

JUECES *para la* DEMOCRACIA

INFORMACION Y DEBATE

López Calera, Derecho y tolerancia. **Fernández Entralgo**, Se llamaba Trinidad. **Mena**, 'Cuello blanco' y 'guerra sucia'. **Pedraz**, Derecho procesal y garantías. **Saez**, Derechos de los inmigrantes. **Revenga**, Desacato. **Vercher**, Justicia y política. **González-Cuéllar Serrano**, Sanciones administrativas. **Olarieta**, Ley de movilización nacional. **Rovira**, El defensor en la RFA. **Andrés Ibáñez**, Ni fiscal instructor, ni Habermas 'procesalista'. **Ferrajoli**, El derecho sistema de garantías. **Ruiz Miguel**, Autonomía y derecho a la vida. **Sánchez de Miguel**, Participación de los trabajadores. **Diez Ripollés**, Circunstancias modificativas en el PCP. **Rodríguez Arias**, Delitos contra el medio ambiente en el PCP. **Queralt**, Reforma en materia de tráfico de drogas. **Jorge Barreiro**, Tribunal de Cuentas y jurisdicción penal. **Belloch**, **Ojeda Avilés**, Jueces y derecho de huelga. **Sánchez Pego**, Administración y contrato de trabajo. **MEDEL**, Estatuto europeo de la magistratura. **Maier**, Sistema penal en Iberoamérica. **Pepino**, Legislación sobre estupefacientes en Italia.

16-17

2-3/1992

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto, *magistrado* (Madrid).
Belloch Julbe, J. Alberto, *magistrado, vocal* del Consejo General del Poder Judicial (Madrid).
Díez Ripollés, J. Luis, *catedrático* de Derecho penal (Málaga).
Fernández Entralgo, Jesús, *magistrado* (Madrid).
Ferrajoli, Luigi, *catedrático* de Teoría general y Filosofía del Derecho (Camerino, Italia).
González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *profesor titular* de Derecho procesal, Universidad Carlos II (Madrid).
Jorge Barreiro, Alberto, *magistrado* (Madrid).
López Calera, Nicolás, *catedrático* de Filosofía del Derecho (Granada).
Maier, Julio B. J., *catedrático* de Derecho Procesal, Universidad de Buenos Aires (Argentina).
Mateos Rodríguez-Arias, Antonio, *fiscal* (Badajoz).
Mena Álvarez, J. María, *fiