en todo caso debiera serlo del psiquiatra que la usa sin suficiente rigor y con notoria tendenciosidad. Como ha sido siempre el sino de las simplificaciones, esta forma de plantear peritaje e informe ha tenido fortuna entre nosotros, es decir, tanto por parte del psiquiatra cuanto por el de las partes y los jueces. Definir es, precisamente, poner límites, que en este caso es, nada más ni nada menos, que discriminar entre lo que es peritaje y lo que no lo es, porque, por ejemplo, es *sentencia*.

Una definición plausible del peritaje psiquiátrico es ésta, de Bouzat: [es el] «procedimiento que tiene como fin utilizar los conocimientos del psiquiatra para tratar de aclarar una cuestión en la que la solución demanda una competencia técnica de la cual el juez está desprovisto». En consecuencia, los conocimientos del psiquiatra deben adecuarse a los requerimientos del juez, del fiscal, del defensor o de todos a la vez.

Pero el psiquiatra debe saber, ante todo, cuál es el ámbito de su competencia, y no salirse de él, aun cuando en algún caso sea requerido por cualquiera de las partes que intervienen en el juicio. Por ejemplo —y para ser concretos—, *nunca* ha de pronunciarse acerca de la responsabilidad o no del procesado en el acto por el cual se le juzga. Porque es sobre esto sobre lo que ha de sentenciarse, y el que sentencia es el juez. Como es sabido, defensor y fiscal se pronuncian sobre esta cuestión, pero una cosa es *opinar*, y ofrecer su opinión de técnicos juristas, y otra sentenciar, que es tarea que concierne únicamente al juez. *Pero el psiquiatra ni tan siquiera debe opinar sobre esta cuestión, porque al no ser*

jurista se le supone un desconocimiento de las bases sobre las cuales se construye o está construida la doctrina de la responsabilidad. Digo esto porque una y otra vez se requiere al psiquiatra por parte de defensores, fiscales o jueces para que opine sobre la responsabilidad e imputabilidad —que es tanto como culpabilidad— del procesado en el acto por el cual se le juzga, y a esta incitación hay que negarse tenazmente. Si sentenciar es ya de suyo una tarea ardua para el técnico, para el que no lo es, como es el psiquiatra, es, sencilla y llanamente, una audacia. Sobre la responsabilidad del procesado recae la sentencia, repito una vez más, y el que sentencia, se equivoque o acierte al hacerlo, es el juez.

1. EL PERITAJE COMO EXPLICACION

Una de las contribuciones del psiquiatra en el informe escrito y oral concierne a la *explicación del proceso que conduce al acto por el cual se juzga al procesado*. Como se ha dicho por parte del Tribunal de Apelación de Estados Unidos en el famoso caso Carter (1957), «para hacer una inferencia razonable sobre las relaciones entre una enfermedad y determinado acto, los jueces han de ser informados con detalle. No bastan las etiquetas que nada explican (esquizofrenia, paranoia, psicosis, etc.). La descripción y explicación del origen, el desarrollo y las manifestaciones de las enfermedades alegadas son funciones clave de los peritos como expertos. El valor del testimonio de un experto en este campo, como en cualesquiera otros, procede del modo como se fundamenta su opinión y de las razones que le llevan a establecer sus conclusiones. En la explicación de la enfermedad y de su dinámica (es decir, del modo como surge, se desarrolla y afecta los procesos mentales y emocionales del acusado) reside el valor del testimonio, y no en la expresión de unas conclusiones. *Las inferencias últimas, las razones de causa efecto, competen a los que enjuician los hechos*». (cursiva de CCP).

* Conferencia pronunciada en el Seminario sobre la Protección de los Derechos y Libertades de los Enfermos Mentales en

el Marco de la Reforma Psiquiátrica y Legislativa. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Sevilla, 27 de mayo de 1990.

Este punto de vista ha sido reiterado diez años después, en el 67, con motivo del caso Washington, en el que expresamente se eluden los testimonios no explicativos, tal el diagnóstico del proceso mental. Idéntica opinión sustenta entre nosotros Muñoz Conde, en cuya ponencia del 82 dice textualmente lo que sigue: «lo que en verdad interesa al mundo del Derecho no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actuar humano».

Como haré ver, todo ello tiene una gran trascendencia a la hora de interpretar el concepto de *enajenado* y el de *trastorno mental transitorio*, que caracteriza tradicionalmente nuestra jurisprudencia en el famoso número 1 del artículo 8 del Código Penal español, y al que he de referirme posteriormente.

2. LA CONTINENCIA DEL PERITO PSIQUIATRA

Insisto sobre que la competencia para el enjuiciamiento se presupone en el juez o los jueces. Parece una cuestión obvia, toda vez que el juez es el que sentencia, pero, como antes he dicho, se insta al perito para que precise acerca de cuestiones análogas como imputabilidad, responsabilidad o culpabilidad, cuando menos en el juicio oral, si es que antes no lo ha hecho él de por sí, con notoria impertinencia, en el informe escrito previo a la causa.

Hay muchas razones por las cuales el perito ha de negarse a esta respuesta, pero entresaco estas dos: 1) en cualquier caso, la opinión del psiquiatra es una opinión ingenua, no jurídicotécnica. Por muchos que sean sus conocimientos y su experiencia ante los tribunales, en nuestra sociedad se confiere el rol de juez, y, en términos generales, de jurista a determinados profesionales. Estas cuestiones no son, ni han sido nunca, del universo de discurso psiquiátrico o psicopatológico; 2) la misión del psiquiatra perito es suministrar datos técnicos de que el juez o el tribunal carece. (Me pregunto por qué se le pide al psiquiatra lo que no se le pide al traumatólogo cuando este último actúa de perito ante los tribunales).

La capacidad del perito para la *sindéresis*, debe revelarse precisamente en *su continencia al campo estricto de lo psicopatológico*, en donde sí debe mostrar, con claridad y precisión, el rango patológico del acto por el cual se le juzga al procesado, el nexo entre posibles motivaciones anómalas —en el amplio sentido del término— y dicho acto.

Respuestas a preguntas tales como si tiene parcial o totalmente abolidas sus facultades volitivas deben eludirse, porque son preguntas mal planteadas, han sido ya fuertemente criticadas y se inspiran en una construcción psicológica absurda. ¿Qué se quiere decir con eso de las facultades volitivas supuestamente abolidas? Si se ha de ser estricto, esto significa que no se está en condiciones de querer. Pero querer se quiere siempre: un oligofrénico, por profundo que sea, quiere, y hace, si puede, lo que quiere; quiere un sujeto en un estado de obnubilación de conciencia, como el que se padece durante un estado crepuscular epiléptico; quiere un esquizofrénico cuando lleva a cabo un acto como respuesta

a una alucinación o un delirio. Sólo no se quiere cuando se está en coma. Pero alguien en coma es ya mero organismo desde el punto de vista psicopatológico, y no se comporta, es decir, no actúa (aunque una persona en coma sea considerada *persona desde el punto de vista jurídico*, y sus actuaciones sobre ella estén sujetas a leyes y normas que rigen para el comportamiento con personas cualesquiera sean sus condiciones, desde el punto de vista psicopatológico no es persona porque no tiene ya posibilidades de conducta).

El problema, pues, tiene que plantearse, para el perito, de la forma siguiente: ¿por qué juzga el juez al procesado que tiene ante sí?

El juez juzga a una persona por un acto, realizado por ésta, que considera presuntamente delictivo. Un acto es siempre un acto de conducta. Se juzga, pues, por los actos de conducta supuestamente delictivos.

3. LA DEGRADACION ACTUAL DEL PERITAJE PSIQUIATRICO PENAL

La degradación que en las últimas décadas ha experimentado el peritaje psiquiátrico entre nosotros procede del planteamiento siguiente de que se parte: se ha situado en primer plano el diagnóstico psiquiátrico del sujeto del acto supuestamente delictivo, el padecimiento de una entidad, o supuesta entidad, morbosa psiquiátrica (las entidades morbosas que se incluyen en la nosología psiquiátrica son siempre provisionales, como se ha hecho ver desde que existen las modernas clasificaciones psiquiátricas, es decir, desde la de Kraepelin hace más de cien años, porque son construcciones mentales útiles para el entendimiento mutuo: por eso están en constante revisión). Dado tal planteamiento, el raciocinio que se implica es el siguiente: si el sujeto A padece una esquizofrenia y puede ser calificado de esquizofrénico (es un ejemplo), el acto por el que se le juzga *ha de ser* esquizofrénico, y síntoma, pues, de la esquizofrenia que se le diagnostica. De aquí que el psiquiatra perito se esfuerce, ante todo, en establecer un diagnóstico —o en considerar que no hay razones para tal— del procesado. Los informes psiquiátricos penales han sido enfocados en este sentido, con grave simplificación y desprestigio ante los juristas. Porque de que alguien presente síntomas de esquizofrenia no se sigue *necesariamente* que todas sus actuaciones sean esquizofrénicas. Y con más razón puede esto aducirse cuando el paciente presenta síntomas que permiten su catalogación como paranoico (de celos, de persecución, etcétera). Conocemos psicóticos que desempeñan su profesión con la mayor competencia. Como es sabido, por otra parte, sólo en los casos finales de algunas psicosis, como la esquizofrenia de muy largos años de duración, se puede hablar de que la psicosis caracteriza al conjunto de las actuaciones del sujeto. La más de las veces es todo lo contrario: la parte psicótica del sujeto es la menos afectada.

Un abuso extremo de esta hipervaloración del diagnóstico se lleva a cabo cuando, no habiendo lugar para un diagnóstico clínico —es decir, la detec-

ción de síntoma de una psicosis—, se recurre al diagnóstico de la personalidad. Aquí la ambigüedad es tal que conviene decir que el uso del sustantivo «diagnóstico» es completamente inapropiado para la definición de una «personalidad» (el sintagma *diagnóstico de personalidad* tiene otro sentido: se usa cuando, a través de pruebas proyectivas, se barajan distintos parámetros de la personalidad; y aun así, y con toda la laxitud de que se es consciente que adolece, cada vez se emplea menos). Pretender que se hace un diagnóstico cuando se habla de «personalidad esquizoide», pongamos por caso, para traerlo a colación a propósito de determinada actuación, es una falacia. Ningún psiquiatra serio daría validez a calificaciones de este tipo, como no se le dan a las de «temperamento sanguíneo», «flemático» y afines, que la precedieron en el tiempo, y que son tan absolutamente acientíficas como las de esquizoide, cicloide, epileptoide, etcétera.

3.1. Los criterios de Kurt Schneider

Las razones por las que esta degradación ha tenido lugar —compárense informes actuales con algunos informes anteriores a nuestra guerra civil, como el que, entre nosotros, José María Sacristán y Prados Such llevaron a cabo en el caso Aurora Rodríguez, madre de la famosa Hildegart, a la que asesinó— derivan de que en las últimas décadas la psicopatología alemana, de tanta influencia entre nosotros, ha estado dominada por el reduccionismo de la obra psicopatológica de Kurt Schneider, que supuso en su momento claridad, pero a costa de una enorme simplificación, que padecemos y padeceremos muchos años. El introductor en España del pensamiento de Schneider fue Juan J. López Ibor (s.), y en concreto, en el ámbito jurídico, en su discurso de ingreso a la Real Academia de Medicina. A este punto de vista se adhiere Román Alberca en sus comentarios al Código Penal de Ferrer Sama. Se trata de correlacionar diagnóstico clínico con exenciones de responsabilidad, lo que les conduce a un evidente error epistemológico por diferentes vías, a las cuales hay que hacer referencia porque importan aún hoy.

En primer lugar, a la *errónea ecuación: enajenado igual a psicótico*. Es claro que el concepto de enajenado, aunque inicialmente proceda de la psiquiatría, es ya un concepto jurídico y no psiquiátrico. Se puede estar jurídicamente enajenado sin padecer psicosis alguna, por ejemplo, en una situación pasional; por otra parte, un demente senil es también un enajenado jurídico, y no necesariamente ha de presentar síntomas psicóticos (los trastornos de la inteligencia y de la memoria no son síntomas psicóticos). En suma, *el concepto de psicosis pertenece a la psiquiatría; el de enajenación, al ámbito jurídico*.

En segundo lugar, se sostiene que los criterios que deben presidir la redacción del informe pericial son estos tres: 1) la determinación de si en el procesado existe o no enfermedad psíquica; 2) si la hay, qué diagnóstico le pertenece; 3) determinar entonces si en la situación del hecho punible existía o no la capacidad para conocer la ilicitud o ilegalidad del acto por el que ahora se le juzga.

Como se ve, el punto 2) concede especial relevancia al diagnóstico, cuando, como he dicho, éste es, o puede ser, muy laxo, dependiendo de la situación histórica de la investigación, y, por eso mismo, de la escuela a que se adscribe el perito. Incluso el DSM-III-R (el catálogo de diagnósticos de uso en la psiquiatría mundial contemporánea) no resuelve definitivamente la cuestión, sino que proclama un *consenso en la provisionalidad* (de ahí la diferencia entre el DSM-III y el DSM-III Revisado). Por lo que concierne al punto 3), sabemos de la muy difícil, cuando no imposible, verificación y cómo se presta a las especulaciones más tendenciosas: sólo los casos de oligofrenia relativamente profunda, por su estabilidad en el tiempo, permiten conjeturas de suficiente plausibilidad; en los procesos de demenciación, en la medida en que son progresivos, y en la medida en que transcurre un lapso de tiempo, a veces cuantioso, entre el momento del cometimiento del acto y el del examen, resulta arriesgado concluir cuál era de hecho la situación que se trata de reconstruir.

Es cierto, sin embargo, que algunos, por lo demás muy escasos, actos supuestamente delictivos se cometen sin que el autor de los mismos sea sabedor de su ilicitud o ilegalidad. Tales son, por ejemplo, los que se llevan a cabo durante el descenso del nivel de conciencia o vigilancia que implica una psicosis episódica epiléptica, o en algunas psicosis tóxicas que también provocan alteraciones de este nivel de vigilancia, como son algunas psicosis alcohólicas agudas o por ácido lisérgico, etc. Pero, precisamente en estos casos, por lo demás, repito, excepcionales, nos importa, más que la existencia de la enfermedad en sí, el hecho de que, cualquiera que sea la enfermedad que subyace, el acto se ha realizado en *determinadas condiciones psicopatológicas*. Conviene tener en cuenta que la mayoría de los actos supuestamente delictivos en los que interviene el psiquiatra se hacen en estados de conciencia despejada y el sujeto en cuestión sabe lo que hace y sabe por qué lo hace.

3.2. Criterios clínicos y criterios psicopatológicos

Sin embargo, como es el sino de todos los planteamientos simplistas, éste de que tratamos ha gozado de amplia penetración entre la mayoría de los psiquiatras, desde luego en los forenses, y también en muchos penalistas, cuando menos en el plano de la práctica jurídica. Vieron resuelto el problema definitivamente, cuando, en realidad, abre más problemas que los que pretende resolver. Que ello representa un abuso notorio en el plano jurídico lo revela que nuestro Tribunal Supremo aseveró que «en todo caso, la apreciación y diagnóstico de una categoría clínica determinada (psicosis, oligofrenia, epilepsia) no obliga a la estimación de la referida eximente», sino que se precisa algo más —comenta Muñoz Conde— que «sólo indirectamente tiene que ver con el diagnóstico psiquiátrico (...) y ese algo más es un efecto psicológico determinado, la intensidad de dicho efecto, lo que es realmente decisivo en orden a estimar o no la referida eximente». El mismo R. Al-

berca, al que antes aludí, se ve obligado a reconocer que «queda, pues, firme que no basta comprobar la existencia de una enfermedad mental (...) para proponer la exculpación». Punto de vista al cual hubo de adherirse también el citado López Ibor.

Comparemos estos criterios de Schneider con las denominadas normas Dunham, establecidas por el juez Bazelon, del distrito de Columbia (1954): «un acusado no es criminalmente responsable si su acto delictivo es producto de una enfermedad o defecto mental». Interesa destacar lo siguiente: no se trata de que padezca la enfermedad mental; hace falta que el acto delictivo sea resultado de ella. Precisamente las referencias que hice antes a la Corte de Apelación en el caso Carter aludían al intento de matizar en estas normas Durhan, tan sencillas, pero tan exigentes para los psiquiatras. No, al diagnóstico clínico; sí, al diagnóstico psicopatológico. De aquí que yo aconseje seriamente a los jueces que, ante cualquier psiquiatra que en su peritaje aborde catalogaciones diagnósticas de entidades nosológicas psiquiátricas y, aún más, cada vez que se interne en el equivoco universo de las etiquetas de personalidad, se limiten a exigir respuesta a esta pregunta: ¿es el acto por el cual se le procesa consecuencia de, es decir, síntoma de la enfermedad mental que se le diagnostica por parte del perito?

Añado ahora que estos criterios últimos han sido adoptados ya en la República Federal de Alemania hace más de una década.

4. EL ANALISIS DE LA CONDUCTA

Porque la cuestión es ésta: se juzga una conducta. Pero una conducta es un acto mental seguido de una acción externa que se ejerce sobre un objeto externo (persona o cosa). Se trata de dirimir si la acción externa es concordante y coherente con el acto mental que lo precede: por ejemplo, un homicidio con un delirio o una alucinación. Entonces, la cuestión no estriba en que el sujeto haya sabido o no dirimir entre lo que es bueno o lo que es malo —como se decía en los criterios de Schneider, y también en Estados Unidos, cuando regían las normas McNagten—, sino si la conducta por la que se le juzga —homicidio, conducta exhibicionista, sustracción, etcétera— está motivada por otras conductas mentalmente anómalas (alucinación, delirio, crisis emocionales intensas, obnubilación de conciencia subsiguiente a estados crepusculares epilépticos, a procesos cerebrales tóxicos, etc.). Esto es lo que jurídicamente se denomina *acto enajenado*.

Un acto enajenado no tiene por qué perturbar las supuestas facultades volitivas e intelectuales como insistentemente se exige; entra dentro de la lógica —errónea, pero lógica al fin— con que funciona el sujeto de la conducta enajenada. «Lógica» quiere decir aquí *consistencia del sistema que rige para un campo de conductas*. Esto es, coherencia de todos los actos de conducta que pertenecen a dicho campo. Una sentencia del Tribunal Supremo (1981) habla específicamente de que «la medición de la responsabilidad penal (...) ha de buscarse por los efectos de la enfermedad en sí y teniendo en cuenta la dinámica delictiva y sus circunstancias» (cursiva de

CCP). Punto de vista que moderniza la actuación del Tribunal Supremo a este respecto. En el caso Bustos, en el que intervine, y en el que el hijo clava una estaca en el corazón del padre, a quien considera Satán, hay una lógica para el parricidio: mi padre es Satán; ha de traer y provocar necesariamente el mal; acabar, pues, con Satán entraña acabar con el mal y, en consecuencia, hacer bien. No se trata, pues, de que las facultades intelectuales y/o volitivas estén abolidas. El procesado sabía lo que quería, hizo lo que quería y se dispuso a hacerlo con la suficiente inteligencia. Otro tanto puede decirse de los muchos en los que he intervenido, como es el caso del homicidio de una pareja en las afueras de Córdoba por un esquizofrénico, que con anterioridad había agredido en un tiro al plato a un concursante porque al efectuar dos disparos, en lugar de uno, ello entrañaba que había de matarlo por orden divina.

Si hemos de resumir este punto de vista en una fórmula, diría lo siguiente: la enfermedad mental es condición necesaria, pero no suficiente, para establecer una relación causal con el acto delictivo por el que se juzga al procesado. Para que, además de necesaria fuera suficiente, es decir, para que sea «equivalente» desde el punto de vista lógico, es preciso que, además, el acto delictivo sea un síntoma de la enfermedad (o consecuencia del síntoma, que para el caso es lo mismo).

5. EL PAPEL DE LOS MEDIOS AUXILIARES DE DIAGNOSTICO

Por eso de que se han de analizar conductas, *los criterios que han de predominar son los psicopatológicos y no los clínicos*. De aquí que los medios auxiliares del diagnóstico, que son medios para una tarea de dilucidación meramente clínica, tan importantes en su campo de aplicación, sean irrelevantes en el peritaje psiquiátrico. La aportación al informe de un trazado electroencefalográfico del procesado en donde aparezcan anomalías que le califiquen inequívocamente de epiléptico no añade nada al enjuiciamiento de su conducta, porque es claro que el mismo sujeto ha llevado a cabo actos delictivos o no delictivos hasta entonces y *era* por entonces indiscutiblemente tan epiléptico como después. El Tribunal Supremo desestimó esta eximente en un caso análogo. El asesino de Oswald, Jack Ruby, para citar otro caso, estaba diagnosticado de epilepsia psicomotora, lo que no afectó en modo alguno a su sentencia. Pensemos en la ya prácticamente desaparecida entidad denominada parálisis general progresiva, que dio lugar a constantes motivos de peritación psiquiátrica, sobre todo por conductas escandalosas a las que tan proclives eran estos enfermos con procesos demenciales consecutivos a una afectación de los lóbulos prefrontales. Esta enfermedad era de causa sífilítica. Ahora bien, ¿la demostración de que el sujeto era sífilítico, mediante las pruebas serológicas en sangre y/o en líquido cefalorraquídeo, podía por sí mismo ser una eximente o una atenuante? Evidentemente, no. Se precisaba que se detectarían síntomas de demenciación y de que sus actos

de conducta fueran de esta naturaleza, es decir, carentes de la percepción del sentido de realidad que supone la sujeción a las normas. Por otra parte, ¿cómo se juzgaron a estos dementes sino en tanto que tales cuando aún (hasta 1900 aproximadamente) no se poseían pruebas objetivas de la sífilis? Por su psicopatología, esto es, por el síndrome demencial, puesto que tales pruebas (el Wassermann, por ejemplo) no podían aducirse todavía. Dicho de otra manera: exactamente por los mismos criterios que después de que las pruebas objetivas de laboratorio hubiesen sido ideadas. La cuestión es obvia: se puede detectar una sífilis sin que se acompañe de alteraciones mentales y de la conducta. Luego lo que importaba entonces, e importaría ahora, es que se demostrasen que los actos por los que se le juzgan son *actos enajenados* que permitieran al juez dictaminar la exención o la atenuación de su responsabilidad. La sífilis, pues, es condición necesaria para la aparición de la demenciante parálisis general progresiva, más no suficiente.

Esta reflexión interesa en un momento en que la investigación acerca de la naturaleza somática de la psicosis, especialmente de la esquizofrenia, está bastante avanzada. Conviene advertir ya, de antemano, que el descubrimiento de las alteraciones somáticas que habrán de caracterizar a un esquizofrénico en un procesado no supondrá por sí mismo que sea psicótico (de la misma manera que se puede ser sífilítico sin que se acompañe de alteraciones mentales consecutivas a la sífilis). Las alteraciones somáticas son, o han de ser, la condición necesaria pero no suficiente para que la psicosis exista, y en cualquier caso la psicosis se ha de reconocer por las alteraciones o síntomas psicopatológicos.

6. ENAJENACION (EN TERMINOS JURIDICOS) Y PSICOSIS (EN TERMINOS PSIQUIATRICOS)

Si el etiquetado clínico no tiene valor, o lo tiene en sí mismo escaso, es pertinente, entonces, que, sin usar de él, se hable en nuestro código vigente, junto al concepto de enajenación, de trastorno mental transitorio. ¿Por qué es esto así?

El Tribunal Supremo ha reconocido, a mi modo de ver justamente, que no se puede identificar el diagnóstico clínico de enfermedad mental, que es un concepto medicopsiquiátrico, con el concepto jurídico de enajenación. Dicho con otras palabras: *el concepto jurídico de enajenación abarca un campo semántico más amplio que el concepto psiquiátrico de psicosis (o de psicótico)*, aunque en algunos puntos se solapen. Veamos esto con cierto detalle:

- 1.º Un acto pasional, hasta un punto tal que lleve al sujeto al cometimiento de un acto que fuera de ese momento sería incapaz de realizar, es un acto jurídicamente enajenado, aunque en la más amplia técnica psicopatológica no sería considerado nunca un acto psicótico. Es, en suma, *un acto enajenado de un sujeto no psicótico*.
- 2.º Un sujeto que padece una psicosis, porque tiene síntomas característicos, como alucina-

ciones o delirios, no necesariamente hace de todos sus actos de conducta actos de conducta psicóticos. Lo vemos claramente en psicóticos crónicos, como los delirantes de celos o de persecución, que fuera de la sintomatología circunscrita de carácter psicótico pueden comportarse racionalmente. Por tanto, no será suficiente la consideración de que un sujeto padece una psicosis de la índole que sea, sino, si padeciéndola, su acto, aquel por el que se le juzga, es un acto psicótico.

Estas dos consideraciones nos llevan a concluir que *no todos los actos enajenados son psicóticos, aunque sí son enajenados los actos psicóticos*. Pero delimitando bien la diferencia entre *acto psicótico* y *acto de (sujeto) psicótico*. El acto psicótico es aquel que posee el rango de un síntoma de una psicosis, y la psicosis, como enfermedad, se la reconoce a través de él, como la infección se la detecta a través de la fiebre. Pero un acto de psicótico puede ser y puede no ser un acto psicótico, porque psicótico aquí se refiere al sujeto que padece una psicosis, y debería entonces precisarse de esta forma: *acto de sujeto psicótico*. Ahora bien: un sujeto psicótico lleva a cabo conductas psicóticas, más también conductas que no lo son.

El punto primero da pie ciertamente a toda suerte de especulaciones y pone a prueba muchas veces la posibilidad de juzgar con visos mínimos de solidez. Pero aun así, la conceptualización y teorización acerca del *trastorno mental transitorio* sitúa al jurista en el plano de las actuaciones humanas límites y, en consecuencia, por su enraizamiento en la pragmática de la conducta de un sujeto en una situación concreta, da al Derecho su categoría realista.

7. LO ANORMAL DE UNA CONDUCTA Y LA TEORIA DE LA MOTIVACION

Lo que interesa al juez, y al perito que debe auxiliarle, es la consideración, pues, de lo anormal de una conducta. Es una tarea difícil, porque no hay aún, ni por asomo, una teoría de la normalidad sobre la cual ha de sustentarse el o los criterios de la conducta anormal. En los momentos que siguen trataré de hacer una aproximación a una teoría, cuando menos, de la anormalidad. Hago de antemano la advertencia de que la mayor parte de las veces el criterio de anormalidad de una conducta debe basarse en los rasgos observables de la misma. Por tanto, los criterios de norma de estas conductas no se sustentan sobre criterios estadísticos, de frecuencia, de hábitos sociales, etcétera. Si así fuera, ello conduciría, y de hecho ha conducido, a graves desviaciones jurídicas (por ejemplo, a que en épocas aún no muy lejanas en el tiempo, se consideraran anómalas e incluso delictivas conductas como la fellatio, la homosexual, etc.).

¿Qué criterios han de seguirse para la consideración de una conducta como anómala?

No, desde luego, lo extravagante de la misma. Ha habido sujetos que han hecho tal cantidad de actos extravagantes a lo largo de su vida que, por decirlo de otro modo, han hecho de su vida una vida extra-

vagante. Pensemos en Salvador Dalí. Pero a nadie se le ocurriría considerar a Dalí psicótico.

Tampoco lo inusual de una conducta. Se cometen muchos homicidios. No obstante, el homicidio no es un acto usual ni la mayoría de los homicidas son psicóticos. A la inversa, conductas usuales, como el rechazar una bebida, o una comida, o el fumarse un cigarrillo pueden ser conductas anómalas, cuando, por ejemplo, en las primeras se vislumbra la posibilidad de que las fuerzas del mal traten de drogarlo para así proceder a su aniquilación, o en la segunda se hace tras la recepción de una orden divina emitida directamente al pensamiento del fumador.

Lo que decide la anormalidad de una conducta es su motivación. El homicidio en el caso Bustos es anormal por su motivación, y es en eso en lo que se diferencia de los numerosos homicidios de normales. Suscribir esta tesis de la motivación tiene el riesgo de su laxitud, pero es la única con la que se ha de contar. De aquí que actos tan usuales como el de apagar o encender un cigarrillo, como he dicho, pueda ser psicótico, como lo era en un caso de un homicida esquizofrénico que se juzgó en la Audiencia de Córdoba. Pues la decisión de fumar o de no fumar, como la de agredir intentando causar la muerte, o la doble muerte que finalmente produjo, le eran dictadas por la Providencia.

El juez siente escalofríos cuando se le advierte que lo que hay que indagar —tanto por parte del juez, ciertamente, cuanto por parte del psiquiatra— es la motivación del acto presuntamente delictivo. Tratar de la motivación, en último término, es juzgar intenciones. El juez se mueve cómodamente cuando juzga a partir de hechos observables, pero aún en tales casos se introducen, por la puerta falsa, los juicios de intención. Alguien mató; pero ¿lo hizo con o sin intención de provocar la muerte?; ¿fue incluso en legítima defensa? Pensemos que a diario los jueces han de habérselas con delitos de tráfico, en los que la consideración de culposos, dolosos o inintencionales es decisiva. Y, ¿cómo le es posible hacer esta inferencia inverificable? A expensas de la consideración de los denominados antecedentes del procesado, de la descripción del contexto situacional en el que se cometió el presunto delito. Circunstancias todas de notoria ambigüedad a la hora de la reconstrucción del acto por el cual se juzga. Pero no hay otras, y a ellas hay que aludir en calidad de *indicios* (desde el punto de vista semiológico, esto es, *trazos* de que la inferencia es o no es plausible).

De modo que el juez, en última instancia, procede con arreglo a una teoría de la motivación, que muchas veces es ingenua, muchas veces hasta muestra, no suficientemente respaldada por teorías psicológicas y psicopatológicas, pero la mayor parte de las veces no exenta de sentido común.

Por consiguiente, aun careciendo todavía de una teoría de la normalidad (lo cual es un escándalo que debe anotarse a la cuenta de psicólogos y psiquiatras), el juicio del magistrado ha de sustentarse sobre una teoría de la motivación. Y en este espacio somos los psiquiatras los que, alejados del etiquetado diagnóstico, podemos ayudar a la intelección de los motivos de la conducta que se juzga. En el caso Adarve —homicida de su esposa— (cito nom-

bres porque han sido casos públicos) traté de hacer ver al tribunal la cadena de motivaciones que condujo al parricidio en una situación tan constrictiva que limitaba notablemente cualquier otra posibilidad de decisión en el último momento. En la medida en que no pude persuadir al tribunal a que hiciera suyos estos juicios de intención, que mantuve después de un estudio muy detenido del caso, se le sentenció a una pena que consideré desmesurada. Pude haber hecho el diagnóstico de una psicosis de celos, difícilmente rebatible pese a no serlo, pero quise atenerme a la aplicación de una teoría de la motivación psicológica, porque me mantenía así en lo que consideraba moral y técnicamente correcto.

8. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

La teoría de la motivación es fundamental a la hora de la conceptualización del llamado *trastorno mental transitorio*.

Por éste no debe entenderse *solamente* el trastorno mental episódico, curable con restitución íntegra, sino que, según la sentencia del 34-35, es de esta índole cuando por causa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, aparece más o menos bruscamente, y con una duración en general no muy amplia y concluyendo por curación sin secuela, un trastorno que es producido por el choque psíquico de un agente exterior —agente exterior quiere decir tanto un agente físico cuanto psicológico.

Todos los tratadistas están concordes en sugerir que estas situaciones de trastorno mental transitorio son todas aquellas que, no habiéndose buscado de antemano, motivan en el sujeto una acción que, por su carácter cortocircuitado, denominamos *reacción*. Una reacción, por tanto, consecutiva a una situación —sin ella no se daría— en la que el control de los impulsos es, para el sujeto que la vive, prácticamente imposible. *De aquí que haya que poner en consideración la situación, el sujeto y su conducta*. No es necesario, pues, que exista «un fondo morboso», como alguna vez se exigió, término ambiguo que no quiere decir nada, y que la situación reactivaría descompensando al sujeto, sino que ya, en la sentencia del 34, se habla específicamente que es «una reacción de situación que produce en el individuo la alteración de su mente en términos tales que le hacen irresponsable de los actos en aquel momento cometidos por él mismo». Y abundando en esto, una sentencia del 81 admite que puede faltar el fondo patológico y «producirse el trastorno como consecuencia de estados pasionales y emocionales de alto grado y gran intensidad», y continúa hablando de la «exasperación de una emoción o de una pasión que... le priva (al sujeto) enteramente de sus facultades de raciocinio o de volición». Tales casos son situaciones límite en las que el sujeto puede encontrarse, y así deben ser analizadas en profundidad. Pero también lo son para el que ha de efectuar el peritaje y, desde luego, para el juez. Porque aquí se trata, *más que de constataciones de hechos, de interpretaciones de los mismos y, a renglón seguido, de juicios de valor (más o menos subrepticamente introducidos)*, que se interfieren en el pe-

rito y en el juez, ninguno de los cuales está libre de contaminaciones ideológicas e incluso de transferencias afectivas positivas o negativas respecto del procesado.

En una ciencia bien constituida, como lo son las ciencias positivas, los dos niveles objetales, el del lenguaje del primer nivel o lenguaje-objeto y el de segundo nivel o nivel teórico, que subsume las interpretaciones de los datos, se hallan claramente diferenciados. Pero esto no es tan fácil en las ciencias sociales o en las llamadas ciencias humanas. Si se logra en el plano de las exposiciones teóricas en alguna ocasión, es difícilmente obtenible en el de la actuación, en el de la praxis. Mientras en una ciencia factual la interpretación tiende a ofrecer una explicación del tipo causa-efecto, en las ciencias psicosociales la interpretación ha de adoptar, obligada-

mente, el tipo de la explicación motivo-efecto (en nuestro caso, presuntamente delictivo).

Dictámenes de este tipo ponen a prueba los conocimientos del perito, su capacidad de raciocinio, y también su sensatez. Y en el juez su capacidad de comprensión de un sujeto en un contexto determinado, desprendiéndose de prejuicios personales, de los inherentes a su pertenencia a un grupo y clases sociales determinados, a su subcultura, a su ideología política y/o religiosa. Porque si el psiquiatra como perito ha de esforzarse en casos de esta índole en mostrar la plausibilidad de su razonamiento, es el juez, luego, quien tiene la exigencia de formular su sentencia en un universo de discurso en el que penetren ante todo los hechos, pero también, de inmediato, las interpretaciones del perito y sus propias interpretaciones.

¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?

(A propósito de la sentencia publicada en el caso «Amedo», ¿o quizá debiera ser otra la etiqueta?...)

Luciano VARELA CASTRO

«Es preciso hacer como los animales que borran todas las huellas frente a su madriguera»

(Montaigne) ¹

ANTECEDENTES

1. Primero, en la fase instructora, se desestimó la pretensión de la acusación particular de que se investigasen los denominados fondos reservados (autos del Tribunal de 24 de abril y 16 de mayo de 1989) ².
2. Después, en trance de juicio oral, limitado el objeto procesal a un eufemístico delito de malversación por la utilización de aquellos fondos, con exclusión de todo acercamiento a las finalidades y responsables de su empleo, el Tribunal se declara abastecido de la «imprescindible base probatoria».
3. No obstante, la sentencia proclamaba en sede de hechos probados: que no puede asegurarse que la organización GAL constituya un grupo de poder inserto en los aparatos del Estado; que los procesados contrataron a sujetos para ejecutar los hechos que sanciona; que no se ha acreditado la procedencia del dinero con que el procesado sufragó los gastos, pese a contrastar sus escuálidos ingresos oficiales con las fuertes sumas de dinero manejado y, en fin, que no le ha sido revelada al Tribunal la forma de eventual control interno de los denominados fondos reservados.
Y esto no deja de poner de manifiesto una cierta incoherencia entre aquel acotamiento del objeto procesal y las orfandades probatorias asumidas respecto de hechos que, como los no esclarecidos, no era descabellado pensar pudieran ser mejor conocidos por la investigación cegada.
4. Denunciada la nulidad del juicio por ese veto a la investigación, la sentencia entiende producida una laguna legal en la que ahoga el derecho a la tutela judicial efectiva, al tiempo que

procura el salvamento del derecho-deber del Gobierno a garantizar la seguridad del Estado de Derecho.

LA CUESTION

Los procesados pertenecían al Grupo de Información Pura (desconozco el alcance de tan sugestivo calificativo) de la Brigada Regional de Información de la Jefatura de Policía de Bilbao. La sentencia proclama que actuaron con el doble objetivo de vengar los sedicentes crímenes de ETA y disminuir la capacidad operativa de ésta.

Con tales premisas, la eventual conexión del aparato del Estado con las actividades ilícitas constituye un objeto del que, cuando menos, es más cuestionable la legalidad de su preterición que la legitimidad de su planteamiento ³.

Impedir la investigación de tal conexión es la fórmula más segura para consolidar la convicción de su realidad. Pero, aun en el marco acotado por la sentencia, se suscita la cuestión sobre la que queremos reflexionar:

¿Resulta tolerable en un estado democrático y en qué condiciones la opacidad obstativa de investigaciones necesarias para la dispensa de la tutela judicial efectiva que pretenden la actuación del *ius puniendi* del Estado?

INTERESES EN CONFLICTO

La pregunta obliga a establecer cuáles son los intereses a que responden las contrapuestas pretensiones.

- a) Las limitaciones al principio de publicidad de la actuación de los órganos del Estado tienen

¹ Citado por Sciascia en la introducción de «El Contexto». Noguer. Barcelona, 1976.

² Se asumía así el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado —emitido a petición de la Sala— conforme al cual el legislador supraordenó el llamado secreto de Estado al de la investigación, sin que el Juez pueda valorar el eventual carácter abusivo de la alegación de aquel secreto. Según cita de Sanz Moreno en *Secreto e información en el Derecho Público*, pág. 2979... Homenaje al profesor García de Enterría. *Estudios sobre la Constitución Española*. Tomo III. Civitas. Madrid, 1991.

³ Puede consultarse un relevante trabajo sobre servicios secretos y estructura clandestina en la revista *Questione Giustizia*

1987, n.º 1. También la cita bibliográfica de Niceto Alcalá Zamora comentando el caso del asesinato de Humberto Delgado con denuncia de la implicación de los servicios secretos portugueses y español (*Política y proceso Civitas* Madrid, 1978) O recordar casos como los del affaire Dreyfus (un resumen abordaje se encuentra en el reciente trabajo de Fairén *Ensayo sobre procesos complejos* Tecnos) o el hundimiento del Rainbow Warrior, en referencia a los servicios secretos franceses. O en nuestro país, la no lejana y extraña resolución del denominado «caso Ballesteros» (Vid. el trabajo de Perfecto Andrés recopiado en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, bajo el título «Razones de la Jurisprudencia y razón de Estado»).

diversos grados en su alcance: junto al deber genérico de sigilo de los funcionarios —con carácter subjetivo para su delimitación— se prevén supuestos de materias —acotadas de modo objetivo— cuya clasificación es graduable como secreta o como reservada.

Mientras los primeros supuestos son causa de relevo de la obligación de determinados sujetos respecto de la obligación de testimoniar, los segundos implican materias no susceptibles de ningún tipo de prueba.

Difiere el fundamento de una y otra limitación a la investigación. Mientras en el deber genérico del funcionario el interés protegido es la eficacia de la acción administrativa o los intereses de particulares, la clasificación de materias sólo es posible en función de la seguridad o defensa del Estado.

La sanción jurídica del incumplimiento también se gradúa desde la grave figura de la traición (arts. 122 o 122 bis y 124 del CP.) hasta la de violación de secretos (art. 367 *ibíd.*) o la mera infracción disciplinaria (art. 7 del RD. 33/1986 de 10 de enero sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

- b) El interés de persecución penal del Estado «contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de la Justicia penal si tiende a la defensa de aquellos bienes jurídicos que en un Estado de Derecho las normas penales pueden tutelar, bienes respecto de los cuales el proceso penal es instrumento necesario de protección»⁴.

La sumisión de los ciudadanos, y también de los poderes públicos, a la ley es un mandato constitucional, que en el caso de la ley penal —reflejo del *ius puniendi* del Estado— sólo puede entenderse como reforzada. En su actuación se garantiza constitucionalmente el principio de legalidad, por un lado, y el de tutela judicial efectiva, por otro, constituyendo un elemento de éste el derecho a la prueba. Para su efectividad, además, establece la Constitución el obligado acatamiento por todos de las resoluciones jurisdiccionales y el deber de colaboración requerida en el proceso.

También estos intereses merecen protección penal a través de los delitos de prevaricación (art. 359 del CP) o denegación de auxilio (art. 371) además de la otorgada mediante la sanción de los delitos, quizás más graves, con los que aquellos concurrirían.

El denominado caso «Amedo» no es sino la evidencia de la potencial conflictividad de esos intereses.

Si mal puede afirmarse la insuficiencia de nuestro ordenamiento para su dirimencia, menos admisible parece emerger de la supuesta laguna —al modo de desesperado naufrago— confiriendo inmotivada hegemonía a uno de esos intereses.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO⁵

El balancin de intereses constituye una técnica, cada vez menos refutable, en los supuestos de conflictos suscitados entre derechos fundamentales. Mas aceptable debe ser cuando uno de éstos entra en supuesta colisión con un interés que no merece su tipificación como tal derecho fundamental, como ocurre con la no publicidad de determinados espacios del poder estatal.

1. Toda limitación a un derecho fundamental, como lo es el que se tiene a un juicio justo (art. 6 Convención Europea) o a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), exige, como primer requisito su previsión formal en una ley que, además, debe revestirse del suficiente grado de determinación e inequívocidad. Doctrina ésta que no sólo es predicable de las ingerencias ocasionadas «por» la actividad procesal, sino también «respecto a» esa actividad, en cuanto actuación de aquel derecho a la tutela judicial en un juicio justo.

Además, aquella limitación ha de ser teleológicamente funcional a la protección de otro interés de relevancia constitucional.

En el caso enjuiciado en la sentencia comentada es de resaltar que, conforme a la ley invocada para legitimar los obstáculos a la investigación (9/1968 de 5 de abril modificada por la 48/78 de 7 de octubre; art. 2), sólo son clasificables las materias cuyo conocimiento pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. El acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 otorgó la clasificación de secreto a diversas materias y entre ellas a «la estructura, organización y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas».

Aun cuando aquel fin de la seguridad y defensa del Estado puede entenderse de alcance constitucional, su concreción en el acuerdo gubernamental citado —además de soslayar el rango normativo de ley— carece de la taxatividad que su ulterior confrontación con un derecho fundamental exigía.

Pero es que, además, su concreta invocación es cuestionable. No puede olvidarse que la totalidad de los demás supuestos enumerados en el acuerdo tienen un inequívoco referente militar. Mal puede catalogarse en aquel apartado la actividad de los servicios policiales adscritos al Ministerio del Interior, salvo que se pretenda la militarización de las funciones de éste.

En todo caso, la actividad del aparato policial debe quedar fuera de lo secretable, con el rango de protección del secreto de Estado, si éste se configura como un Estado democrático.

Especialmente oportuna era la advertencia de Víctor Moreno Catena, tan significativa por su autoridad doctrinal como por su responsabilidad como Secretario General Técnico de ese Ministerio, circunstancia que no permite suponer variaciones de criterio. Advertía este autor que «la extensión que se deba

⁴ Degener citado por González Cuéllar en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* Colex. Madrid, 1990, pág. 251.

⁵ Una amplia exposición del alcance de este principio puede estudiarse en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Nicolás González Cuéllar. Colex. Madrid, 1990.

conferir a la expresión «defensa y seguridad del Estado»... debe quedar constreñida a la seguridad y defensa frente a una agresión efectiva o posible de un Estado extranjero»⁶.

También en la doctrina italiana coincidían Perchinunno⁷ y Pisapia⁸ en que sólo el secreto militar puede constituir un tolerable secreto de Estado, mientras que el denominado secreto político, por su «elasticidad» puede devenir fácilmente mero secreto de Gobierno y aun mero «secreto profesional de algún hombre político»⁹.

2. Cada vez que un derecho fundamental puede ser comprometido, la Constitución convoca al Poder Judicial como único que está legitimado para valorar la proporcionalidad de las medidas que lo limitan (arts. 17, 18, 20, 22, CE)¹⁰.

Se suscita así el problema de la legitimación del poder llamado a establecer el límite de la investigación. En un doble sentido: a) quien determina la materia tipificada como secreta, y b) quien decide si la pretensión investigadora incide o no en aquella materia.

El primer problema se soluciona, no de modo inquestionable, en la ley citada. Sólo el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (art. 4). Conviene advertir que la inaccesibilidad no es absoluta. No sólo porque no alcanza a las Cámaras (art. 10), sino porque se prevé que aquellos órganos faculten el conocimiento con las formalidades y limitaciones que se determinen (arts. 8 y 11).

El segundo problema no se resuelve por la simple cita del artículo 417 LECR. Por un lado, este precepto sólo releva al funcionario de la obligación de declarar, pero no excluye la materia como objeto de investigación por otros medios (registro documental). Por otro, porque deja en la indefinición cuál sea la autoridad que puede vincular al eventual testigo a obediencia debida para guardar silencio.

Pero es que, además, dicho precepto no obliga al juzgador a aceptar como inquestionable la excusa alegada. Si éste, actuando sus potestades, entiende improcedente, o, al menos inmotivada, la alegación de secreto, y resuelve iniciar causa penal, el problema se desplaza al consiguiente nuevo proceso que debe incoarse para injuiciar el eventual delito de desobediencia o denegación de auxilio. Esta responsabilidad sólo podría eludirse entonces si la negativa se funda de modo satisfactorio al parecer precisamente de la autoridad judicial, que resulte

competente en función de la persona responsable.

Las soluciones en el derecho comparado distinguen entre el genérico deber de sigilo funcional y el verdadero secreto de Estado. El artículo 137 del CPP portugués emplaza al Ministro de Justicia para que en treinta días confirme el secreto invocado por el testigo. El artículo 202 del CPP italiano exige esa confirmación por el Presidente del Consejo de Ministros en sesenta días. En uno y otro caso el silencio desautoriza la excusa.

En ambos ordenamientos, cuando se trata de secreto oficial —no de Estado— es la autoridad judicial la que, en definitiva, determina si la excusa es legítima.

No parece difícil admitir, por otro lado, que, en este punto, no sólo se trata de un conflicto entre intereses, sino también de un conflicto entre poderes del Estado, como advertía Pisani¹¹. Conviene recordar con Sturla que el vínculo impuesto al juez se traduce inevitablemente en una limitación de la autonomía e independencia de la función jurisdiccional, porque, haciendo depender la resolución de una específica cuestión del juicio de un órgano administrativo, se conculca la libertad de apreciación del juez sobre aquel punto¹².

La solución adoptada por la *House of Lords* británica, confiriendo al juez poder para inspeccionar de manera reservada los documentos secretos antes de su producción procesal, no es aceptable en nuestro derecho por cuanto limitaría el acceso a ellos de las partes con infracción del derecho de defensa, pero revela cómo también en ese sistema se confía al poder judicial la decisión final^{13, 14}.

Nuestro ordenamiento no permite la formalización ante el Tribunal Constitucional del conflicto entre el órgano jurisdiccional y el ejecutivo que decide obstar la investigación de aquél¹⁵. Pero aquél puede ser requerido, a través del recurso de amparo para, agotada la vía jurisdiccional, proteger el derecho fundamental de las partes procesales —acusadoras y acusadas— a la tutela judicial efectiva.

La decisión del Tribunal Constitucional sólo será posible tras la valoración de la legitimidad de la alegación del secreto decidido por el Gobierno, el cual deberá motivarla en ese proceso de amparo. Pero si éste tiene naturaleza subsidiaria¹⁶, no se comprende que la capacidad de conocimiento y decisión no venga ya atribuida a la autoridad jurisdiccional llamada a dispensar la tutela de los derechos funda-

⁶ Victor Moreno Catena. *El Secreto en la prueba de testigos del proceso penal*. Montecorvo Madrid, 1980, pág. 279.

⁷ Vincenzo Perchinunno. *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*. Giuffrè. Milano, 1972, págs. 201 y ss.

⁸ Gian Domenico Pisapia *Prova penale e segreto politico-militare*. En: *Archivio giuridico*, 1968, págs. 428-429.

⁹ Cuestionable parece el criterio al respecto mantenido por Jesús Bernal en «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal». *Revista Poder Judicial*, 2.º, época, número 5, págs. 20 y 21.

¹⁰ Ya Otto Bachoff proclamaba que la única fuerza que puede garantizar que al menos los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos, es el juez. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, pág. 45.

¹¹ Pisani. *Testimonianza e segreti*. Centro Nazionale di Prevenzioni e Difesa Sociale». Giuffrè. 1984.

¹² Citado por Moreno Catena en ob. cit., pág. 291.

¹³ Sobre el límite del Crown privilege puede consultarse el comentario a la sentencia del caso *Conway versus Rimmer & al.* de M. Capeletti en «Il segreto di Stato in una recente sentenza della House of Lords». *Riv. Dir. Proc.*, 1968, págs. 330 y ss.

¹⁴ En el trabajo citado informa Pisapia como en el ordenamiento germánico, aun cuando el juez penal deba someterse a la decisión del ejecutivo, la parte interesada en la prueba puede ejercitar acciones para tutelar su interés sometiendo a crítica la decisión gubernativa. Da cuenta también de la actitud de los órganos jurisdiccionales USA para someter a su control directo los documentos declarados secretos. *Loc. cit.* págs. 430 y 431.

¹⁵ Por el contrario, en el derecho portugués, el enjuiciamiento de personas relacionadas precisamente con el GAL y los hechos enjuiciados en la sentencia de referencia, ha dado lugar al recurso por el tribunal penal al Tribunal Constitucional a raíz de la invocación del secreto oficial.

¹⁶ Vid Cascajo Castro y Gimeno Sendra. *El recurso de amparo*. Tecnos. Madrid, 1985, págs. 145 y 153.

mentales en el proceso judicial, de obligada precedencia al constitucional de amparo.

3. Es doctrina del TC que los recortes o limitaciones del derecho a la jurisdicción hayan de aparecer, en último término, justificados por la *ratio* de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes o limitaciones se producen. (STC. 90/1985, 22 de julio, dictada en un caso de inmunidad parlamentaria que, siquiera en versión subjetiva, simplifica como aquí una limitación al mismo derecho fundamental).

Parece obvio recordar que, en un Estado democrático, el secreto oficial no puede ser nunca el medio para encubrir actos ilícitos.

Cuando la licitud misma de la actividad clasificada es lo cuestionado en el proceso no parece razonable conferir al órgano actuante, que por tal título está precisamente bajo sospecha, la facultad de obstar la investigación, monopolizando unilateralmente la valoración, y menos de modo inmotivado, de la procedencia legal del secreto.

Basta pensar en la restricción que supondría para la viabilidad de la acción penal ejercitada al amparo del artículo 102.2 CE contra el Presidente y miembros del Gobierno por cualquiera de los delitos contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones.

O, de modo más contundente, si cabe, la condena a la inoperatividad de la previsión establecida en el último párrafo del artículo 55 de la CE al ordenar la exacción de responsabilidad penal por la utilización ilegítima o abusiva de las facultades conferidas en la legislación especial sobre actuación de bandas armadas o terroristas.

4. Una última aplicación del principio de proporcionalidad lleva a la comparación de las alternativas consecuencias acarreadas por el mantenimiento del secreto y por su alzamiento.

Alegar que este último implicaría sanciones penales graves revela una debilidad argumentadora que no hace sino realzar las sospechas de su ilicitud. Sería difícil imaginar la viabilidad de una acción penal contra quien no hace sino acatar la decisión jurisdiccional de la pertinencia del medio probatorio. Como difícil resulta negar esta pertinencia cuando lo puesto en cuestión es el anidamiento en el seno del aparato del Estado de organizaciones con objetivos que difícilmente pueden eludir su calificación de terroristas, pero que, en todo caso, subvierten el orden constitucional al que aquél debe someterse en su actuación.

En ese sentido cabe citar previsiones de ordenamientos, como el italiano, que en el artículo 204 de

su CPP excluye el secreto, como excepción de lo investigable, cuando se trate de delitos que atenten al orden constitucional, entre los que deben incluirse los cometidos por aparatos de poder paralelo que, insertos en él los del estado prescinden de los límites legales actuando violentamente en la forma características de los delitos de terrorismo.

Pero es que, además, esa proporcionalidad, como límite a la exención de declarar, encuentra acogida en nuestro ley procesal. Así en el párrafo segundo del artículo 418 de la LECr., que por su ubicación sistemática —después del 417— no cabe entender sólo excepcionando el artículo 416, al que se refiere su primer párrafo, se restaura la obligación de declarar, eximida en los dos precedentes, cuando la causa verse sobre delito que revista suma gravedad, por atentar a la seguridad del Estado o a la tranquilidad pública, conceptos en los que nada impide incluir supuestos como los enjuiciados en la sentencia de referencia ¹⁷.

A MODO DE CONCLUSION

Asumir incondicionadamente el principio *salus publica suprema lex*, implica una toma de postura en el conflicto siempre existente entre individuo y Estado, del cual el examinado es un ejemplo, y que, cuando se reproduce en él, a aquel tan vinculado, entre los poderes del Estado, acaba en la claudicación del que tiene por misión la defensa de los derechos del individuo: el Judicial.

Pero una tal premisa ideológica, que concluye sesgando, so pretexto de tecnicismo, la interpretación del ordenamiento jurídico, cándidamente alejada de los valores constitucionales, no debiera olvidar que la opacidad del poder es la negación de la democracia ¹⁸.

Angustiosas parecen las preguntas de H.M. Enzensberger: ¿hay asesinos justos?; ¿somos todos traidores?; ¿para qué sirven los secretos de Estado?; ¿hay padres de la patria que son gánsters, y gánsters que son empresarios? ¹⁹. Sólo cabe desear que la respuesta desmienta la definición de Elías Canetti subrayando la dependencia antigua, estrecha y oscura entre asesinato y política; ejerce el poder quien puede dar muerte a los súbditos. El gobernante es el superviviente ²⁰.

En todo caso cabe concluir con Sánchez Ferlosio citando a Schmitt y afirmar que «donde todo depende del estado de cosas concreto y del éxito concreto a alcanzar, la diferenciación entre lo justo y lo injusto se convierte en una formalidad inútil» ²¹.

¹⁷ Nótese que el artículo 55 CE, antes citado, tipifica los delitos derivados del abuso de las suspensiones de derechos autorizadas en la legislación antiterrorista como integrados en la rúbrica de los que atentan contra la seguridad del Estado.

¹⁸ Norberto Bobbio. *Las ideologías y el poder en crisis*. Ariel, pág. 182.

¹⁹ *Política y delito*. Anagrama. Barcelona, 1987, última página.

²⁰ *Masse und Macht*. Hamburgo, 1960, págs. 259 a 282 citado por Enzensberger, obra cita pág. 11.

²¹ De *La dictadura*. citado por Sánchez Ferlosio en el epílogo a *Amedo, el estado contra ETA*, de Melchor Miralles y Ricardo Arques Plaza y Janes. Cambio 16. Barcelona, 1987.

Los Tribunales de Justicia y la inactividad de la Administración en materia sancionadora

Eduardo CALVO ROJAS

I

Con relativa frecuencia ha sido abordado por la doctrina y la jurisprudencia el espinoso problema de la ejecución de las sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo. El reiterado planteamiento de esta cuestión, puesto en relación con el de la efectiva realización del derecho a una tutela judicial efectiva, está plenamente justificado, pues a nadie se escapa que una sentencia que no se cumple no es sino papel mojado.

Así, frente a lo dispuesto en el artículo 103 de la aún vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 («la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso»), y frente a la tradicional «resistencia» de la Administración a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que le son desfavorables, existen multitud de pronunciamientos jurisprudenciales en el sentido de que la ejecución de sentencias entra de lleno en el ámbito de la potestad jurisdiccional atribuida a Jueces y Tribunales (arts. 117.3 de la Constitución y 2.1 LOPJ). De ahí que se señale de forma reiterada la necesidad de una nueva regulación que, sustituyendo a la contenida en la citada Ley Jurisdiccional (arts. 103 a 112), establezca los mecanismos adecuados para que aquel postulado constitucional no quede en mera proclamación formal.

Hasta ahora, sin embargo, el Gobierno no ha cumplido el mandato contenido en el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la LOPJ según el cual antes del 3 de julio de 1986 debiera haber remitido a las Cortes el proyecto de ley del proceso contencioso-administrativo. Por lo demás, diversas disposiciones postconstitucionales que con uno u otro alcance inciden sobre esta materia no resultan precisamente alentadoras: La propia LOPJ contempla en su artículo 18.2 la posibilidad de que por causa de utilidad pública o interés social declarada por el Gobierno sean expropiados los derechos reconocidos frente a la Administración en sentencia firme; el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local de 1986 establece en su artículo 182.4 (y, lo que es más grave, sin que exista precedente legal en las normas objeto de refundición) que las Corporaciones Locales podrán fraccionar hasta en un máximo de cinco anualidades el pago de las cantidades reconocidas en sentencia; en fin, tanto el Texto Refundido de Régimen Local (art. 182.1) como el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 (art. 44) reproducen el consabido «dogma» según el cual los

Tribunales no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra cualesquiera derechos, efectos o fondos públicos, y ello pese a que la Constitución (art. 123.1) refiere el privilegio de la inembargabilidad únicamente a los bienes de dominio público y a los bienes comunales.

El panorama normativo descrito no resulta, como decimos, demasiado alentador. Con todo, no vamos a insistir aquí en los problemas que plantea la ejecución de las sentencias contrarias a la Administración, que afecta sobre todo al derecho individual del administrado vencedor en el litigio. Queremos examinar una cuestión de alcance muy distinto y que incide de modo directo en el ámbito de los intereses difusos de la colectividad: ¿Qué sucede cuando la Administración no ejecuta las sentencias que le son favorables?; y, de forma más general, ¿qué sucede cuando la Administración no ejerce las potestades que tiene atribuidas para el restablecimiento de la legalidad y en defensa de los intereses de la colectividad?

La cuestión no es baladí. La práctica cotidiana demuestra que en el ámbito contencioso-administrativo son numerosos los pronunciamientos judiciales favorables a la Administración que luego no se llevan a efecto o que se ejecutan sólo parcialmente. Más aún, sucede con frecuencia que por no haber emprendido la Administración las actuaciones procedentes ni siquiera llega a suscitarse recurso contencioso-administrativo contra una decisión administrativa que no se ha producido. ¿Pueden los Tribunales, en tales casos, suplir la inactividad de la Administración a fin de ordenarle que adopte las iniciativas oportunas?; ¿puede, incluso, adoptar el propio Tribunal las decisiones que debieran producirse en vía administrativa?

II

Las cuestiones apuntadas encuentran especial significación en el ámbito de la denominada actuación administrativa de policía y del derecho administrativo disciplinario o sancionador. Ejemplos: disciplina de mercado, disciplina bancaria, protección de los consumidores, disciplina urbanística...

Sabido es que desde el punto de vista de la dogmática jurídica el derecho administrativo sancionador, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, está sujeto al principio de legalidad (art. 25 de la Constitución) y su efectiva aplicación no debe quedar entregada a criterios de discrecionalidad ni a ra-

zonas de oportunidad política. Sucede en la práctica, sin embargo, que junto a algunas muestras de extremado rigor se dan otros supuestos en que la Administración no actúa con igual celo: se abstiene de incoar siquiera procedimiento sancionador frente a conductas claramente ilegales, o no exige el cumplimiento de sanciones ya impuestas y que incluso han sido declaradas conformes a derecho en un eventual recurso contencioso-administrativo.

Ello es debido unas veces a simple ineficacia o incapacidad de gestión (la Administración se limita a dar palos de ciego o a castigar puntuales supuestos de ilegalidad con un claro propósito ejemplarizador). En otras ocasiones su desigual reacción puede responder a criterios de oportunidad política o a una deliberada arbitrariedad. En el fondo, late siempre el convencimiento (sin duda certero) de que la opción entre ejercer o no en según que casos la potestad sancionadora significa una fuente adicional y sumamente efectiva de poder.

Sea como fuere, la pasividad de la Administración frente a determinadas conductas ilegales resulta siempre irritante, no sólo por cuanto viene a suponer de tolerancia frente a quebrantamientos, a veces flagrantes, del ordenamiento jurídico sino también, y muy especialmente, por cuanto implica un agravio comparativo respecto de aquellos otros administrados menos afortunados a los que ha sido aplicado de forma rigurosa el régimen sancionador correspondiente.

Buena parte de las anomalías enunciadas no llegan siquiera a conocimiento de los Tribunales (no existe recurso contencioso-administrativo precisamente porque no se ha producido actuación administrativa previa), y en tales casos difícilmente puede esperarse reacción alguna por parte de aquéllos. Pero en otras ocasiones el Tribunal tiene constancia de que la Administración no ha exigido el cumplimiento de la sanción que ella misma impuso y que ha sido declarada ajustada a derecho, o bien, con motivo de un proceso referido a cuestiones colaterales llega a conocimiento del Tribunal una conducta que reviste claros indicios de ilegalidad administrativa que, sin embargo, no ha sido objeto del oportuno expediente sancionador.

La situación descrita puede encontrar algún alivio, al menos en teoría, en aquellos ámbitos del derecho administrativo en los que se admite el ejercicio de la acción pública (así en el derecho urbanístico, art. 235 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), pues algún interesado o sencillamente cualquier ciudadano o agrupación cívica pueden formular la correspondiente denuncia y, si pese a ello la Administración no actúa, podrá acudir a la vía contencioso-administrativa. En un plano realista, sin embargo, no cabe esperar demasiado en la actualidad de estas iniciativas ciudadanas: la complejidad y coste de los procesos y las limitaciones propias de una sociedad civil escasamente articulada determinan que tales actuaciones no sean frecuentes y que, por el momento, no pueda verse en ellas una vía de solución. Por lo demás, estas iniciativas podrían encontrar la tacha de «falta de legitimación» de sus

promotores en aquellos ámbitos de nuestro derecho donde no existe un expreso reconocimiento legal de la acción pública.

III

Siendo ello así, podría resultar atractiva la idea de que sean entonces los Tribunales quienes suplan aquella inactividad administrativa. Tal propuesta, sin embargo, ofrece no pocos inconvenientes.

No parece razonable pretender que frente a determinados indicios de ilegalidad el Tribunal contencioso-administrativo tramite y resuelva por sí mismo una suerte de expediente sancionador en sede jurisdiccional, pues con ello estaría realizando una actividad típicamente administrativa y quedaría desnaturalizada o incluso impedida una ulterior revisión jurisdiccional de la decisión adoptada. Podría aducirse que, sin llegar a tal extremo, el Tribunal sí puede ordenar a la Administración que inicie y tramite el correspondiente procedimiento sancionador o que ejecute la sanción que ya ha sido impuesta y declarada conforme a derecho. Pero aun entonces cabe preguntarse si ello es cometido propio del órgano jurisdiccional y si con ello no queda desvirtuada gravemente su función.

Piénsese que un pronunciamiento judicial de tal naturaleza sería por lo pronto incongruente con las pretensiones de las partes, pues partimos precisamente del supuesto (por desgracia frecuente) de que no exista persona o entidad que haya formulado denuncia y sostenido la pretensión sancionadora en el proceso. Por lo demás, hasta qué punto podría ser objeto de una normal revisión jurisdiccional aquella actuación administrativa que ha sido ordenada o impulsada desde la propia jurisdicción.

Es comúnmente aceptado que la función atribuida a los Tribunales de controlar la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Constitución) debe ejercerse a través de un proceso y en el marco de las pretensiones que en él se formulen. Más allá de estos límites existe el peligro de que el órgano jurisdiccional adopte una posición que a fuerza de beligerante venga en menoscabo de su imparcialidad y, en definitiva, el peligro de que quede desdibujado el necesario deslinde entre Administración y Jurisdicción.

IV

Con frecuencia se habla de las dificultades que existen para un efectivo control jurisdiccional de la discrecionalidad, la desviación de poder o la arbitrariedad en la actuación administrativa. Pues bien, las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que si ello es cierto cuando la Administración actúa, la dificultad es más difícil de vencer precisamente cuando la Administración no actúa.

Puede aceptarse que la anterior conclusión viene propiciada en gran medida por el propio esquema de la división de poderes en el seno del Estado, del que resulta que la Administración tiene encomenda-

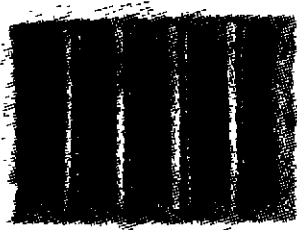
da la gestión de los intereses públicos mediante el ejercicio de la función ejecutiva (art. 97 de la Constitución) en tanto que a los Tribunales corresponde una función de control no estrictamente pasiva pero sí condicionada a la existencia de una pretensión a ellos dirigida.

En consecuencia, no parece que la solución deba venir por la vía de una hipertrofia de la actuación jurisdiccional, con los peligros que ello comportaría a los que ya se ha hecho alusión, sino más bien potenciando los mecanismos a través de los cuales los Tribunales pueden poner en marcha su actuación, no de oficio sino a instancia de parte. En este sentido pueden formularse diferentes propuestas:

- Llevar el reconocimiento legal de la acción pública a otros ámbitos del derecho administrativo, especialmente aquéllos con incidencia más inmediata en los intereses de la colectividad.

- Propiciar la existencia de agrupaciones sociales para la defensa de tales intereses (sin poner el acento en el fácil mecanismo de la subvención, dado el notable componente de dependencia que genera) y facilitar el acceso de tales agrupaciones a los Tribunales con reconocimiento expreso de su legitimación.
- Atribuir plena legitimación al Ministerio Fiscal para promover acciones en el ámbito contencioso-administrativo, de modo que los ciudadanos puedan dirigir por este cauce sus denuncias sin necesidad de promover por sí mismos a su costa el proceso contencioso-administrativo.
- Reclamar del Defensor del Pueblo una más decidida intervención en los supuestos de pasividad de la Administración frente a conductas ilícitas constitutivas de infracción administrativa.

ALGUNAS PERSONAS LLEVAN ESTE CÓDIGO DE BARRAS POR EL PRODUCTO DE SUS IDEAS.



**Colabora.
Estás en libertad**

AMNISTÍA  INTERNACIONAL

Apdo. Correos 50.318 - 28080 MADRID

INTERNACIONAL

La cuestión de la continuidad de las normas nacionalsocialistas en la Alemania de postguerra (1945-1949) ¹

Michaela DLUGOSCH

Las consideraciones siguientes deben formar una idea del problema de la vigencia de las normas nacionalsocialistas en las zonas alemanas ocupadas durante el periodo inmediatamente posterior a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. A tal fin, se tratará en primer lugar de las estrategias puestas en marcha por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y Unión Soviética en orden a la desnazificación del conjunto de las normas nacionalsocialistas existentes. Seguirá una serie de consideraciones sobre la actitud de la jurisprudencia alemana al respecto, que también afectarán a la estructura del personal judicial, así como a la actitud ante la ya existente jurisprudencia del Tercer Reich. Por último, se hará una breve referencia a las disposiciones constitucionales que se pronuncian sobre el tema que nos ocupa.

Puesto que no existe una discusión suficiente que afecte directamente a este tema en la historiografía jurídica alemana, siendo escasas y parciales las contribuciones con las que hasta el momento se cuenta, el presente trabajo ha debido servirse en primerísimo lugar de juicios y sentencias publicados en esos años. Materiales concernientes a la situación en la Zona de Ocupación Soviética son todavía disponibles en escasa medida; de un lado, porque se

conservan sólo parcialmente, y, de otro, porque antes de la reunificación alemana la mayoría de los libros publicados en la antigua República Democrática eran muy difíciles de conseguir en Alemania occidental; aún actualmente las existencias de literatura jurídica producida en el Este son muy restringidas. Por ello, las páginas siguientes se refieren principalmente a la situación en las zonas occidentales.

1. ACTITUD ALIADA ANTE EL ORDENAMIENTO NACIONALSOCIALISTA

Después de la capitulación incondicional alemana el 8 de Mayo de 1945, se legó como herencia del Régimen nacionalsocialista un orden jurídico politizado y pervertido, del que se había abusado, como instrumento de poder, tanto por la legislación como por la ideologizada interpretación y aplicación de las leyes ². Por ello, liberar al ordenamiento en su conjunto del ideario nacionalsocialista y llevar a cabo una constitución nueva del Derecho encaminada a la reeducación del pensamiento jurídico, eran para los Aliados, al asumir el poder del Estado, consecuencias sobreentendidas y necesarias. Base de es-

¹ Este trabajo fue originalmente concebido como contribución al Seminario "Desarrollo del Derecho y de la Constitución en las Zonas de Ocupación occidentales y en la Zona de Ocupación Soviética en la Alemania de postguerra (1945-1949)", durante el curso 1990/91. El Seminario fue dirigido por el Prof. Dr. Bernhard Diestelkamp, catedrático de Historia de Derecho y Derecho Civil en la Universidad Johann-Wolfgang-Goethe de Frankfurt am Main (Alemania). Se presenta aquí en traducción de la autora, que agradece la colaboración prestada en esta labor por Jesús Vallejo.

Las abreviaturas que se utilizarán en las notas son las siguientes: AG (= Amtsgericht); BB (= Der Betriebsberater); BGH (= Bundesgerichtshof); BGHZ (= Amtliche Sammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen); DJ (= Deutsche Justiz); DRZ (= Deutsche Rechts-Zeitschrift); DuR (= Demokratie und Recht); JR (= Juristische Rundschau); JuS (= Juristische Schulung); KG (= Kammergericht); KJ (= Kritische Justiz); KRAmtsBl. (= Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland); LG (= Landgericht); MDR (= Monatsschrift für Deutsches Recht); MilRegAmtsBl. (= Amtsblatt der Militärregierung in Deutschland); NJ (= Neue Justiz); NJW (= Neue Juristische Wochenschrift); OGH (= Oberster Gerichtshof

der Britischen Zone); OGHZ (= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Zivilsachen); OLG (= Oberlandesgericht); RGBL (= Reichsgesetzblatt); RJ (= Rechtshistorisches Journal); SJZ (= Süddeutsche Juristenzeitschrift); VerwG (= Verwaltungsgericht); ZNR (= Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte)

² Para una introducción general a la situación de la justicia bajo el régimen nacionalsocialista, véase Dreier, Ralf Sellert, Wolfgang (eds.), *Recht und Justiz im Dritten Reich*, Frankfurt am Main 1989; Salje, Peter (ed.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster 1985; Laufs, Adolf, "Die Berliner Justiz in der Zeit des NS-Regimes", en Ebel, Friedrich Randelzhofer, Albrecht (eds.), *Rechtswissenschaften in Berlin*, Berlin 1988, pp. 193 ss.; Preuss, Ulrich Klaus, "Die Perversion des Rechtsgedanken", en Troger, Jörg (ed.), *Hochschule und Wissenschaft im Dritten Reich*, 1986; Rütters, Bernd, "Die unbegrenzte Auslegung", en Davy, Ulrike Fuchs, H. (eds.) *Nationalsozialismus und Recht*, Wien 1990; Schier, Wolfgang, *Rechtsschein und Rechtswirklichkeit unter der nationalsozialistischen Herrschaft*, Würzburg 1961.

tas consideraciones, concebidas principalmente por los Estados Unidos, era la idea de destruir totalmente el fundamento personal y el ideario nacionalsocialista, así como su sistema estatal, con la finalidad de establecer las premisas para una democratización de Alemania, tal y como ya se declarara en la Conferencia de Yalta en febrero de 1945, dos meses antes de la terminación de la guerra.³

Teóricamente se ofrecían a los Aliados diversas posibilidades con miras a la renovación del orden jurídico. En primer lugar, anular *ex tunc* todos los Derechos de Soberanía del Estado nacionalsocialista. Una actuación de este tipo tal vez hubiera sido la forma de proceder más evidente, pero llevarla a la práctica sería tanto como constatar que el Estado alemán nacionalsocialista existió sin legitimación jurídica alguna desde el acceso de Hitler al poder. La misma fuerza de los hechos hacía indefendible tal consideración: desde el punto de vista de la política interior alemana, el régimen había llegado efectivamente a imponerse, habiendo de añadirse a ello, desde el punto de vista de la política internacional, la aceptación como legítimo del Gobierno del Reich.⁴ Los actos de Soberanía del Gobierno nacionalsocialista, por supuesto considerados formalmente, eran en este momento Derecho vigente, aceptados no sólo en el extranjero, sino también por la mayoría de la población alemana no obstante su abyección moral.⁵ Además se hubiera producido como consecuencia una extensión imprevisible de la inseguridad jurídica, lo que desaconsejaba notablemente tal solución. Todas estas razones pudieron contribuir a que en realidad los Aliados no se planteasen seriamente jamás llevar a la práctica una política basada en presupuestos tan extremos.⁶ Un método menos radical hubiera sido la anulación del conjunto de los actos de Soberanía del legislador na-

cional-socialista entre los años 1933 y 1945. Pero el resultado hubiera sido igualmente catastrófico en lo que respecta al principio de seguridad jurídica.⁷ La solución definitiva había de resultar de un difícil compromiso entre, por un lado, el mantenimiento de tal principio, y, por otro, la finalidad de la liquidación del ideario nacionalsocialista.⁸

La manera de actuar de los Aliados permite reconocer la combinación de tres estrategias principales para garantizar un comienzo nuevo del orden jurídico: en primer lugar, la derogación del derecho esencialmente nacionalsocialista; en segundo lugar, el establecimiento de reglas para la interpretación y aplicación de las normas nacionalsocialistas subsistentes; y en tercer lugar, la aplicación de tales reglas por un personal judicial desnazificado.⁹ Dichas estrategias muestran que las potencias ocupantes no pensaban en una derogación global de las normas, sino en la desnazificación del orden jurídico.¹⁰

Estaba previsto, ante todo, purificar el ordenamiento mediante la derogación de las leyes más profundamente ideologizadas, y por eso llamadas leyes nacionalsocialistas típicas.¹¹ Ya el 14 de julio de 1945, es decir, el mismo día de la toma de posesión de los Gobiernos Militares de Ocupación en sus respectivas zonas,¹² se llevó a efecto la anulación de las 25 Leyes nacionalsocialistas más importantes por su significación política, y ello mediante los artículos 1 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar,¹³ y 1 de la Ley No. 1 del Consejo de Control para Alemania,¹⁴ órgano este último establecido desde el 30 de julio de 1945 en Berlín.¹⁵

El programa de derogación de los Aliados tenía por finalidad primera la eliminación de las llamadas leyes fundamentales nacionalsocialistas (*nationalsozialistische Grundgesetze*), en las cuales se basaban el poder y el funcionamiento del Estado nacionalsocialista; entre otras, la Ley para el remedio de

³ Cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Entnazifizierung", en Zentner, Christian, Bedürftig, Friedemann (eds.), *Das große Lexikon des Dritten Reichs*, München 1985, pp. 154 s. (154); cfr. además la proclamación No. 1 del Gobierno Militar, cifra 1, en *Mil Reg Amts Bl.*, Nr. 1 (1945), p. 1; Stolleis, Michael, "Rechtsordnung und Justizpolitik 1945-1949", en Horn, Norbert (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Band I, München 1982, pp. 383 ss. (386); Kimminich, Otto, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Auflage, Regensburg 1987, p. 603; Wassermann, Rudolf, "Justizpolitische Kultur in der Bundesrepublik Deutschland", en Schoeps, Julius H., Hillermann, Horst (eds.), *Justiz und Nationalsozialismus*, Stuttgart/Bonn 1987, pp. 156 ss. (159 ss.); Wrobel, Hans, *Verurteilt zur Demokratie*, Heidelberg 1989, pp. 1 ss. y 101; Paech, Norman, "Recht und Antifaschismus nach 1945", en Bennhold, Martin (ed.), *Spuren des Unrechts*, Köln 1989, pp. 131 ss.

⁴ Stolleis (n. 3), p. 386; Stolleis, Michael, "Die Weiße Rose und ihre Richter", en *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), pp. 211 ss. (216 s.).

⁵ Stolleis (n. 4), p. 217.

⁶ Stolleis (n. 3), p. 386; Stolleis (n. 4), p. 217; Zimmermann, Reinhard, "Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (1948-1950) und die Fortbildung des Bürgerlichen Rechts", en *ZNR* 3 (1981), pp. 163 s.; Dilcher, Herrmann, "Bürgerliches Recht in den Westzonen 1945-1949", en Schwab, Dieter, Giesen, Dieter, Listl, Joseph, Strätz, Hans-Wolfgang (eds.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin 1989, pp. 221 ss. (223).

⁷ Stolleis (n. 3), p. 386; Wenzlau, Joachim, Reinhold, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945-1949*, Königstein im Taunus 1979, nota 2 en p. 9; cfr. también Pappé, H. O.,

"On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", en *Modern Law Review*, 23 (1960), pp. 260 ss. (274); Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*, München 1987, p. 204.

⁸ Stolleis (n. 3), p. 386.

⁹ Wenzlau (n. 7), p. 9; Laage, Clea, "Die Auseinandersetzung mit dem Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945", en *KJ*, 22 (1989), pp. 409 ss. (413); Wassermann (n. 3), p. 164.

¹⁰ Dilcher (n. 6), pp. 223 s.

¹¹ Müller (n. 7), p. 227; Laufs, Adolf, *Rechtswentwicklungen in Deutschland*, 3. Auflage, Heidelberg 1984, p. 351

¹² Dilcher (n. 6), p. 222

¹³ En *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 11. Las Leyes del Gobierno Militar fueron originalmente formuladas por el SHAEF (*Supreme Headquarter of the Allied Expeditionary Force*), el Cuartel General de las Fuerzas Expedicionarias Aliadas, que mantuvo el poder, y por ello también la competencia legislativa, hasta la toma de posesión de los Gobiernos Militares en sus zonas respectivas (Dilcher (n. 6), pp. 221 s.). Fueron éstos, tras su toma de posesión, los que las llevaron a efecto en cada circunscripción. A partir de este momento cada potencia ocupante pudo decidir sobre la legislación concerniente a su zona (Dilcher (n. 6), pp. 221 s.); para la eliminación en el ordenamiento jurídico del ideario nacionalsocialista. (Cfr. Stolleis (n. 3), p. 389). En cuanto a las normas del Consejo de Control Aliado, establecido en Berlín como órgano central, su vigencia se extendía a todas las Zonas de ocupación, estableciendo un marco para la legislación de éstas (Wrobel (n. 3), p. 105), pero sin que hubiera relación de subsidiariedad alguna entre los dos citados niveles de producción normativa. Cfr. Dilcher (n. 6), p. 222; Jaenicke, Günther, *Der Abbau der Kontrollratsgesetzgebung*, 1952, p. 26.

¹⁴ De 20 de septiembre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 1*, de 29 de octubre de 1945, p. 6.

¹⁵ Dilcher (n. 6), p. 222.

la miseria del Pueblo y del Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*)¹⁶, la legislación contra otras razas distintas a la raza aria, las leyes concernientes a la protección del Estado nacionalsocialista, así como varias leyes en las que se basaban los privilegios del Partido Nacionalsocialista y sus organizaciones. La abrogación, pues, de la parte fundamental de las normas del sistema habría de constituir la componente primera para fundamentar la constitución nueva del orden jurídico.

Siendo el de las leyes a derogar un catálogo abierto¹⁷, pasos sucesivos se dieron el 30 de enero de 1946 a través de la Ley No. 1 del Consejo de Control Aliado¹⁸, que se dirigió principalmente contra la legislación penal extraordinaria¹⁹. Afectado por esta norma se vio, por ejemplo, el artículo 2 del Código Penal (§ 2 *Strafgesetzbuch*)²⁰, que había permitido durante la época nacionalsocialista el uso de la analogía penal contra el reo, así como la pena por contravenir la "conciencia popular sana" (*gesundes Volksempfinden*), un término de contenido impreciso del que se podía abusar por parte de la justicia nacionalsocialista como medio e instrumento arbitrario de eliminar a cualquiera a quien pudiera considerarse enemigo del régimen o un estorbo para llevar a cabo las finalidades del sistema²¹. Se derogaron además los artículos del Código Penal concernientes a delitos de alta traición y traición a la Patria (§§80-94 *Strafgesetzbuch*), el Decreto Penal Extraordinario de Guerra (*Kriegs-sonder-strafrechtsverordnung*)²², y el Decreto Antiparasitario Popular (*Volksschädlingsverordnung*)²³, así como decretos que preveían contra polacos y judíos penas desproporcionadas (*Polen- und Judenstrafrechtsverordnungen*)²⁴. Una nueva reducción normativa se operó el 20 de junio de 1947 a través de la Ley No. 55 del Consejo de Control Aliado. A partir de ese momento, pues, todas las normas penales posteriores a 1933 habían ya desaparecido²⁵.

Las alteraciones que se introdujeron en otros cam-

pos jurídicos se situaron dentro de unos márgenes comparativamente estrechos. Así, las efectuadas en el ámbito del Derecho matrimonial supusieron una modificación insignificante con respecto al estado de tal ordenamiento en 1938²⁶. Y ello porque, a pesar de la finalidad explícitamente racista de la parte suprimida de la regulación, los Aliados no consideraron el Derecho matrimonial en su conjunto como expresión de la ideología nacionalsocialista²⁷. Un procedimiento similar puede observarse en el terreno del Derecho sucesorio²⁸. Sucesivas derogaciones se verificaron en el campo de la jurisdicción administrativa²⁹, del Derecho laboral³⁰, del Derecho inmobiliario³¹, del Derecho cinematográfico³², y de las normas que regían las relaciones Iglesia-Estado³³.

A pesar del aumento permanente del catálogo de normas suprimidas, la legislación de los Aliados sólo fue capaz, por razones prácticas, de lograr la eliminación de una pequeña parte del conjunto del ordenamiento nacionalsocialista³⁴. La consecuencia evidente fue la continuidad en la vigencia de las leyes no derogadas.

El modo de actuar ante el Derecho nacionalsocialista no afectado por el catálogo de derogaciones se determinó a través de los artículos II a IV de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, y II de la Ley No. 1 del Consejo de Control Aliado³⁵. Tales normas sirvieron especialmente a la finalidad de evitar todas aquellas discriminaciones procedentes de la ideología nacionalsocialista que infringieran el principio general de igualdad ante la ley.

El primero de los citados artículos prohibía cualquier discriminación por razón de nacionalidad, raza, confesión o actitud contraria al Partido Nacionalsocialista; el segundo (art. III) declaraba la interdicción de interpretar y aplicar las leyes vigentes según la ideología derrotada, y de utilizar la jurisprudencia alemana del Tercer Reich imbuida de tal ideología³⁶. La norma alcanzaba también a la literatura ju-

¹⁶ Dicha ley de 24 de marzo de 1933 (*RGBl.* I, p. 141), más conocida como Ley de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*), creaba el fundamento para la instalación de la dictadura nacionalsocialista; habiéndose aprobado por mayoría de 2/3 de los miembros presentes en el *Reichstag*, tal respaldo hubiera sido inalcanzable de no haberse impedido, mediante detenciones o coacciones diversas, la asistencia de los 81 miembros del Partido Comunista y 26 de los 120 miembros del Partido Socialista (cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Ermächtigungsgesetz", en Zentner Bedürftig (n. 3), pp. 157 s.). Sus previsiones incluían la asunción efectiva de la potestad legislativa por parte del NSDAP y se extendían hasta la supresión de la condición de conformidad de las leyes a la Constitución; véase también Salje (n. 2), p. 141; Mejer, Diemut, "Der allgemeine Gleichheitssatz und seine Umwandlung zum Sonderrecht im nationalsozialistischen Staat", en Davy Fuchs (n. 2), pp. 55 ss. (63 ss.).

¹⁷ Así explícitamente el art. I cifra 2 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl.* Nr. 1 (1945), p. 11.

¹⁸ Ley No. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 3, de 31 de enero de 1946, p. 55.

¹⁹ Stolleis (n. 3), p. 388.

²⁰ De 28 de junio de 1935, *RGBl.* I, p. 839.

²¹ Cfr. von Brünneck, Alexander, s.v. "Gesetze", y "Justiz" en Zentner Bedürftig (n. 3), respectivamente pp. 212 y 298.

²² De 17 de agosto de 1938, *RGBl.* I, p. 1455.

²³ De 5 de septiembre de 1939, *RGBl.* I, p. 1679.

²⁴ De 4 de diciembre de 1941, *RGBl.* I, p. 759

²⁵ Stolleis (n. 3), pp. 388 ss.

²⁶ Dilcher (n. 6), p. 225; la desnazificación se actuó a través

de la Ley No. 16 del Consejo de Control de 20 de febrero de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 4, de 31 de marzo de 1946, p. 77.

²⁷ Nehlert, Gerhard, "Das Ehegesetz des Kontrollrats für Deutschland", en *JR* 1947, p. 69; Zimmermann (n. 6), p. 163 nota 43.

²⁸ Ley No. 37 del Consejo de Control de 30 de octubre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 11, de 31 de octubre de 1946, p. 220

²⁹ Art. V de la Ley No. 36 del Consejo de Control de 10 de octubre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 11 (n. 26), p. 183

³⁰ Ley No. 22 del Consejo de Control de 10 de abril de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 6, de 30 de abril de 1946, p. 133; Ley No. 35 del Consejo de Control de 20 de agosto de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 10, de 31 de agosto de 1946, p. 174; Ley No. 40 del Consejo de Control de 30 de noviembre de 1946, en *KRA mts Bl.* Nr. 12, de 30 de noviembre de 1946, p. 229; Ley No. 56 del Consejo de Control de 30 de junio de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 16 de 31 de julio de 1947, p. 287

³¹ Ley No. 44 del Consejo de Control de 10 de enero de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14 de 31 de marzo de 1947, p. 256; Ley No. 45 del Consejo de Control de 20 de febrero de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14, p. 256

³² Ley No. 60 del Consejo de Control de 19 de diciembre de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 18, de 31 de enero de 1948, p. 298

³³ Ley No. 49 del Consejo de Control de 20 de marzo de 1947, en *KRA mts Bl.* Nr. 14 (n. 31), p. 265

³⁴ Stolleis (n. 3), p. 388.

³⁵ Lewald, Walter, *Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands*, Marburg 1948, p. 37.

³⁶ Art. III cifra 6 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl.* Nr. 1 (1945), p. 12

ridica influenciada por el ideario nacionalsocialista³⁷. Además se decretó en el mismo artículo III la aplicación e interpretación de las normas nacionalsocialistas según el "sentido literal de sus términos" (*klarer Sinn des Wortlauts*); se pretendía con ello que los jueces hiciesen caso omiso de interpretaciones ya establecidas, evitándose así posibles desviaciones en la aplicación de las leyes que podían también derivarse de la toma en consideración de la voluntad o fin del legislador. El artículo IV vedaba explícitamente la aplicación analógica en materia penal, así como la punición por presunta contravención de la "conciencia popular sana"³⁸, prohibiendo también la imposición de castigos crueles o excesivos³⁹. A esto último vino a añadirse la Directiva General No.1 para Jueces, en su cifra 8b (*Allgemeinen Anweisung an Richter Nr.1 Ziffer 8b*), anulando todas las agravaciones de la pena dictadas con posterioridad al 30 de enero de 1933⁴⁰. Condenas firmadas por tribunales alemanes, no ejecutadas y en contradicción con las reglas establecidas por el Gobierno Militar de Ocupación, tuvieron que ser revisadas o, en su caso, modificadas o anuladas en virtud del artículo IV de la Ley No. 1 del Gobierno Militar⁴¹.

Se pensaba que el aseguramiento de las reglas de interpretación y aplicación de las leyes mencionadas sólo se podía conseguir confiando en la aplicación legítima de las normas subsistentes por un personal judicial desnazificado y democrático⁴². En tal sentido, ordenó el artículo 2 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar la clausura de los órganos de la jurisdicción ordinaria, así como el cierre del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) y del Tribunal Administrativo Supremo del Reich (*Reichsverwaltungsgericht*), hasta que se publicasen órdenes suplementarias por escrito⁴³. Al mismo tiempo se suprimieron el Tribunal Popular (*Volksgeschichtshof*), la jurisdicción del Partido (*Parteiengerichtbarkeit*)⁴⁴ y las jurisdicciones extraordinarias (*Sondergerichtbarkeit*)⁴⁵.

El artículo IV de la Ley No. 4 del Consejo de Con-

trol Aliado⁴⁶ suspendió en el ejercicio de sus funciones a todos los jueces, magistrados y fiscales que habían pertenecido al Partido Nacionalsocialista⁴⁷. La Proclamación No. 3 del citado Consejo declaraba los principios a los que debía responder la nueva autoridad judicial, habiendo de constituirse en virtud de ellos una justicia democrática basada en la equidad, en la igualdad ante la ley y en las máximas de un proceso justo⁴⁸.

2. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA Y LAS NORMAS NACIONALSOCIALISTAS SUBSISTENTES

Los Aliados, en razón de la falta de tiempo y de la envergadura excesiva de la tarea a realizar, pudieron someter al orden jurídico nacionalsocialista solamente a una revisión muy incompleta.⁴⁹ Se suscitó entonces en los tribunales y juzgados ordinarios, después de su reapertura progresiva a partir de mayo de 1945⁵⁰, la cuestión de si la efectiva derogación de las normas nacionalsocialistas tenía carácter cerrado, o si por el contrario existía un derecho adicional de revisión del juez en cuanto a la aplicabilidad de las normas subsistentes⁵¹.

En principio, la jurisprudencia en su conjunto se decantó por esta última solución, basándose en la existencia de un derecho de revisión reconocido en el artículo III cifra 7 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar (prohibición de la aplicación e interpretación según la ideología nacionalsocialista). La argumentación era la siguiente: si al juez le está prohibido aplicar e interpretar las leyes según el ideario nacionalsocialista, sería absurdo que no tuviese también la competencia de revisar en aquellos supuestos en los que de los términos literales de una ley determinada pudiera desprenderse su espíritu nacionalsocialista, de manera que su subsistencia fuese insopor- table para el nuevo orden jurídico. Por ello, la magistratura interpretó dicho artículo de la Ley del Go-

³⁷ Arts. II y III de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr.1* (1945), pp. 11 y 12; Art. II de la Ley del Consejo de Control Nr. 1, en *KRA mts Bl. Nr.1* (n. 14), p. 6.

³⁸ Art. IV, cifra 7 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1*, p. 12.

³⁹ Art. IV cifra 8 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, *MilReg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12.

⁴⁰ *Schleswig-Holsteiner Anzeiger* (1946), p. 4.

⁴¹ Art. IV c.ífra 10 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12; Proclamación No. 3 del Consejo de Control de 20 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 1* (14), p. 22.

⁴² Cfr. Ley No. 4 del Consejo de Control de 30 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 2*, de 30 de noviembre de 1945; véase también arts. V cifra 9 y VII cifra 12 a de la Ley No. 2 del Gobierno Militar; Müller (n. 7), p. 204; Wenzlau (n. 7), p. 9; Perels, Joachim, "Die Restaurator der Rechtslehre nach 1945", en *KJ*, 17 (1984), pp. 359 ss. (360).

⁴³ Art. IV cifra 7 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 13.

⁴⁴ Es decir, un traslado de competencias jurisdiccionales sobre delitos políticos a los departamentos y organizaciones del Partido, especialmente a órganos de policía como la *GESTAPO* o la *SS*, con facultades tanto para impedir la celebración del juicio legalmente previsto, como para intervenir en un proceso pendiente, e incluso para actuar posteriormente con independencia de la decisión judicial; cfr. VonBrünneck, s.v. "Justiz" y "Recht", pp.

297 s., respectivamente p. 490, en Zentner Bedürftig (n. 3); Mejer (n.16), p. 169, Schimmier, Bernd, *Recht ohne Gerechtigkeit*, Berlin 1984, pp. 9 ss.

⁴⁵ A través del art. II cifra 4 de la Ley No. 2 del Gobierno Militar, en *Mil Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 13. Se trataba de instancias especialmente concebidas para el enjuiciamiento de delitos políticos, dedicándose preferentemente al Derecho penal extraordinario. Ya el Decreto de 21 de marzo de 1933 (*RGBl. I*, p. 136) había previsto la creación de un Tribunal extraordinario (*Sondergericht*) en cada partido judicial. En 1934 se instauró el Tribunal Popular (*Volksgeschichtshof*), que asumió las competencias del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgericht*) en materia de delitos políticos. Contra sus sentencias no había posibilidad de recurso. Cfr. VonBrünneck, s.v. "Justiz", en Zentner Bedürftig (n. 3), p. 296.

⁴⁶ De 10 de octubre de 1945, en *KRA mts Bl. Nr. 2*, de 30 de noviembre de 1945, p. 26.

⁴⁷ Cfr. también, Directiva No. 24 de 12 de enero de 1946, cifras 1 y 2, en *KRA mts Bl. Nr. 5* de 31 de marzo de 1946, p. 98.

⁴⁸ En *KRA mts Bl. Nr. 1* (n. 14), p. 22.

⁴⁹ Stolleis (n. 3), p. 388, Wenzlau (n. 7), pp. 145 ss.; Wengler, Wilhelm, "Die Nichtverwendung nationalsozialistischen Rechts im Lichte der Rechtsvergleichung und der allgemeinen Rechtslehre", en *JR* 1949, p. 77.

⁵⁰ Wrobel (n. 3), p. 106; Stolleis (n. 3), p. 402; Zimmermann (n. 6), p. 159.

⁵¹ Laage (n. 9), p. 416; Stolleis (n. 3), p. 402.

bierno Militar, no sólo como método de aplicación de las normas nacionalsocialistas subsistentes, sino también como legitimación para la revisión de la aplicabilidad de dichas leyes⁵².

La opinión contraria, que se basaba en que este derecho de revisión sería competencia exclusiva del legislador⁵³, no pudo imponerse antes de fines de 1948 y comienzos de 1949, por ser corolario de la corriente de opinión que defendía la continuidad del Estado alemán existente antes del año 1945: a tal continuidad del Estado, no afectada entonces por la capitulación incondicional, habría de corresponder una continuidad del orden jurídico⁵⁴.

Pero antes de entrar más directamente en el estudio del ejercicio del derecho jurisdiccional de revisión, y por ser factor decisivo en su aplicación, es necesario ofrecer una visión de la estructura del personal judicial alemán a partir del año 1945 en las diferentes Zonas de Ocupación.

El proyecto aliado preveía también una praxis judicial llevada a cabo por un personal no condicionado⁵⁵. Pero había que contar con las consecuencias que resultaban de la suspensión de la mayoría de los jueces, magistrados y fiscales, en virtud de lo decretado por la Ley No. 4 del Consejo de Control Aliado⁵⁶: dado que casi la totalidad del aparato judicial estuvo incorporado al Partido Nacionalsocialista⁵⁷, existía una escasez aguda de personal en los tribunales y juzgados reabiertos, incapaces entonces de dominar el número creciente de procesos. Todavía en una primera fase se intentó dar una respuesta de emergencia a esta situación de penuria de personal mediante la recuperación de quienes habían ejercido sus cargos antes de 1933, y que en razón de ello no podían tener la consideración de funcionarios del Régimen⁵⁸. Pero este intento de compensación del personal judicial a través de la vuelta a la vida activa de los jubilados no podía en absoluto resolver el problema. El número de jueces y fiscales ejercientes antes del año 1933 era exiguo, y la cantidad de los procedimientos pendientes aumentaba de día en

día. En los años de la postguerra, además, el porcentaje de criminalidad era alto. Habían de buscarse otras formas más efectivas de dominar este problema, porque todos los indicios pronosticaban una catástrofe para la administración de justicia.

En poco tiempo, no se vio en las Zonas occidentales otra salida que la consistente en relajar la orden radical de suspensión del personal judicial a la que más arriba se hizo referencia⁵⁹ (art. IV de la Ley No. 4 del Consejo de Control)⁶⁰. La iniciativa la tomaron los responsables de la Zona de Ocupación Británica dictando la famosa "*Huckepack-Klausel*" ("cláusula a cuestas")⁶¹; con ella se posibilitaba que por cada persona libre de sospecha que entrase en el servicio judicial, entrase también un miembro de la justicia inculcado formalmente en función de su pasado nacionalsocialista⁶². En las restantes zonas occidentales se acudió al empleo temporal, como jueces ayudantes, del personal judicial inculcado; en virtud de la tolerancia de los gobernantes, estos jueces normalmente conseguían más tarde cargos ordinarios. De todas formas se encontraron numerosas posibilidades para la reintegración del personal judicial anterior, así que se actuó en los años de la postguerra casi la reconstrucción completa del pretendidamente extinguido aparato de justicia nacionalsocialista⁶³. El efecto fue que el derecho de revisión de la vigencia de las normas nacionalsocialistas quedaba de nuevo en manos de los funcionarios del régimen anterior, casi todos sin excepción miembros del Partido Nacionalsocialista, hecho en modo alguno indiferente para el problema que examinamos. Pero, a pesar de todo, sería injusto decir que todos ellos intentaron abusar maliciosamente de sus competencias poniéndolas al servicio de las finalidades del Partido. Durante el procedimiento de desnazificación se clasificó a la mayoría del personal judicial en las categorías de "concurrente" o de "menos implicado" (respectivamente, "*Mitläufer*" y "*minderbelastet*")⁶⁴, según fueron conocidas tales categorías en Alemania traduciendo su original denominación en lengua inglesa)⁶⁵. Desde luego había un

⁵² Wengler (n. 49), pp. 76 s.; KG Berlin de 27 de febrero de 1946, en *JR* 1947, p. 27; OLG Braunschweig de 6 de febrero de 1946, en *SJZ* 1948, col. 118; OLG Neustadt, de 4 de agosto de 1949, en *MDR* 1949, p. 702; OLG Kiel de 22 de enero de 1947, en *DRZ* 1947, p. 198; OLG Freiburg de 12 de junio de 1946, en *DRZ* 1947, p. 65; OLG Tübingen, de 24 de febrero de 1947, en *DRZ* 1947, p. 164; para la opinión contraria, exclusivamente OLG Hamburg de 26 de marzo de 1947, en *MDR* 1947, p. 137 con el argumento de la inseguridad jurídica dominante.

⁵³ Conrad, Rolf, "Die in der Britischen Besatzungszone gültige Fassung des Strafgesetzbuchs (Stand 1. Mai 1947)", en *JR* 1947, p. 65; Verw G München de 12 de julio de 1947, en *NJW* 1947, p. 78; Beitzke, Günter, anotación a la sentencia del KGB erlin de 1 de agosto de 1947, en *SJZ* 1948, col. 263; OGH de 11 de abril de 1949, en *OGHZ*, tomo 2, p. 35 (36s.).

⁵⁴ Cfr. Wengler (n. 49), p. 67 s.; Laage (n. 9), p. 417.

⁵⁵ Es cuestión ya más arriba tratada.

⁵⁶ Véase nota 42.

⁵⁷ Müller (n. 7), p. 204 s.; Wrobel (n. 3), p. 129 s.; Scholz, Friedrich, *Berlin und seine Justiz*, Berlin/NewYork 1982, p. 68.

⁵⁸ Müller (n. 7), p. 205; Wrobel (n. 3), pp. 108 y 122.

⁵⁹ Diestelkamp, Bernhard, "Kontinuität und Wandel der Rechtsordnung 1945-1955", en Herbst, Ludolf (ed.), *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Sondernummer Westdeutschland 1945-1955; Unterwerfung, Kontrolle, Integration*, München 1986, pp. 85 ss. (94); Stolleis (n. 3), p. 395; Hund, WolfD. Seegert, Christian, "Bürgerliche Hegemonie und konservative Kontinuität der Justiz", en

Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie (= Restauration im Recht), Opladen 1988, pp. 7 ss.

⁶⁰ Véase nota 42.

⁶¹ Distelkamp, Bernhard, "Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme der Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland", en *JuS* 1981, pp. 409 ss. y 488 ss. (482); Eickhoff, Bärbel, "Entnazifizierung und Restauration der Justiz 1945-1949", en *Jahrbuch für Sozialökonomie und Gesellschaftstheorie (= Restauration im Recht)*, Opladen 1988, pp. 101 ss. (111).

⁶² Müller (n. 7), p. 205; Stolleis (n. 3), p. 395; Wassermann (n. 3), p. 164; Diestelkamp (n. 61), p. 492; Diestelkamp (n. 59), pp. 93 ss.; Müller (n. 7), pp. 205 ss.; Wenzlau (n. 7), pp. 137 ss.; Wrobel (n. 3), p. 144.

⁶³ Stolleis (n. 3), p. 396; Wrobel (n. 3), pp. 143 ss.

⁶⁴ Distelkamp (n. 59), p. 95.

⁶⁵ El primer procedimiento de la desnazificación, introducido a través de las Leyes No. 1 (de 20 de septiembre de 1945) y No. 2 (de 10 de octubre de 1945) del Consejo del Control Aliado (*KRA mts Bl. Nr. 1*, de 29 de octubre de 1945, pp. 6 ss. respectivamente 19 ss.), tal vez demasiado estricto, se revisó ya a finales de 1945 para evitar las consecuencias negativas que ya se podían advertir en la administración pública. Un segundo paso se dio en la Zona de Ocupación Americana, mediante la llamada ley de liberación del nacionalsocialismo y militarismo (*Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus*) de 5 de marzo de 1946, cuya aplicación se extendió a las otras zonas de ocupación a través de la Directiva No. 38 del Consejo de Control Aliado de 12 de octubre de 1946 (*KRA mts Bl. Nr. 11*, de 31 de oc-

porcentaje no insignificante que estaba convencido del ideario nacionalsocialista, pero puede afirmarse de modo incontestable que la mayor parte eran meros simpatizantes o personas que se plegaron al sistema bien para medrar en su seno, o bien por miedo al ostracismo o a castigos mayores.

Y además operaba aquí un factor de importancia: la mayor parte del personal judicial restituido en sus puestos había recibido su formación jurídica fundamental antes de 1933, siendo en ellos más fuerte la impronta del estándar conservador-burgués del Imperio alemán y de la República de Weimar que la influencia ejercida por la ideología del Estado nacionalsocialista⁶⁶. Aunque la posición del positivismo como doctrina verdaderamente dominante en la teoría y en la práctica durante la época de Weimar se haya puesto en duda⁶⁷, es al menos seguro que la formación jurídica durante el Imperio fue fuertemente positivista⁶⁸, basándose por tanto en una obediencia estricta a las leyes y en la sumisión a los dictados de la autoridad, resultando como consecuencia la aplicación e interpretación acrílicas de la norma⁶⁹; y cierta influencia de estas concepciones hubieron de mantener su influencia también durante la República de Weimar. Pero si bien es cierto que el positivismo pudo facilitar una continuidad fluida entre Weimar y el Régimen nacionalsocialista, explicar tal efecto sólo con dicha causa sería en exceso reduccionista, porque hay que ver esta continuidad en conexión con otro factor que hunde sus raíces en la abolición del Imperio alemán y en la fundación revolucionaria de la República de Weimar. La justicia alemana sufrió, con el derrumbamiento del Imperio en 1918, un choque del que no pudo recuperarse. El Estado de Weimar fue siempre débil e inestable⁷⁰, sin poder alcanzar nunca el ideal de un Estado fuerte que conectara con las aspiraciones conservadoras y autoritarias de la judicatura⁷¹. Si bien la justicia nunca acabó de sentirse cómoda en el papel de representante de esta República tan vulnerable, tampoco intentó minar el Estado de Weimar o abolir la República. Mas si los jueces continuaban cumpliendo con sus deberes, seguían también manteniendo su fidelidad tradicional a la monarquía, con respecto a la cual existió siempre una fuerte solidaridad⁷². Otro factor a tener en cuenta, y no de me-

nor importancia, es la gran pérdida que había sufrido su imagen tradicional en la sociedad. Y ello no sólo como consecuencia de un menoscabo del status social de los jueces provocado por el descenso de los sueldos, relativamente bajos si se comparan con los de otros funcionarios del Estado de categoría similar⁷³, sino también por la convicción dominante de ser la justicia culpable de no saber manejar jurídicamente las actividades terroristas a principios de los años veinte; si a ello se añaden las feroces críticas y las presiones continuas, manifestadas sobre todo en los casos en que una sentencia afectase a delitos políticos, resulta como consecuencia una justicia permanentemente sentada en el banquillo de los acusados⁷⁴.

Sea cual fuere la fuerza real de cada uno de los factores que acaban de señalarse, lo que de ellos resulta es que no era ciertamente necesario ser un nacionalsocialista convencido para aceptar sin excesivos problemas el nuevo régimen: desde el punto de vista del aparato judicial, cualquier cambio había de ser para mejor⁷⁵. Más tarde, en los procesos contra los crímenes del nazismo, los jueces se disculparían alegando su vinculación al Derecho vigente, logrando con tal argumento el reconocimiento de su inocencia. Curiosamente, su integración en el aparato de justicia a partir de 1945 se logró mediante la intervención de factores similares a los que habían evitado la solución de continuidad entre la República de Weimar y el Estado nacionalsocialista: el positivismo jugó también aquí su papel. Así, si bien podía apreciarse en las sentencias una cierta influencia del pensamiento de la época anterior, por ejemplo en el modo de expresión, la orientación impuesta por los Aliados de adaptarse estrictamente a los términos literales de la norma, facilitó sin duda su incorporación en el nuevo aparato de justicia.

Una solución completamente diferente se llevó a la práctica en la Zona de Ocupación Soviética. Se decidió una estructuración radicalmente nueva del personal judicial. Según la Orden No. 204 de la Administración Militar Soviética (*Befehl Nr. 204 der Sowjetischen Militäradministration*)⁷⁶ quedaban suspendidos en sus funciones todos los miembros de la judicatura que hubiesen pertenecido al Partido Nacionalsocialista⁷⁷. La compensación de la consi-

tubre de 1946, p. 184). Dicha ley clasificaba a los antiguos miembros del Partido Nacionalsocialista en cinco categorías: 1. *Hauptchuldige*; 2. *Belastete*; 3. *Minderbelastete*; 4. *Mitläufer*; 5. *Entlastete*. La mayoría del personal judicial fue incluida en las categorías inferiores. Cfr. Beck, Reinhart, s.v. "Entnazifizierung", en *Zentner Bedürftig* (n. 3), pp. 154 s.

⁶⁶ Cfr. Stolleis (n. 3), p. 402

⁶⁷ Cfr. Luf, Gerhard, "Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für "gesetzliches Unrecht"", en Davy Fuchs (n. 2), pp. 18 ss. (27 s.); Walther, M., "Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht?", en Dreier Sellert (n.2), pp. 323 ss. (334); Kirchheimer, Otto, *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Neuwied/Berlin 1965, pp. 314 ss.

⁶⁸ Luf (n. 67), p. 28

⁶⁹ Southern, David B., "The Impact of the Inflation: Inflation, the Courts and Revaluation", en Bessel, Richard Feuchtwanger, E.J., *Social Change and Political Development in Weimar Germany*, New Jersey 1981, pp. 55 ss. (62); Koch, Hannsjoachim W., *Der Volksgeschichtshof*, München 1988, p. 31.

⁷⁰ Un ejemplo ilustrativo: durante los años 1918 a 1928 los gabinetes de la República de Weimar no duraron en ningún caso

más de siete meses, cfr. Koch (n. 69), p. 30; Bessel, Richard, "Themes in the History of Weimar Germany", en Bessel, Richard Feuchtwanger, E.J., *Social Change and Political Development in Weimar Germany*, New Jersey 1981, pp. 11 ss.; Eschenberg, Theodor, *Die improvisierte Demokratie. Gesammelte Aufsätze zur Weimarer Republik*, München 1963, p. 11.

⁷¹ Walter (n. 67), p. 334; Rottleuthner, Hubert, "Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung", en *DuR*, 1987, pp. 373 ss.

⁷² Koch (n. 69), p. 31 y nota 19, y p. 33. Se desarrolló por ejemplo en este tiempo la "tesis de las dos almas" (*Zwei-Seelen-Theorie*), muy típica para esta época. Sus defensores no veían contradictoria la aceptación de la República de Weimar con la oposición a la forma constitucional del Estado al cual sirvieron.

⁷³ Southern (n. 69), pp. 64 s.; cfr. también Bry, Gerhard, *Wages in Germany 1871-1945*, Princeton 1960.

⁷⁴ Koch (n. 69), p. 38.

⁷⁵ Koch (n. 69), p. 45.

⁷⁶ De 23 de agosto de 1947, en *NJ* 1947, p. 198.

⁷⁷ Benz, Wolfgang, "Die Entnazifizierung der Richter", en Diestelkamp, Bernhard/Stolleis, Michael (eds.), *Justizalltag im Dritten Reich*, Frankfurt am Main 1988, p. 121; cfr. también Schöneburg,

guiente escasez de personal judicial se logró, de un lado, a través de "jueces populares" (*Volksrichter*), que recibían en los primeros momentos de aplicación de la citada Orden una a todas luces insuficiente formación de unas seis semanas⁷⁸, y, de otro, por los así llamados "jueces de acción instantánea" (*Richter im Soforteinsatz*), reclutados exclusivamente de entre personas cuyo pasado estuviera libre de vinculaciones indeseables, y sin que se requiriese como condición necesaria formación jurídica alguna⁷⁹; en no pocas ocasiones se obligó a miembros del Partido Comunista a asumir el cargo de jueces de acción instantánea. Como ya se hiciera en las Zonas occidentales, también aquí se llevó a cabo el restablecimiento del personal judicial jubilado antes de 1933, así como la confirmación en sus cargos de aquellos que nunca pertenecieron al Partido Nacional-socialista⁸⁰; por el propio antagonismo de ideologías, un reemplazo en el aparato judicial de antiguos miembros del Partido estaba fuera de cualquier consideración. Por ello, seguramente, este personal judicial no estuvo tan marcado por el ideario de los vencidos, pero tampoco puede decirse que alcanzase las cotas más deseables en lo que se refiere a su independencia: ya su formación estaba dirigida fundamentalmente al cumplimiento de los ideales de los modelos jurídico y estatal conformados por el marxismo-leninismo⁸¹. Más claramente expresado: se sustituyó una determinada politización del aparato de justicia por otra de signo diverso, instrumentalizándose la justicia, como luego pudo claramente mostrar la experiencia de la República Democrática Alemana, de modo similar al que siguiera el Estado nacionalsocialista en su momento⁸². Los únicos que pudieron quedar en principio un tanto al margen de tal instrumentalización fueron los jueces restablecidos —jubilados antes de 1933— o confirmados —no miembros del Partido Nacional-socialista— en sus cargos. Pero esta situación no duró mucho: los primeros, por obvias razones de edad, hubieron de retirarse pronto, y el control sobre los segundos aumentó progresivamente a medida que la situación política de la postguerra dejó de ir teniendo requerimientos más urgentes.

En lo que se refiere ya más estrictamente al ejercicio del derecho de revisión, ha de afirmarse en primer lugar que la cuestión del modo de proceder con las normas nacionalsocialistas subsistentes creó en los tribunales y juzgados problemas graves⁸³. Prescindiendo de complicaciones tales como la escasez de equipo material simple, textos legales o papel⁸⁴, el problema esencial era la incógnita de cuándo tenía que considerarse una ley como norma nacionalsocialista típica y, consiguientemente, cómo podía fundamentarse una decisión a favor o en contra de la vigencia de tal norma⁸⁵. En este caso no había ayuda en el ordenamiento de los Aliados. La ausencia de un tribunal superior de revisión que pudiera orientar de manera homogénea la jurisprudencia dificultaba aún más la labor del juez⁸⁶, pues sólo los responsables de la Zona de Ocupación Británica, y con competencia territorial exclusivamente limitada a ella, implantaron a mediados de 1948 una instancia central: el Tribunal Supremo para la Zona de Ocupación Británica (*Oberster Gerichtshof für die Britischen Zone*)⁸⁷. Acuerdo unánime sólo existía en la consideración de que la derogación de las leyes nacionalsocialistas decretada por los Aliados tenía que efectuarse *ex nunc*⁸⁸, en razón de las graves consecuencias que, en otro caso, se derivarían para la seguridad del tráfico jurídico⁸⁹.

Por las consecuencias catastróficas a que llevara el positivismo dominante hasta 1945, que identificaba Derecho y ley escrita independientemente del contenido de ésta, y que permitió que numerosas normas, no obstante su incorporación de injusto material grave, fuesen aplicadas como Derecho⁹⁰, la jurisprudencia en las Zonas occidentales buscó en los primeros momentos criterios orientativos, en orden a la aplicabilidad del Derecho subsistente, ante todo en los valores suprapositivos del Derecho natural: normas nacionalsocialistas o sentencias que se basaban en dichas leyes debían encontrar, en su caso, la razón de su falta de legitimidad jurídica al confrontarlas con los principios supratemporales del iusnaturalismo⁹¹. Con tal fundamento podía arrinconarse aquella parte del ordenamiento que no fuese

Karl-Heinz, *Von den Anfängen unseres Staates*, Berlin (Ost) 1975, p. 42; Schöneburg, Karl-Heinz, *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, Berlin (Ost) 1983, p. 247; Hund Seeger (n. 59), p. 27; Eickhoff (n. 59), p. 102.

⁷⁸ Stolleis (n. 3), p. 393; Benz (n. 77), p. 117; Schöneburg (n. 77), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, pp. 252 ss.; Benjamin, Hilde, *Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949*, Berlin (Ost), 1976, pp. 91 ss.

⁷⁹ Wrobel (n. 3), p. 120; Stolleis (n. 3), p. 392; Diestelkamp (n. 59), p. 93.

⁸⁰ Benjamin (n. 78), p. 46; Schöneburg (n. 78), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats der DDR 1945-1949*, p. 249.

⁸¹ Para una introducción a las finalidades políticas de las autoridades soviéticas en su zona, véase Malte Gladis, Christian, *Alliierte Wiedervereinigungsmodelle für das geteilte Deutschland*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1990, pp. 4 ss.; Schöneburg (n. 78), *Errichtung des Arbeiter- und Bauernstaats in der DDR 1945-1949*, p. 249 ss.

⁸² Cfr. los estudios comparativos de Ottmar Schneider sobre el paralelismo de las técnicas jurídicas concernientes al servicio público en el Tercer Reich y en la República Democrática de Alemania, en Schneider, Ottmar, *Rechtsgedanken und Rechtstechniken totalitärer Herrschaft*, Berlin 1988, pp. 17 ss.

⁸³ Wrobel (n. 3), p. 162.

⁸⁴ Stolleis (n. 3), p. 398; Wrobel (n. 3), p. 128.

⁸⁵ Wengler (n. 49), p. 67.

⁸⁶ Stolleis (n. 3), p. 398.

⁸⁷ Zimmermann (n. 6), p. 160.

⁸⁸ Stolleis (n. 3), p. 402; OLG Kiel de 26 de marzo de 1947, *SJZ* 1947, col. 327; LG Hagen de 1 de marzo de 1947, *MDR* 1947, p. 30; OLG Saarbrücken de 21 de mayo de 1947, *DRZ* 1947, p. 342; cfr. también Coing, Helmut, anotación a la sentencia del mismo juzgado, *DRZ* 1947, p. 342.

⁸⁹ LG Hagen, *MDR* 1947, p. 29; OLG Saarbrücken de 21 de mayo de 1947, *DRZ* 1947, p. 341.

⁹⁰ Majer, Diemut, "Justiz zwischen Anpassung und Konflikt", en Schoeps, Julius Hillermann, Horst, *Justiz und Nationalsozialismus*, Stuttgart/Bonn 1987, pp. 156 ss. (121).

⁹¹ Fundamental en este sentido Coing, Helmut, "Zur Frage strafrechtlicher Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze" en *SJZ* 1947, cols. 61 ss., así como, del mismo autor, *Die oberste Grundsätze des Rechts*, Heidelberg 1947, especialmente pp. 131 ss.; Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1947, p. 35, con explicación de las así llamadas "tesis de lo insoponible" (*Unerträglichkeitsthese*) y "tesis del desmentido" (*Verleugungsthese*), desarrolladas por este autor, del que también ha de verse "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *SJZ* 1946, cols. 105 ss. (107).

compatible con tales principios, y así se actuó en muchas ocasiones a partir de 1946⁹². Así, por ejemplo, las leyes que decretaron la expropiación de los judíos fueron declaradas contrarias al Derecho natural y nulas de pleno derecho⁹³. De la misma manera se actuó con respecto a la cuestión de la legitimidad formal de un decreto de Hitler con el que discrecionalmente se habilitaba a los médicos para la eliminación de la vida despreciable, indigna, o que no merece la pena de ser vivida (*lebensunwertes Leben*): se argumentaba, para declarar su nulidad, que la legitimidad formal de dicho decreto no debía prevalecer sobre los principios del Derecho suprapositivo, *ius cogens* también para el Estado⁹⁴.

Por consiguiente, el Derecho natural sirvió a la jurisprudencia alemana de la postguerra como una especie de filtro que se utilizó para recuperar lo que se consideraba esencia verdadera del Derecho, temporalmente oculta bajo las normas nacionalsocialistas⁹⁵. La vigencia supratemporal del Derecho natural se vio en este tiempo de confusión como garantía de la continuidad de la vigencia del Derecho en general, constituyendo para el orden jurídico su cimiento, no susceptible de alteración. Además el Derecho natural cumplía otra función: aunque conservara la mayoría de los jueces una cierta impronta del nacionalsocialismo, aferrarse al Derecho natural les permitió legitimar sus sentencias como neutrales, situándose al abrigo de las críticas que pudieran venir desde el exterior.

Otra orientación se adoptó también en las Zonas occidentales: la oposición a los principios de legitimidad del nacionalsocialismo, y la determinación favorable al establecimiento de una autoridad civil en el marco de un Estado de Derecho, proceso ya iniciado antes de la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn⁹⁶.

En un primer momento también en la Zona soviética tuvo una cierta presencia la idea de orientarse al Derecho natural⁹⁷, pero sin posibilidad alguna de imponerse: los responsables de esta zona atajaron esta posibilidad ya al comienzo por causas políticas. Verdaderamente se intentaba, en cualquier caso, liberar al Derecho de sus influencias nacionalsocialistas, pero no con el fin de crear un orden jurídico

neutro, sino como instrumento para la construcción del nuevo Estado socialista. Y justamente por esta razón se desestimó la orientación al Derecho natural, que no hubiera facilitado la politización jurídica y social pretendida a través de la ideología marxista-leninista⁹⁸.

Especialmente a partir del año 1947⁹⁹, la jurisprudencia de las Zonas occidentales se decantó, en lo referente a la determinación de la aplicabilidad de las normas nacionalsocialistas en discusión, y sin dejar de lado todavía al Derecho natural, por acudir cada vez más a criterios que tenían por fin su neutralización, con el fin de lograr de esta manera la legitimación necesaria para su continuidad en el nuevo orden jurídico.

Con base en el artículo III cifra 6 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, que declaraba decisivo para la interpretación de una norma nacionalsocialista el sentido literal de sus términos, la jurisprudencia desarrolló paralelamente el criterio de que también para dictaminar la continuidad de una norma nacionalsocialista sería determinante su contenido objetivo, habiendo de prescindirse de los motivos y de la finalidad del legislador¹⁰⁰. Más debía marcar la pauta la consideración de hasta qué punto podían servir las normas nacionalsocialistas subsistentes, desnudas de todo componente antidemocrático y de política racial, para una evolución jurídica progresiva según las necesidades de la práctica¹⁰¹, en la medida en que en función de las circunstancias temporales fuese su mantenimiento de interés público, o respondiese a necesidades objetivas o a los requerimientos de la práctica judicial¹⁰². El Tribunal Supremo de la Zona Británica llevaba dicha concepción al extremo de considerar inaplicable una ley sólo en el caso de que su contenido condujese necesariamente a una interpretación en sentido nacionalsocialista¹⁰³.

El discutible artículo 1595 a del Código civil (§1595a *Bürgerliches Gesetzbuch*) en su versión de 12 de abril de 1938, que otorgaba autorización al fiscal para la impugnación de la legitimidad del hijo en función del interés público o en el del propio hijo, nos ofrece un buen ejemplo de lo que acaba de expresarse. En virtud de las antedichas consideraciones se declaró la continuidad de su vigencia¹⁰⁴, a

⁹² AG Wiesbaden de 13 de noviembre de 1945, *SJZ* 1946, col. 36; OLG Frankfurt a. M. de 12 de agosto de 1947, *SJZ* 1947, col. 622; OLG Frankfurt a. M. de 9 de junio de 1947, *BB* 1947, p. 208; LG Berlin de 12 de agosto de 1947, *JR* 1948, p. 52; OLG Kassel de 10 de octubre de 1946, *SJZ* 1946, col. 235; OLG Hamburg de 15 de febrero de 1946, *SJZ* 1946, col. 94 (95); OLG Köln de 31 de julio de 1947, *NJW* 1947/48, p. 26, respectivamente de 14 de octubre de 1947, *NJW* 1947/48 p. 70 (70 s.); para más referencias véase Langner, Albrecht, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Köln 1959, pp. 98 ss.

⁹³ AG Wiesbaden de 13 de noviembre de 1945, *SJZ* 1946, col. 36.

⁹⁴ OLG Frankfurt a. M. de 12 de agosto de 1947, *SJZ* 1947, col. 622.

⁹⁵ Kirn, Michael, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?*, Schriften zum Öffentlichen Recht Nr. 194, Berlin 1972, p. 85; cfr también la sentencia de 11 de junio de 1952 del BGH, en *BGHZ*, tomo 6, pp. 208 ss.

⁹⁶ Kirn (95), p. 85; Uffelmann, Uwe, *Der Weg zur Bundesrepublik; Wirtschaftliche, gesellschaftliche und staatliche Weichenstellungen 1945-1949*, Düsseldorf 1988, p. 14.

⁹⁷ Stolleis (n. 3), p. 393.

⁹⁸ Stolleis (n. 3), p. 393.

⁹⁹ Laage (n. 9), p. 418.

¹⁰⁰ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 102; OLG Hamburg de 30 de julio de 1947, *MDR* 1948, p. 26; OLG Kassel de 29 de septiembre de 1948, con la anotación de Schrod, *W.*, *NJW* 1949, p. 385.

¹⁰¹ OLG Kassel de 29 de septiembre de 1948, *NJW* 1949, p. 385.

¹⁰² KG Berlin de 22 de octubre de 1947, *JR* 1948, p. 165; OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (39); Beitzke, Günther, anotación a la sentencia del KG de 1 de agosto de 1947, *SJZ* 1948, col. 264; Clemens, "Die Anfechtung der Ehelichkeit durch den Staatsanwalt", en *MDR* 1947, pp. 221 s.; Guggemos, anotación a la sentencia del KG de 1 de agosto de 1947, *NJW* 1947/48, p. 388.

¹⁰³ OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37).

¹⁰⁴ OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37); KG Berlin de 1 de agosto de 1947, con anotación afirmativa de Guggemos, *NJW* 1947/48, p. 388; OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 385; Beitzke (n. 102), col. 263; Clemens (n. 102), pp. 221 ss.; Boehmer, Gustav, "Zur Rechtsstellung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbesondere

pesar de su admitida finalidad racista ¹⁰⁵, solamente con la restricción de que no podía argumentarse sobre la base de la jurisprudencia anterior ¹⁰⁶. La decisión se fundamentaba en la pervivencia de un interés público también en función del hijo, considerándose que la norma podía seguir sirviendo a la sociedad del momento. Su tenor literal hacía posible entonces su aplicabilidad en el orden jurídico nuevo como si fuese el resultado de una evolución jurídica normal ¹⁰⁷. Mas frente a ello, y curiosamente, se excluyó la posibilidad de una acción estatal encaminada a la averiguación de la filiación por sangre según establecían los artículos 640 y ss. del Código procesal civil (§§ 640 ff *Zivilprozeßordnung*), actuándose en este caso así en razón de la evidente cercanía de esta regulación a la legislación racista ¹⁰⁸.

Aparentemente no había en este supuesto posibilidad alguna de despolitización mediante criterios objetivos.

También en el campo del Derecho penal sirvió el criterio del contenido objetivo como legitimación para el mantenimiento de la vigencia de normas que contuvieran formulaciones típicamente nacionalsocialistas, tales como "por la protección del Pueblo" ("*zum Schutz des Volkes*") ¹⁰⁹, o "conciencia popular sana" ¹¹⁰. Especiales dudas suscitaba esta última expresión, dada la ya al principio aludida prohibición aliada ¹¹¹. Mientras que con anterioridad a 1947 se había negado la vigencia de las leyes que contuviesen dicha fórmula ¹¹², a partir de dicho año, y en un proceso paralelo al de reintegración progresiva del antiguo personal judicial, se manifestó un cambio apreciable en el punto de vista jurisprudencial: comenzó a considerarse esa "conciencia popular sana" como un mero tópico que no había necesariamente de indicar que se estaba ante una norma nacionalsocialista típica. Solamente en aquellos casos en los cuales se pudiese reconocer claramente que la fórmula servía como fundamento de la pena (*strafbegründendes Merkmal*), tendría que negarse la continuidad. Cuando, por el contrario, la fórmula aparecía en el texto de la norma como regla de interpretación (*interpretatives Merkmal*) —así en los artículos 240 II y 253 II del Código penal—, no se excluía la aplicabilidad de la misma, estimándose que tales supuestos no contradecían la prohibición de los Aliados ¹¹³. Se trata de un ejemplo bien claro

de las consecuencias a las que podía llevar el reestablecimiento de la judicatura antigua: ésta intentaba trasladar al nuevo orden jurídico, en la medida de lo posible, las normas del orden jurídico derrotado. Y tal actitud no ha de entenderse como mero revanchismo político, sino más bien como un conservador intento de autolegitimación, por parte de los jueces, de su trayectoria anterior. Había, además, argumentos en los que basarse, jugando especial papel en esta ocasión la obligada atención al contenido objetivo de la norma, haciendo caso omiso de su finalidad, lo que facilitaba enormemente el mantenimiento de su aplicabilidad bajo las nuevas condiciones jurídico-políticas ¹¹⁴. Las modificaciones se limitaron a sustituir la "conciencia popular sana" por otro concepto de abstracción similar, el de las "buenas costumbres" ("*guten Sitten*"), sin duda más adecuado al nuevo contexto; con ello se consiguió el mantenimiento de los artículos 240 II y 253 II del Código penal (§§ 240 II, 253 II *Strafgesetzbuch*) ¹¹⁵. De manera similar pudo mantenerse la aplicabilidad del art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*), que permitía el recurso de revisión en razón de "protección del pueblo" ("*Schutz des Volkes*") ¹¹⁶.

Así pues, mediante la atención preferente al contenido objetivo de la norma, la reducción de sus términos al nuevo contexto político-jurídico y la orientación hacia la nueva racionalidad jurídica exigida por el Estado de Derecho, podían presentarse como neutrales las normas nacionalsocialistas en discusión, legitimándose así la opción favorable al mantenimiento de su vigencia, y viéndose facilitada su aplicabilidad en las nuevas circunstancias al evitarse la toma en consideración tanto de la finalidad originaria del legislador como de los criterios de interpretación de la jurisprudencia subsiguiente.

Aunque ya en menor medida, otro criterio sirvió también a la jurisprudencia alemana de postguerra para dilucidar la cuestión: la atención al Derecho comparado, siempre por supuesto dentro del ámbito de países democráticos ¹¹⁷. En favor del mantenimiento, por ejemplo, de la aplicabilidad del art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*) se utilizó como argumento añadido el hecho de que una norma similar existía también en Suiza ¹¹⁸. Lo mismo sucedió con el artículo 211 del Código penal (§ 211 *Strafgesetzbuch*) ¹¹⁹, que se ha-

dere zur Anwendung des § 1595a BGB", en *NJW* 1947/48, pp. 52 ss.; Von Habel, Ulrich, "Ehelichkeitsanfechtung durch den Staatsanwalt?", en *JR* 1948, pp. 176 s.; Schwoerer, J., "Ist § 22 der 1. Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz noch anzuwenden?", *DRZ* 1947, p. 121.

¹⁰⁵ Cfr. la argumentación oficial, en *DJ* 1938, pp. 619 ss.; Rexroth, "Die Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938", en *DJ* 1938, pp. 707 ss.

¹⁰⁶ OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 385; Clemens (n. 102), *MDR* 1947, p. 222; Von Habel, *JR* 1948, p. 176; OGH de 11 de abril de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 35 ss. (37).

¹⁰⁷ Dilcher, p. 224

¹⁰⁸ OLG München de 11 de mayo de 1946, *SJZ* 1947, col. 33 (34); OLG Celle de 28 de mayo de 1946, *SJZ* 1946, col. 154 (155); OGH de 24 de junio de 1949 en *OGHZ*, tomo 2, pp. 123 ss. (127 ss.); OLG Frankfurt a. M. de 18 de noviembre de 1946, en *SJZ* 1947, col. 94; LG Berlín de 16 de octubre de 1946, en *NJW* 1947/48, col. 229

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, el art. 359 I del Código procesal penal (§ 359 I *Strafprozeßordnung*).

¹¹⁰ Por ejemplo los arts. 240 II y 253 II del Código penal (§§ 240 II, 253 II *Strafgesetzbuch*), en su texto modificado por el Decreto de 29 de mayo de 1943, *RGBl.*, p. 339

¹¹¹ Cfr. art. IV de la Ley No 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946, en *KRA mts Bl. Nr. 3* de 31 de enero 1946

¹¹² OLG Stuttgart, *SJZ* 1946, de 26 de junio de 1946, col. 120; OLG Freiburg de 5 de junio de 1946, en *DRZ* 1946, p. 61; OLG Oldenburg de 22 de junio de 1946, *DRZ* 1947, p. 135; LG Dortmund de 16 de abril de 1946, *SJZ* 1946, col. 120

¹¹³ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218; Niethammer, Emil, anotación a la sentencia del OLG Freiburg de 5 de junio de 1946, *DRZ* 1946, p. 62.

¹¹⁴ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218; Niethammer (n. 113), p. 62.

¹¹⁵ OLG Kassel de 22 de enero de 1948, *DRZ* 1948, p. 218.

¹¹⁶ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 702.

¹¹⁷ Wengler (n. 49), *JR*, 1949 p. 73.

¹¹⁸ OLG Neustadt de 4 de agosto de 1949, *MDR* 1949, p. 703

¹¹⁹ De 4 de septiembre de 1941, *RGBl.*, p. ??

bía puesto en duda por el carácter claramente nacionalsocialista que podía apreciarse en la tipificación del delincuente llevada a cabo por la jurisprudencia anterior; también en este caso se argumentó sobre la base de una norma coincidente en el ordenamiento penal helvético ¹²⁰.

En algún caso pudo también acudir al argumento que ofrecía la existencia de proyectos legislativos anteriores a 1933 y sólo aprobados después de esa fecha. El caso de los artículos 218 y 175a cifra 3 del Código penal (§§ 175a Ziffer 3 ¹²¹, 218 *Strafgesetzbuch*) ¹²² es bien significativo: señalando determinadas agravaciones de la pena, se afirmó su mantenimiento sobre la base de una previsión en igual sentido de un proyecto anterior a 1933, estimándose que una evolución del ordenamiento penal sobre bases distintas a las nacionalsocialistas hubiera llevado en todo caso al mismo resultado ¹²³. Y así se hizo, por mucho que en principio se dudara de la posible contradicción que tal actitud supondría con respecto a la Directiva General No.1 para Jueces (*Allgemeine Anweisung an Richter Nr.1*) ¹²⁴, que operaba la derogación genérica de las agravaciones en la pena establecidas a partir del año 1933.

Resumiendo, puede afirmarse que las indicadas técnicas de neutralización sirvieron a la jurisprudencia alemana de la postguerra, en un proceso de despolitización de las normas nacionalsocialistas, para conseguir su apariencia neutral y legitimar su pervivencia y validez en el nuevo orden jurídico democrático. Dichas técnicas constituyeron la base para la continuidad del Derecho en su origen nacionalsocialista más allá del año 1945, llegando en buena parte aún a nuestros días. Fueron así los jueces quienes se encargaron de llevar a la práctica la desnazificación jurídica planeada por los Aliados.

Un modo de proceder más radical se llevó a la práctica en la Zona de Ocupación Soviética: se condenó sin paliativos la vigencia de aquellas normas que, o bien contuviesen términos o expresiones nacionalsocialistas, o bien mostrasen, en cuanto a su finalidad, la ideología del legislador, restableciéndose, en su caso, la redacción anterior a 1933. En lugar, por tanto, de una neutralización jurisprudencial de las normas, que de todos modos no hubiese sido realizable por la falta de personal judicial con formación suficiente, se optó por una solución más realista que, al mismo tiempo, facilitaba la instauración del ya emergente Estado socialista al evitarse cual-

quier influencia del inmediato pasado político alemán. La diferencia de actitud es clara: mientras que en las Zonas occidentales se intentaba un perfeccionamiento de carácter evolutivo de las normas nacionalsocialistas discutibles, en la Zona de Ocupación Soviética solamente mantuvieron su aplicabilidad aquellas normas cuya evolución se hubiese mantenido totalmente al margen del ideario nacionalsocialista ¹²⁵. Puede observarse con claridad que lo que se perseguía, frente a lo ocurrido en las Zonas occidentales, era una fractura radical con el orden jurídico anterior.

También se advierten diferencias de actitud entre las Zonas occidentales y la Soviética en lo que respecta a la jurisprudencia dictada con anterioridad a 1945. En las primeras se rechazaba sólo como precedente interpretativo aquella parte de la producción jurisprudencial que mostrara la impronta del ideario nacionalsocialista ¹²⁶, manteniéndose por tanto la restante, libre de tales influencias ¹²⁷. Hasta tal punto, que se mantuvo en gran parte la tradición jurisprudencial del Tribunal Supremo del Reich (*Reichsgerichts*), aun modificada al aplicarse bajo el criterio de una interpretación adecuada a las nuevas circunstancias ¹²⁸. Asimismo, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) fue entendido desde el comienzo como sucesor del Tribunal Supremo del Reich ¹²⁹. Se evitó también en este ámbito, por todo ello, una ruptura radical con la situación jurídica anterior ¹³⁰. En la Zona de Ocupación Soviética, por el contrario, se declaró con carácter general la inaplicabilidad de la jurisprudencia anterior a 1945 ¹³¹, en razón de su incompatibilidad con el nuevo orden jurídico "antifascista-democrático" ¹³².

3. LA RESPUESTA CONSTITUCIONAL

El artículo 123 de la Ley Fundamental de Bonn declara la vigencia, en tanto no se oponga a la propia Constitución, del derecho anterior a la fundación del *Bundestag*. Con ello no se adoptaba una decisión completamente nueva: por un lado, se daba así respuesta a la pretensión de la República Federal de Alemania de que no hubiese solución de continuidad en el tracto sucesivo del Estado Alemán, aunque por supuesto con una nueva Constitución, y, por otro, se actuaba en conexión con el modo de proceder, con respecto al Derecho no derogado, a par-

¹²⁰ Cfr. Informe sobre la conferencia de 3 a 6 de diciembre de 1946 en Wiesbaden, en *SJZ* 1947, cols. 219 s.; OLG Köln de 2 de abril de 1946, *DRZ* 1946, p. 94.

¹²¹ De 28 de junio de 1935, *RGBL* I, p. 841.

¹²² De 18 de marzo de 1943, *RGBL* I, p. 169.

¹²³ Para § 175a: OLG Hamburg de 20 de marzo de 1947, *MDR* 1947, p. 137; OLG Braunschweig de 7 de junio de 1946, *SJZ* 1946, col. 119; OLG Celle de 22 de diciembre de 1946, *NJW* 1947/48, p. 32.

Para § 218: OLG Hamburg de 22 de enero de 1947, *MDR* 1947, p. 75; OLG Hamburg de 30 de julio de 1947, *MDR* 1948, p. 26.

¹²⁴ Véase nota 40.

¹²⁵ Cfr. *Verordnung der Provinz Sachsen* de 3 de diciembre de 1945, en Wengler (n. 49), en *JR* 1949, p. 76 nota 73; *Verordnung der Provinz Sachsen* de 6 de febrero de 1946, citado en la sentencia del OLG Kassel de 28 de agosto de 1948, *NJW* 1949, p. 387; véase también Wengler (n. 49), *JR* 1949, p. 77

¹²⁶ Art. III cifra 5 de la Ley No. 1 del Gobierno Militar, en *Mil-Reg Amts Bl. Nr. 1* (1945), p. 12.

¹²⁷ Zimmermann (n. 6), p. 164; Niethammer, Emil, "Fortdauernde Wirksamkeit der Entscheidungen des Reichsgerichts", en *DRZ* 1946, pp. 11 ss.; Kern, Eduard, "Die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Strafgerichtsverfassung und des Starverfahrens", en *MDR* 1950, pp. 582 ss. (586).

¹²⁸ Cfr. Zimmermann (n. 6), pp. 171 ss.

¹²⁹ Zimmermann (n. 6), pp. 162 y 183; Stolleis (n. 3), p. 398; Dilcher (n. 6), pp. 235 s.

¹³⁰ Zimmermann (n. 6), p. 179; Stolleis (n. 3), p. 398; Dilcher (n. 6), p. 235.

¹³¹ Rosenthal, Walter Lange, Richard Blomeyer, Arwed, *Die Gesetzgebung in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*, Bonn/Berlin 1959, p. 11.

¹³² Petzold, Siegfried, *Grundzüge der sozialistischen Gesetzgebung in der Deutschen Demokratischen Republik*, Berlin (Ost) 1962, p. 50.

tir de 1945 por la doctrina y la jurisprudencia ¹³³.

La primera Constitución de la República Democrática de Alemania, en su artículo 144, establecía que el Derecho subsistente habría de interpretarse de acuerdo con dicha Constitución ¹³⁴. El texto constitucional conectaba así con la decisión ya anteriormente tomada en la Zona de Ocupación Soviética. Al tener dicho artículo consideración de disposición transitoria, una norma similar no puede ya encontrarse en las posteriores constituciones de la República Democrática.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como muestra la precedente exposición, puede registrarse a partir de 1945 la continuidad de la mayor parte de las normas nacionalsocialistas, que siguen, desde luego no sin discusión, vigentes. Hasta tal punto que podría plantearse en qué medida hu-

biese sido adecuado, para lograr la reconstrucción del Estado de Derecho, llevar a cabo en 1945 una ruptura total con el orden jurídico anterior. Lo que con toda seguridad puede decirse es que la continuidad no puede explicarse sólo en virtud de simpatías manifiestas u ocultas con el Estado nacionalsocialista. Más tendrá que buscarse la respuesta, paradójicamente, en la reconstrucción del nuevo ordenamiento del Estado de Derecho. Lo decisivo fue que se considerara que una ruptura radical con el orden jurídico anterior habría significado también una decisión en favor de una ruptura con el orden jurídico en su conjunto, y habría puesto en duda al mismo tiempo el restablecimiento del Estado de Derecho desde el comienzo.

¹³³ Cfr. Diestelkamp (n. 59), p. 86; Stollers(n.3), pp. 389 ss.

¹³⁴ Drath, Martin, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der Sowjetischen Besatzungszone*, Bonn 1954, p. 83.

El acoso de Cossiga al Consejo Superior de la Magistratura

Pier Luigi ZANCHETTA

El 3 de diciembre pasado tuvo lugar una huelga de todos los magistrados italianos «por la defensa del orden constitucional, por la defensa de la autonomía y de la independencia de la magistratura, por la defensa del papel que la Constitución asigna al *Consiglio Superiore della Magistratura* (CSM), por la dignidad de los magistrados italianos», objetivos indicados por la *Associazione Nazionale Magistrati* (ANM). Un último motivo fue el rechazo del reciente decreto-ley gubernativo que instituye la llamada «*Super-procura*». La huelga constituyó un éxito, con un alto número de adhesiones; una huelga a la que se opusieron ferozmente el Presidente de la República, Cossiga (que había hecho llegar a cada magistrado el texto de una intervención televisiva suya con la invitación a no ir a la huelga) y los partidos del gobierno y de la derecha.

Pero vayamos al contenido de la huelga.

Dos fueron, por tanto los objetivos: la defensa del CSM frente a los ataques a sus posibilidades de funcionamiento (ataques últimamente procedentes esencialmente del Jefe del Estado) y la «*Super-procura*», cuyas características explicaré enseguida.

Es sabido que el CSM tiene características y funciones análogas a las del Consejo español, con una diferencia fundamental: sus componentes magistrados son elegidos por la propia magistratura, la que —a través de las corrientes que integran la ANM— presenta listas contrapuestas, de acuerdo con las diferentes orientaciones culturales e ideológicas.

La Constitución prevé que el CSM sea presidido por el Jefe del Estado, y esto para aumentar su grado de autonomía, al ser el Presidente de la República al mismo tiempo garante de la unidad nacional y de la autonomía e independencia de los distintos poderes del Estado, punto de comunicación y de equilibrio entre los mismos. No es una casualidad que el presidente *operativo* sea el Vice-presidente, elegido de entre los componentes no judiciales del propio Consejo. Es evidente que un presidente no elegido directamente por el órgano asambleario, sino externo a él, no puede más que tener poderes limitados de ordenación y organización de la institución misma.

Y aquí se encuentra el punto de fricción, por así decir, formal (pero cargado de implicaciones políticas) entre el Jefe del Estado y el Consejo. La ley ordinaria que instituyó el CSM declara que el Presidente «preside y convoca» las reuniones: desde esta perspectiva el Presidente de la República entiende que puede decidir sobre el orden del día, que tiene el poder de decidir lo que el Consejo puede o no puede discutir. Por otra parte el reglamento interno del CSM (aprobado en su versión definitiva en

1986 precisamente por Cossiga) establece en el art. 50 que cada consejero puede hacer incluir en el orden del día aquellos temas que entienda deben ser debatidos en el Consejo.

El Presidente apela a la ley, la cual por lo demás —como resulta evidente— es cuando menos poco clara y podría/tendría razonablemente que ser leída a la luz de lo que dice el reglamento. Desde otro punto de vista, no hay quien no vea que el órgano de gobierno de los jueces quedaría gravemente limitado en sus funciones, al ser el poder de elección de las materias de que discutir el fundamento de toda autonomía; de otro modo, en última instancia, el orden judicial sería heterodirigido por el Jefe del Estado.

Hasta aquí los presupuestos jurídicos; veamos ahora los hechos recientes que —lamentablemente— han sido la gota que ha colmado el vaso.

Cuatro de los temas a las que el Presidente de la República ha negado su asentimiento para figurar en el orden del día, representan cuestiones planteadas por magistrados y dirigidas a clarificar los límites del poder de los dirigentes de las Procuras de la República (fiscalías); una concernía a la distribución del conocimiento de los recursos dentro de las Cortes de apelación y la última era una circular del jefe de Gabinete del Ministro de justicia remitida a los Procuradores generales. Con esta última —dígase como inciso— el jefe del Gabinete exhortaba a los Procuradores a cuidar de que no se concediesen determinados beneficios a ciertos imputados y a dar cuenta sobre ese particular.

El Presidente de la República no prestó su asentimiento, advirtiendo que se trataba de la interpretación de normas procesales, como tales no comprendidas entre las atribuciones del CSM. La Comisión de reforma del Consejo, al tratar el tema de nuevo, afirmaba entender que constituía materia orgánica y no procesal y volvía a formular las propuestas. Frente a la nueva negativa del Presidente, el CSM en la sesión del 13 de diciembre de 1991, acordó incluir esos temas en el orden del día del 20 de noviembre de 1991, con base en lo dispuesto en el art. 50 del reglamento interno.

Mediante dos cartas del 14 y del 18 de noviembre el Presidente de la República declaraba «ilegítimo... un debate que tiene por objeto, sustancialmente, los poderes del Presidente del Consejo Superior»; mantenía que «el Consejo se había puesto fuera de la ley» y había «cometido una inaudita usurpación de poderes» disponía «de manera formal y taxativa que la Asamblea no se reuniera en aquella fecha», ni siquiera para tratar las cuestiones de ordinaria administración, respecto de las que reconocía no haber

razón para negar su inclusión en el orden del día. Concluía anunciando que si el CSM llegase a tratar en todo caso los temas controvertidos, él daría traslado de las actuaciones, por su eventual ilicitud, a la autoridad judicial; se reservaba «disponer y adoptar directamente las medidas ejecutivas oportunas» —incluso valiéndose de sus supremos poderes de policía de la sede y de las sesiones».

Mientras tanto un grupo de senadores democristianos presentaba un proyecto de ley con el que se reafirmaba el poder del presidente sobre el orden del día, pero también establecía que, no obstante su oposición, cualquier tema pudiera ser incluido en el orden del día a petición de dos tercios de los consejeros. Cossiga, que —además de no oponerse a un eventual conflicto de atribuciones entre el CSM y el Presidente ante la Corte Constitucional— se había declarado siempre favorable a una solución legislativa de la cuestión, calificó de «judas» a los parlamentarios autores de la propuesta.

El CSM, ante la imposibilidad de reunirse en la sesión del 20 de noviembre, al día siguiente, a través del Vice-presidente anunció que los conocidos seis puntos debían considerarse en todo caso incluidos en el orden del día; tomaba conocimiento de la iniciativa parlamentaria dirigida a regular por ley la materia y, en obsequio del Parlamento, reenviaba a fechas posteriores a las fiestas navideñas el tratamiento de aquellas cuestiones. Por lo demás, puesto que la Constitución italiana prevé que la Corte constitucional conoce «de los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado» (art. 134), en la sesión del 28 de noviembre el CSM decidía plantear ante la Corte dicho conflicto con el Jefe de Estado, el cual —debe subrayarse— en sus actos de imperio como presidente del CSM se ha comportado siempre como Presidente de la República (enviando mensajes al Parlamento, etc.).

Hemos dicho que ésta es la gota que hizo rebotar el vaso. Porque, en efecto, ya otras veces el Presidente había impedido debatir al Consejo. Además con una increíble cantidad de mensajes públicos ha ridiculizado sistemáticamente a algunos jueces y deslegitimado al CSM, acusándolo en particular de querer dirigir a los magistrados, de querer imponer su propia jurisprudencia, invitando a los magistrados a defenderse del CSM.

Por eso no es una casualidad que la mayor parte de los temas prohibidos tengan que ver con las re-

laciones internas de las Procuras de la República, relaciones sobre las cuales en otras ocasiones se había discutido tranquila y pacíficamente. La negativa del Presidente de la República adquiere un relieve particular si se pone en relación con el reciente decreto-ley gubernativo que instituye la llamada «*Super-procura*», por vía de urgencia el gobierno ha creado la Dirección Nacional Antimafia, ubicada en la Procura General de la Casación, compuesta de veinte magistrados designados expresamente y dirigidos por un procurador nacional antimafia. También las Direcciones Distritales Antimafia, situadas en las principales Procuras de la República y compuestas de magistrados de dichas procuras que se hayan ocupado de asuntos de mafia. En vez de racionalizar (y agrupar) las actuales Procuras reduciendo su número, se ha querido crear otro organismo. Y de bastante dudosa eficacia, que seguramente refuerza la relación jerárquica dentro de las Procuras y entre las Procuras (se recuerda al efecto que en Italia no existe una relación de jerarquía entre la Procura de la Casación y las demás Procuras). Es evidente que de este modo se abre el camino para llevar al Ministerio Público bajo la dependencia del ejecutivo. Ahora es autónomo y responde desde un punto de vista organizativo y orgánico solo ante el CSM. Así esa nueva configuración del Ministerio Público, fuertemente jerarquizada, no sólo ha obtenido el aplauso público del Presidente de la República, sino también el apoyo institucional mediante el veto a que el CSM tomase posición contra el uso exasperado de ciertos poderes jerárquicos, como los que fueron objeto de los famosos puntos del orden del día.

Contra todo esto han ido a la huelga los magistrados italianos. ¿Y las perspectivas para el futuro? El cuadro político dominante desde hace años es tendencialmente adverso a la magistratura, en la medida en que ha sabido conjugar el resentimiento popular por errores de magistrados con la preocupación suscitada por el control de la magistratura sobre numerosos episodios de corrupción política. Los magistrados no pueden más que continuar por este camino: la defensa de la independencia de la magistratura, sobre todo del ministerio público, no es —como se sabe— una defensa de la corporación, sino una garantía para la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos.

(Traducción de Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ)

1993: el año de los países no comunitarios

Francisca ARCE GOMEZ

I. INTRODUCCION

Se ha escrito mucho acerca de la constitución del Mercado Unico Interior y de las consecuencias que el mismo tendrá en los más diversos órdenes. Pero apenas se ha dicho algo acerca de los retos que los países europeos desarrollados *no comunitarios* tendrán que enfrentar a partir de 1993. Tales retos no son sólo asunto de ellos, sino que su resolución será un problema que la propia CEE deberá afrontar, porque no hay duda de que los países de la EFTA y los comunitarios mantendrán relaciones e influencias recíprocas que, finalmente, conducirán a negociaciones, acomodaciones y cambios en las dos partes —la comunitaria y la no comunitaria— de la Europa desarrollada. El problema general no puede estudiarse sin descomponerlo en sus partes. El presente estudio analizará la libertad de circulación de las personas. Y, en este sentido, conviene advertir de inmediato que la exposición de las políticas de extranjeros en todos los países de la EFTA y la CEE sería prolijo y necesariamente inexacto en un trabajo de estas dimensiones. Por tal motivo nos reduciremos aquí al estudio de los retos que la política de extranjeros suiza tendrá que enfrentar en los años noventa.

Suiza es un país miembro de la EFTA con características propias absolutamente incompatibles con la CEE en materia de libertad de circulación de personas. Sin embargo, posee el nivel de vida más alto de su entorno, el poder económico más fuerte de su entorno y el sistema político más peculiar de su entorno. Estas características lo convierten en el país más atractivo para determinar un análisis de las influencias mutuas que en el futuro y el presente habrán de presentarse entre la CEE y los países europeos desarrollados no comunitarios.

Por otra parte, su situación geográfica, en el centro mismo de una CEE que parece abrazarla y convertirla en isla, hacen de la Confederación Helvética un enigma de futuro.

II. ANALISIS DE LA SITUACION

1. El Mercado Unico Interior

El Acta Unica ha fijado el 31 de diciembre de 1992 como fecha emblemática, después de la cual los países miembro de la CEE derribarán sus fronteras para dar paso efectivo a la libertad de circulación de personas, capitales, mercancías y servicios.

Hoy no existen dudas acerca de las ventajas que

el establecimiento de un Mercado Unico Interior va a reportar a los países miembro de la CEE. Especialmente después del informe Cecchini¹ (resultado del proyecto de investigación: «El coste de la no Europa» encargado por la Comisión de la CEE), existen pruebas incontestables de que la supresión de fronteras provocará un mayor progreso industrial y «supondrá un impulso permanente para la prosperidad de los pueblos de Europa»².

Este estado de cosas, esta apuesta de futuro por la que 12 países europeos han comprometido sus políticas y, en gran medida, han olvidado asuntos de soberanía nacional, es ya un fenómeno presente que se contempla desde el otro lado, desde el lado no comunitario, con cierta preocupación. Piénsese que, en adelante, desde el 1 de enero de 1993, los ciudadanos suizos que pretendan emplearse en el interior de la CEE lo harán, en principio, con las desventajas de no pertenecer a la Europa Comunitaria, donde la libre circulación de personas será un hecho y un derecho, esto es, lo harán como extranjeros. Y piénsese que Suiza ha sido y es el país europeo con la más terminante y rigurosa política de extranjeros, incluso cuando estos extranjeros provienen de países comunitarios. Quedarse al margen, ser o no ser en el concierto de una Europa de progreso más o menos acelerado, es la apuesta que está en juego para los países de la EFTA y, muy especialmente, para Suiza. Los vecinos comunitarios suizos ven con recelo y con cautela que un tren de dinamismo económico y de incremento de la productividad está apunto de partir... sin ellos. O, si se prefiere, contra ellos, por comparación.

En este punto, la Confederación Helvética (que en este mismo año celebra su 700 aniversario), como miembro de la EFTA, ha iniciado movimientos de aproximación a la CEE con el claro objetivo de participar en el reparto de un capital de progreso y de futuro que no ha contribuido a constituir. Algunos países de la EFTA, como es el caso de Austria, han solicitado ya formalmente la adhesión a las Comunidades y, en general, la firma del Tratado de Roma, más de treinta años después de su redacción, es vista ahora como el modo de paliar un aislamiento que, si bien hasta el momento ha producido las ventajas de lograr los objetivos que se plantea quien anda solo, ahora se traducen en las desventajas de quien no puede adscribirse a un grupo de progreso.

En el concreto caso de Suiza, los movimientos de aproximación, hasta hace escasamente un semestre, no pasaban por considerar la adhesión. Piénsese que Suiza es un país tradicionalmente alejado de los foros internacionales —salvo como sede de determinadas organizaciones— y que la defensa a ultranza (a veces más allá de la lógica elemental) de su neutralidad, junto con su elevado nivel de vida,

¹ Europa 1992: Una apuesta de futuro. Paolo Cecchini. Prólogo de Jacques Delors. Alianza Editorial. Madrid, 1988. (Este libro

contiene el informe Cecchini).

² Lord Cockfield (en el prefacio).

han consolidado un país que, en muchos aspectos, puede ser considerado como una isla en mitad de Europa. Esta línea de pensamiento y esta política permanentemente orientada al interior no ha podido evitar, sin embargo, que en el conjunto de la población vayan ganando tono las voces que apoyan el ingreso de Suiza en la CEE.

2. El Espacio Económico Europeo (EEE)

A principios de 1989, el presidente de la Comisión de las Comunidades lanzó una oferta a Suiza y a los miembros de la EFTA para reordenar sus relaciones con la CEE y constituir el EEE, en el cual deberían circular libremente las personas, los servicios, las mercancías y el capital. La oferta era, en realidad, el propósito de extender a la EFTA las cuatro libertades que caracterizarán al Mercado Único comunitario, lo que llevaría consigo la adaptación de las políticas de la EFTA a las de la CEE y en ningún caso a la inversa. En ese marco, Suiza recogió la oferta de la CEE y dejó claro que dicho EEE debería ser el resultado de un acuerdo entre ambas organizaciones. Pero lo que resultó evidente entonces y ahora más que nunca, es que las negociaciones para alcanzar un acuerdo versarían sobre todos los aspectos precisos, excepto sobre la necesidad de que las directivas comunitarias en materia de libre circulación de personas, los reglamentos comunitarios y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia deberían aplicarse en los países que suscribieran el acuerdo y que dichas normas comunitarias tendrían prioridad sobre las legislaciones nacionales, lo que implicaría la renuncia a ciertas parcelas de soberanía.

Para un país como Suiza, acostumbrado a marchar solo y en muchas ocasiones el primero, los condicionamientos del acuerdo eran asunto de muy explosiva carga. Pero serían de explosión garantizada si tampoco participaba en el acuerdo, porque el EFTA podría ser reducida en el futuro a una sola Suiza. (¡Ay, «efta» Suiza, ay!, tendrían que lamentar después los políticos más preclaros, valga la broma, nunca exorbitante en un tema de tantas aristas como el internacional.)

3. La emigración que viene del Este. Adiós al muro

Conviene no olvidar que el Telón de Acero es hoy un recuerdo y que la emigración del Este supone una seria amenaza para la política de extranjeros de Europa occidental. Durante más de cuarenta años, las autoridades de los países hoy ex comunistas han venido oyendo que era necesario derribar el muro. Pero ocurre que cuando el muro cae, los países occidentales se dan cuenta de que aquellas alambradas eran las presas de contención de una emigración pobre que ahora se desborda y puede anegar los cimientos de los propios países que con tanta vehemencia exigieron durante años su derrumbamiento.

En este sentido, es muy ilustrativo el chiste que el

órgano de difusión del Sindicato suizo de la Construcción y la Madera publica el día 21 de noviembre de 1989. En él, la fuerza con que se quiso eliminar el muro se ha convertido ahora en la fuerza sin frenos que amenaza a los países occidentales. Por supuesto, no se pide con él que de nuevo se alcen las alambradas, pero algún político ya sueña con la situación anterior.

En esta situación crítica, la CEE, con fronteras bien delimitadas a su exterior y sin fronteras interiores, comenzará una nueva andadura el 1 de enero de 1993, según fija el Acta Unica Europea. Esta situación, para los países desarrollados y ricos, pero no comunitarios, se convierte en reto que debe afrontar cada uno sin apoyos. Y en muchos casos, y especialmente para los trabajadores suizos, estar fuera de la CEE no les da hoy diferencias sustanciales respecto de otros nacionales. En este sentido, el aludido órgano de difusión del Sindicato de la Construcción publica otro chiste en el que la Confederación se pregunta si ha pasado a ser parte de los países del Este.

4. Negociación del acuerdo para establecer el Espacio Económico Europeo

Se debe dejar claro que el Acuerdo EEE entre EFTA y CEE abarca todos los ámbitos de investigación y estudio. Pero aquí, según nuestro propósito al iniciar este análisis, nos detendremos sólo en el aspecto de la libertad de circulación de las personas.

El total de la población de la Europa del Este es de 406 millones de personas, la CEE cuenta con 340 millones, y los países de la EFTA se sitúan en 32 millones. La Europa del Este no está hoy suficientemente organizada como para responder conjuntamente a las influencias económicas insoslayables que deben afrontar. Pero indudablemente constituyen un grupo homogéneo de países en lo que se refiere a sus problemas.

Si hay, sin embargo, organización suficiente en la EFTA y en la CEE. Pero si se advierte, la EFTA, agrupando a países ricos y de elevado nivel de vida, no supone sino menos del 10 por 100 de la población de la CEE.

Con estas bases numéricas, Suiza inició la presidencia semestral rotatoria de la EFTA el 1° de julio de 1990. El objetivo de mayor entidad era conseguir la firma del acuerdo del Espacio Económico Europeo (TEEE, en adelante) con las más amplias ventajas posibles que garantizaran a Suiza *no ingresar* en la CEE, pero no quedarse fuera. Esto es, el TEEE era contemplado entonces como un acuerdo preferencial CEE-EFTA.

No obstante, la realidad parece, a mi criterio, ser más rígida que las posturas iniciales y Suiza no puede ya pretender que para su territorio no exista la libertad de circulación de las personas.

A lo largo de las negociaciones, varios países de la EFTA han optado por reconocer lo evidente. Será preciso acomodar, cuanto antes mejor, las legislaciones nacionales a la legalidad vigente en la CEE si se quiere sobrevivir en el continente. Por tal motivo, el Gobierno sueco ha recibido el mandato de

su Parlamento de solicitar la apertura de negociaciones para el ingreso en la CEE, y Noruega también. Austria ha hecho ya esa solicitud, y en el seno de la EFTA se comienza a comprender que esta organización no habla ya con una sola voz.

Por supuesto, todos los países miembro de la EFTA están interesados en la firma de un acuerdo para la constitución del Espacio Económico Europeo, porque todos esos países están, en mayor o menor medida, interesados en participar en el gran Mercado Único, que se inaugurará el 1 de enero de 1993.

El mayor problema que afronta Suiza en el terreno de la libertad de circulación de las personas es que este aspecto de su legislación difiere absolutamente de esa libertad que la Comunidad postula y ciertamente es un asunto muy sensible para la Confederación.

Detallaremos seguidamente, en el siguiente apartado, las incompatibilidades entre la política de extranjeros suiza y las garantías de libertad de la CEE.

III. EL DERECHO COMPARADO

1. Incompatibilidad legislativa

Los artículos 48 a 51 del Tratado Constitutivo de la CEE regulan la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena. Los artículos 52 a 58 regulan la de los autónomos.

El artículo 48 habla solamente de la igualdad de trato respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Pero no se aplica este artículo al empleo en los servicios públicos o en aquellas actividades ligadas permanente u ocasionalmente al ejercicio del poder público en el Estado miembro, sino que éstas se reservan a los nacionales del país. Pero al referirse al «empleo en la Administración Pública» o a las «actividades ligadas al ejercicio del poder público», el Tribunal de Justicia ha recalcado que ambos términos deben interpretarse restrictivamente.

Por supuesto, los nacionales de un Estado miembro tienen derecho a instalarse en otro Estado miembro y a vivir con su familia en él, cosa que, aunque parezca evidente, no lo es del todo para la política suiza, donde, bajo muy rigurosos controles, el trabajador extranjero puede trabajar, pero no así vivir con su familia, que ha de permanecer en el país de origen.

Las bases legales de la política de extranjeros suiza se encuentran en la Ley Federal sobre Estancia y Residencia de Extranjeros, de 26 de marzo de 1931 (ANAG) y en la Ordenanza Limitativa del número de extranjeros (BVO), revisada anualmente.

La normativa helvética se opone muy considerablemente a la libre circulación de personas y no se espera que el Gobierno cambie voluntariamente su política. Poder llevar a cabo una política de extranjeros propia, ajustada a la medida suiza, es uno de los factores de mayor relieve para desaconsejar la adhesión a la CEE, igual que la defensa de la neu-

tralidad, el federalismo, la democracia directa y la política agrícola.

La política migratoria helvética ignora absolutamente la libre circulación. Pero es un hecho evidente que no podrá resistir durante mucho tiempo su aislacionismo y que va a ser sometida a muchas presiones en este sentido.

2. El sistema limitativo del número de extranjeros y categorías de permisos de residencia

Es característica helvética que no existe un permiso de trabajo y otro de residencia, sino que ambos permisos están unificados. Existen cinco categorías principales de permisos: anual, de corta duración, de temporada, de establecimiento y fronterizo.

Sólo dos de estos permisos permiten a su titular vivir en Suiza al lado de su cónyuge e hijos menores de dieciocho años. Se trata del permiso de establecimiento, que tiene carácter indefinido y al que los españoles acceden después de cinco años de estancia ininterrumpidamente en el país, y el permiso anual, que tiene un año de vigencia renovable. El resto de los permisos proscriben la reagrupación familiar y el caso común es que miles de inmigrantes pasan cada año entre ocho y nueve meses de trabajo en Suiza mientras toda su familia está en el país de origen.

3. Oposiciones de mayor cuantía entre la CEE y Suiza

De las diversas categorías de permisos de residencia que existen en Suiza y de los que se ha hablado más arriba, solamente el permiso de establecimiento podría hacerse compatible con el derecho comunitario. Sin embargo, obsérvese que el tiempo verbal utilizado es el condicional, lo que significa que *podría* hacerse compatible, no que lo sea ya, en tanto que dicho permiso deja de tener validez, esto es, caduca, si el titular del mismo se ausenta de Suiza por un período superior a seis meses.

El resto de las categorías de permisos se oponen frontalmente a las normas comunitarias, porque tienen vigencia limitada y restringen la posibilidad de cambiar de empleo, profesión o lugar de residencia. Esto es, los permisos se conceden para trabajar en un período concreto, en una localidad determinada, en una empresa determinada, en un puesto de trabajo preciso.

Por otro lado, el sistema helvético consagra el principio de preferencia del suizo sobre el extranjero, contra el principio de no discriminación, y regula una lista de profesiones reservadas solamente a los nacionales.

Además, el mecanismo que limita el número de extranjeros se opone también a las reglas de derecho de la Comunidad, especialmente al Reglamento 1612/68 que prohíbe todo tipo de regulaciones que establezcan contingentes que limiten cuantitativamente el número de extranjeros en presencia en

el mercado laboral. Y, sin embargo, esa regulación limitativa es la clave del arco de toda la política helvética de extranjeros. La Ordenanza Limitativa del número de extranjeros (BVO) se confecciona, revisa y publica anualmente y en ella se expresa el número máximo de extranjeros que podrán trabajar en cada Cantón.

Con este sistema, las necesidades de mano de obra se ajustan muy precisamente y se cubren sin el menor exceso, en una aritmética precisa de la fuerza del trabajo extranjera necesaria. La cifra constante de desempleo en Suiza es el 0,5 por 100. Pero no es real, no es que una persona se encuentre sin empleo por cada doscientos que lo tengan, sino que la medición recalca a aquellos que, durante el período de referencia, han abandonado un trabajo para buscar otro, que sin duda encontrarán. No es tampoco compatible con las normas comunitarias la regulación de la reagrupación familiar. Piénsese que, a salvo el titular de un permiso de establecimiento, los titulares de otros permisos no tienen garantizado poder vivir con sus familiares. El titular de un permiso anual debe hacer la solicitud, y la decisión sobre su caso particular recae en autoridades administrativas cuya única obligación legal es ejercer, en este punto, un extraordinario poder discrecional sin garantías de seguridad jurídica para el solicitante. Los titulares del resto de los permisos, temporeros y trabajadores de corta duración, sencillamente, tienen prohibida la reagrupación familiar. Ya se ha dicho más arriba, pero conviene repetir que el ejemplo común y más abundante es el de un trabajador que se encuentra en Suiza durante ocho o nueve meses, realizando su trabajo, sin posibilidad de ver a su esposa ni a sus hijos hasta el regreso al país de origen. Lógicamente, ante el rigor de tales normas, muchos extranjeros optan por introducir a sus familias clandestinamente en Suiza. Es entonces cuando la Confederación justifica la existencia y la microscópica vigilancia de una institución de tanta tradición en el país: la policía de extranjeros.

En su Informe sobre la posición suiza en el proceso de integración europeo del 24 de agosto de 1988, el Consejo Federal se manifiesta del siguiente modo en relación con la cuestión de la libre circulación:

«En el caso de la adhesión a la CEE, sería vinculante, desde el punto de vista jurídico, la aplicación de la libre circulación de personas y libertad de establecimiento. Pero también, en el caso de la no adhesión, puede crecer la presión hacia una mayor apertura de las disposiciones helvéticas sobre establecimiento para los ciudadanos comunitarios, es decir, cuando se dificulte de tal manera el acceso de los suizos al mercado de trabajo comunitario que se imponga la negociación de un convenio, haciendo concesiones.»

Este temor al futuro de agosto de 1988 se convirtió después, en 1990, en la necesidad de firmar el Tratado sobre el Espacio Económico Europeo, pero las posiciones de partida han tenido que ir cediendo ante la realidad y ya, en el mes de marzo de 1991, el consejero federal, presidente de la Confederación,

Arnold Köller, manifestó públicamente que se descartaba:

- La no adhesión.
- La firma del Tratado EEE como un instrumento permanente de relación jurídica con la CEE.

Y, por tanto, el propio presidente de la Confederación señaló que el objetivo es hoy la adhesión, si bien, el Tratado EEE puede servir para adaptaciones transitorias de las diversas legislaciones. La Confederación Helvética no está acostumbrada a hacer concesiones ni a variar de propósitos con tanta rapidez. Suiza vive hoy uno de los mayores dilemas de su historia.

IV. XENOFOBIA, CAMBIOS EN EUROPA Y DERECHO DE ASILO

A fines de 1989, la estructura política de la Europa del Este cambia súbitamente. Y no sólo se producen mutaciones de índole político-económicas, sino que, como por arte de magia, un país desaparece: la República Democrática Alemana. El consiguiente éxodo que provoca la apertura de fronteras y la comunicabilidad entre la Europa occidental y la Europa ex socialista se convierte en avalancha, y los nacionales de países que soportan el problema del desempleo ven en esta invasión el agravamiento de sus males. Sin embargo, Alemania, la RFA, que consideró siempre una vergüenza el alzamiento de un muro en Berlín y que siempre se orientó al Este, a las buenas relaciones con los vecinos comunistas y, en especial, consigo misma, con sus hermanos alemanes del otro lado del muro, los pioneros de la Ostpolitik, no pueden ahora renegar de más de cuarenta años de presiones para derribar el muro y, por tanto, debe asumir moralmente el ingreso de emigrantes del Este a su reagrupada y extensa nación. El 6 de abril de 1991, el diario *El País* publica una crónica de su corresponsal en Bonn donde se dice que es «probable que se produzcan auténticos problemas en la localidad fronteriza de Gerlitz, en Sajonia. Se trata de una ciudad de 50.000 habitantes, una parte de la cual está en territorio polaco y por donde, según rumores, más de 20.000 gitanos sinti(...) están preparados para entrar en Alemania». En otro lugar de la crónica se dice que abundan «los rumores sobre las actividades de grupos racistas y neonazis, supuestamente dispuestos a organizar un *comité de recepción* de tonos violentos». El «comité» cumplió sus propósitos.

Estos ejemplos no se han espigado entre otros de menor envergadura, sino que ciertamente el resurgimiento de la xenofobia es un hecho constatado.

Los cambios en Europa producen ahora situaciones inconcebibles hace apenas un año. En la visita que el presidente de Checoslovaquia, Vaclav Havel, realizó en el mes de marzo a Bruselas manifestó en su intervención ante los eurodiputados del Parlamento Europeo que «nuestro objetivo final es hacernos miembros de pleno derecho de la CEE, y nuestra fecha tope es el año 2000, aunque si puede ser antes, mejor».

Polonia, Checoslovaquia y Hungría están solicitando la adhesión a la CEE, y ésta se ve, actual-

mente, desbordada en varios frentes: el Este, la EFTA y la ribera sur del Mediterráneo, aunque este último frente está muy tranquilo.

Por otra parte, la situación suiza en el terreno del asilo parece ser insostenible, según manifiesta el propio Gobierno helvético.

El número de solicitantes de asilo es una cifra que no deja de subir alarmantemente en Suiza. En 1988, 16.726 personas presentaron su solicitud; en 1989 fueron 24.425, y en 1990 la cifra ascendió a 36.000. Estos datos significan que unas 100.000 personas residían en Suiza, a finales de 1990, amparadas en las normas que regulan el asilo.

Para el Gobierno suizo, la actual situación de las repúblicas bálticas soviéticas y las transformaciones que están produciéndose en los países del Este, puede originar una salida masiva de ciudadanos. El consejero federal, Arnold Köller, ha declarado que en 1991 deberá producirse un giro en todo lo relativo al asilo, pues ya se han alcanzado los techos máximos de la capacidad de acogida.

El Gobierno helvético ha declarado que quiere estar preparado y contar con el apoyo del Ejército, si bien éste sería destinado a los puestos fronterizos como «última ratio». También Austria ha experimentado el envío de tropas a las fronteras. El Gobierno suizo ha insistido en que no militarizará la protección de los puestos fronterizos, sino que el Ejército realizará una labor de apoyo a los servicios ordinarios de vigilancia y estará, por supuesto, bajo sus órdenes. El objetivo de tales medidas sería —según Köller— controlar eficazmente el cumplimiento de los acuerdos de protección con los países vecinos, que permitan la expulsión del solicitante de asilo que entra en el país a través de un Estado contratante en el que estaría igualmente protegido contra las posibles persecuciones que determinan el asilo.

V. MODIFICACIONES NECESARIAS PARA COMPATIBILIZAR LA POLÍTICA SUIZA CON LA CEE³

1. En primer lugar, tendría que suspenderse la limitación de la mano de obra extranjera.
2. El estatuto del temporero se opone a la regulación comunitaria en los siguientes puntos:
 - a) Falta de derecho a la reagrupación familiar.
 - b) Obligación de solicitar el permiso. En la CEE es posible el empleo de temporada sin permiso de residencia.
3. El diferente trato en el mercado de trabajo:
 - a) Entre la población nacional y los nuevos inmigrantes. (Art. 7 de la BVO).
 - b) Entre los trabajadores extranjeros entre sí, según los correspondientes convenios bilaterales.
 - c) Entre las diferentes categorías de extranjeros, en función del permiso de que dispongan.

³ Sobre un análisis del Centro de Investigación económica de la Universidad de Basilea, que sirvió de base a un seminario or-

4. Las particularidades en el terreno de la Seguridad Social:

- a) Exportación de prestaciones básicas.
- b) Derecho a subsidio por desempleo, etc.

El instrumento jurídico en el que todos esos cambios legislativos pueden tener lugar sería un convenio sobre libre circulación suscrito por la EFTA y por la CEE, en el marco del Espacio Económico Europeo.

Queda claro, por tanto, que se trata de la firma de un convenio entre organizaciones internacionales que agrupan a un buen número de países y, por consiguiente, no puede pretenderse, desde la perspectiva de ninguno de esos Estados, llegar a acuerdos bilaterales, sino que, como dijo Jacques Delors en su discurso programático del 17 de enero de 1990 ante el Parlamento de Europa en Estrasburgo, la EFTA debe hablar con una sola voz.

Pero ocurre que un convenio de tales características interesa de igual modo a ambas partes negociadoras y, consecuentemente, el margen de manobra, esto es, el número y el contenido de las concesiones mutuas posibles, es muy escaso. Y en especial el de las concesiones que la CEE permita, porque es ésta, la Comunidad, la que pone en peligro a la EFTA.

Se ha venido haciendo en las páginas anteriores un comentario de futuro sobre las negociaciones que para la firma del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo están teniendo lugar en los mismos momentos de la redacción de este estudio. Resulta difícil aventurar qué resultado arrojará dicha mesa de negociación EFTA-CEE, pero, como ya se ha advertido, quizá el TEEE no tenga sentido sino como acuerdo transitorio, en el caso de que llegue a firmarse.

La dispersión de las pretensiones y de los objetivos de los miembros de la EFTA encuentran, sin embargo, una postura sólida y firme en la CEE, que, a pesar de presentar en dicho frente una fachada dialogante pero sin fisuras, empieza a recibir los efectos de una presión proveniente del antiguo bloque socialista. En efecto, cabe preguntarse por cuánto tiempo más podrá la CEE retrasar o congelar el decidido propósito de muchos países de ingresar en la organización, de ratificar, en suma, el Tratado de Roma.

Los importantes y súbitos cambios que vive Europa actualmente impiden al investigador realizar un análisis cualquiera con la garantía de vigencia necesaria.

No obstante, era necesario dar una ojeada a la situación que el 1 de enero de 1993 van a afrontar, no tanto los países de la CEE, sin fronteras internas para entonces, como los países europeos desarrollados no comunitarios, interesados vivamente en participar de una realidad largamente proyectada que se hará efectiva muy pronto: el Mercado Único Interior. Y piénsese que éste es sólo el principio porque restan otros objetivos comunitarios, como son la unidad monetaria y, acaso, en otro escalón, hoy tan lejos del presente como en su día lo estuvo el Mercado Único: la integración política.

ganizado el 22 de marzo de 1990 en el referido centro de la ciudad de Basilea.

ULTIMA HORA

Terminado este estudio, al autor le viene a la mente, de nuevo y una vez más, la duda de si es éste el momento de elaborar un trabajo de esta índole. Las noticias sobre el TEEE, las negociaciones abiertas, los cambios de posturas, a veces con la rapidez del rayo, impiden hacer de éste un estudio cerrado. No obstante, sirva como primera aproximación «en caliente». El autor se propone terminar este trabajo, por su propia naturaleza, «inacabado» con las declaraciones del ministro británico de Relaciones con Europa, Tristan Garel-Jones, quien conversó con René Felber (ministro suizo de Asuntos Exteriores) y Pascal Delamuraz (Economía).

Al respecto, el ministro británico manifestó que si Suiza ingresa en la CEE, «tendría que asumir las normas comunitarias, pues si se ingresa en un determinado grupo, deben aceptarse sus reglas».

Se ve aquí, de nuevo, el dilema helvético. Seguir siendo o cambiar. El Gobierno suizo quiere ambas

cosas a la vez. Las leyes no se lo permiten. ¿Cambiará el TEEE algunos de los propósitos de la CEE? Desde luego, 1993 será el año de los países no comunitarios.

BIBLIOGRAFIA

1. Jean-Pierre Garson: «Las migraciones intraeuropeas: pasado y futuro» *Economía y Sociología del Trabajo*, n.º 4-5, junio de 1989.
2. Paolo Cecchini. Prólogo de Jacques Delors: *Europa 1992: una apuesta de futuro*. Alianza Editorial.
3. Nicola Catalano y Riccardo Scarpa: *Principios de Derecho Comunitario*. Editorial Tecnos. Madrid.
4. EEE Documentatios: «Integrations bureau EDA/EVD». Section Information.
5. Thomas Strambhaar y Giorgio Dhima: *CEE y después: retos y soluciones para desarrollar la política migratoria suiza de los años noventa*. Universidad de Basilea.
6. Isabel García Rodríguez: *Aspectos Internacionales de la Seguridad Social*. Editorial Tecnos. Madrid
7. François de Lavergue: «La regulación de los mercados de trabajo en el contexto del Gran Mercado Interior». *Economía y Sociología del Trabajo*, n.º 4-5, junio de 1989

Antonio Baylos

Derecho del trabajo: Modelo para armar
160 páginas. PVP. 1.320 pts.

Gloria P. Rojas

La libertad de expresión del trabajador
256 páginas. PVP. 1.700 pts.

Enrique Olivas (ed.)

**P.Barcellona, E.Díaz-Otero,
U.K.Preuss, A.-E.Pérez-Luño,
J.Almoguera, A.Baratta,
J.A.Estévez, F.Serra
J.R.Capella**

Problemas de legitimación en el Estado social
200 páginas. PVP. 1.863 pts.

Diego López Garrido

El derecho de asilo
336 páginas. PVP. 2.830 pts.

APUNTES *

• Retoños de Robledo

Los miembros del Consejo General del Poder Judicial son —casi tautológicamente— juristas de reconocido prestigio. Su Presidente, brillante especialista en Derecho Administrativo, se ha revelado, además, si los medios de comunicación han transcrito fielmente sus palabras, un experto en botánica. En efecto, recientemente ha denunciado a las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados como los últimos esquejes de aquel caciquismo electoral cuya encarnación tópica parece haber sido Romero-Robledo.

Tal vez el nombre deje impávidas a las nuevas generaciones de la Judicatura. Puestos a buscar ejemplos de caciquismo, no tienen que emprender tan largo viaje por el túnel del tiempo. Les bastaría repasar el relato de las incidencias de las negociaciones políticas que precedieron el nombramiento de los componentes del actual Consejo General del Poder Judicial, y, por supuesto, de su Presidente.

Cuando se tiene el propio techo de cristal, mejor no dedicarse a arrojar piedras al tejado ajeno.

• Un solo rebaño, un solo pastor

Las originalidades nunca vienen solas. El Presidente del actual Consejo General del Poder Judicial, tras minimizar el papel de las Asociaciones de Jueces y Magistrados, ha elaborado —si los mentideros informativos no fallan— una peculiar teología de la unidad asociativa.

Incapaz, por lo visto, de apreciar diferencias entre las existentes (¿para cuándo una terapia de apoyo ideológica?), sugiere la conveniencia de que se reagrupen en una casa común con varias moradas.

El Presidente tiene mala memoria. La pluralidad actual nació precisamente del fracaso de una inicial experiencia unitaria (forzada por el aberrante sistema mayoritario de elección de los miembros del Consejo impuesto en su día por una mayoría parlamentaria temerosa de la politización que implicaría el proporcional). La Asociación Profesional de la Magistratura ha tenido que afrontar recientemente la escisión de un sector de sus asociados, por diver-

gencias de planteamiento. Cosa distinta es que la actuación del Consejo General del Poder Judicial haya concitado la unanimidad en la crítica.

Y es que se pastorea mejor un solo rebaño, y hace tiempo que los rabadanes andan preocupados por lo levantisca que se muestra su grey. Seguramente se han multiplicado las ovejas negras.

• El Consejo necesitó informes

A la Comisión Disciplinaria del CGPJ no le bastó con el oficio del director de una cárcel de Madrid afirmando su *derecho* a hacer uso de la fuerza física contra una Juez de Vigilancia Penitenciaria, para saber a qué atenerse.

A pesar de contar en su poder con el escrito de marras y después, un después que no tendría que haber sido, con la cumplida respuesta de Manuela Carmena (pueden verse ambos en el número 12 de esta misma Revista), lejos de disponer el archivo de la denuncia y proceder, cuando menos, a ilustrar a Asunción y a su *forzudo* sobre cómo relacionarse con los jueces en el ejercicio de sus funciones, solicitó al director de aquel centro que informase acerca de la conducta de la juez (!).

Y mientras tanto, se dio trámite a unas mal llamadas *diligencias informativas* en las que se indagó inquisitorialmente sobre actuaciones judiciales, se oyó a la *inquirida-pero-no-expedientada* en declaración, se incidió, en suma, *de facto* sobre el ejercicio de su función con un *expediente disciplinario encubierto* y sin garantías, que se prolongó, además, durante buen número de meses. Cabe suponer que a satisfacción de la administración penitenciaria.

Claro que si el Consejo *necesitaba* informarse... cuando cualquier lector de periódicos estaba ya bien informado...

Con todo, este penoso modo de actuar ha servido al menos para demostrar que Manzanares no tiene razón: porque la condición *necesitada* es una propiedad de la existencia (en sentido aristotélico) y ésta incompatible con la *muerte*. No es poco.

• Importante descubrimiento de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial

La inquisición disciplinaria de que se hizo objeto a la Juez de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Madrid, concluye al fin con el acuerdo de archivo. Esto, «al no poder subsumirse (su actuación), en alguno de los tipos sancionables como faltas discipli-

* Sección a cargo de la Redacción.

narias, dentro del marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial» y no obstante tener claro que la inquirida «excedió del estricto ámbito jurisdiccional».

Cualquiera diría que se trata de un ejercicio de magnanimidad. Pero no.

Se produce una curiosa situación: la beneficiaria del sobreesimiento resulta al mismo tiempo perjudicada por la imposición de una sanción *de facto*. Tal es a lo que equivale esa apreciación descalificadora, que comporta una penalización informal, extralegal y atípica, producida además en uso de la recusable y nunca suficientemente mal ponderada analogía *in malam partem*. Y claro es —aunque motivos tendrán los señores de la Disciplinaria— sin motivación que se explicita, porque ¿cómo se podría motivar en derecho y en un estado de derecho lo que carece de fundamento legal? (Dicho sea esto en términos *de defensa* de eventuales futuros damnificados por prácticas de esa estirpe.)

Alguno se verá sorprendido por el resultado. Pero no hay razón objetiva para ello.

Porque, en efecto, ¿qué otra cosa podría haber sucedido a la Comisión Disciplinaria del CGPJ, al cabo de una incursión por el derecho procesal del absolutismo como la protagonizada con semejante expediente, que no fuera encontrarse metida de hoz y coz en el derecho penal, también del mismo oscuro periodo histórico?

La Comisión Disciplinaria del CGPJ ha descubierto, ella sola, *legibus solutus*, nada más y nada menos que las *penas extraordinarias*. Un imaginativo recurso del derecho criminal del antiguo régimen, ideado para que los jueces pudiesen darse una satisfacción cuando se vieran constreñidos a tener que absolver al acusado.

Por aquello, tan humano, de acallar el gusanillo, ya se sabe.

● Padilla también quiso *procurarse* Información

El vocal del Consejo, Julio Padilla, sin duda animado por un interés tan loable en quien participa en el gobierno de la justicia como el querer noticia cierta de su funcionamiento real, decidió *auditar* por libre el aparato. Y lo hizo de una forma harto pintoresca: solicitar de los procuradores que puntuasen a los jueces por el modo de llevar a cabo sus actuaciones. Esto, cuando menos, según la prensa, en Cataluña.

Ni que decir tiene que la ilustre corporación distinguida con el encargo reaccionó con entusiasmo. Y también con generosidad, al calificar a su autor de «la más alta autoridad judicial».

El entusiasmo, no obstante, duró tan poco como dura la dicha en la casa del pobre. Un Pleno inmediato del Consejo fue aguar la fiesta a Padilla y sus procuradores, abortando la curiosa experiencia.

De tan original proyecto hay una cosa que no ha quedado clara: ¿iban a puntuar los procuradores sólo las actuaciones que presencian o también todas las demás? ¿Pensaban hacerlo desde el *casillero* de las notificaciones, o desde sus casas? ¿Por sí o por oficial interpuesto?

● Parlamentarios, tampoco

«Diputados del Partido Popular han denunciado que la Secretaría General de Prisiones impidió reiteradamente el viernes y sábado pasados que girasen visita a varios centros penitenciarios españoles.» (De los periódicos).

Se ignora si la decisión de Asunción se debió: a que los parlamentarios no pertenecían a *Human Rights Watch*; pensaban decir que las cárceles españolas eran iguales que las turcas; no habían elaborado todavía un informe sobre la situación de las prisiones en Estados Unidos; o es que no fueron debidamente acompañados por un juez de vigilancia penitenciaria.

Los del PP se han quejado de falta de respeto a la soberanía popular. ¡Qué tendrá que ver una cosa con otra! (dice Asunción).

● Un juez de Valladolid y un encanto de señora

Que sus señorías no son de piedra y ni siquiera de cartón piedra es algo que, quizás con un poco de buena voluntad, podía presumirse. Pero esa puesta en escena generalmente tan ritual y la proverbial distancia propiciada por los usos lingüísticos y otros usos y abusos, no favorecían nada la percepción desde fuera de unas sensibilidades que, al parecer, subyacen a tanto rigor formal decorosamente agazapadas entre los pliegues de la toga.

En ésas se estaba, cuando, mira por donde, la definitiva evidencia fue a saltar en un juzgado de la sobria capital castellana.

Allí un juez, poniéndose por montera el *stilus curiae*, alzándose el hábito hasta donde quizás nadie se lo había levantado hasta la fecha, demostró lo que es tener un corazoncito saltarín debajo de ese escudo bordado a brocha gorda y, por lo general, tan cutre. Después de oír en declaración a la testigo, no pudo por menos de colocar bajo la fe del secretario la siguiente observación:

«Por S.S. se hace constar que es una mujer muy femenina y delicada, de 57 años de edad, y que en principio no parece como es frecuente en estos juzgados, una mujer de temperamento violento, sino una mujer delicada, que es inimaginable que sea una mujer agresiva.»

¡Si se entera Cristina Almeida!

Claro que ¡si don Manuel de la Plaza levantara la cabeza!

**ORAIN
EZ GARA
ISILDUKO**

**YA
NO ME
CALLO**



GIZA ESKUBIDEAK BIOLENTZIAREN AURKA



DERECHOS HUMANOS CONTRA LA VIOLENCIA

**ASOCIACION PRO DERECHOS HUMANOS
DEL
PAIS VASCO**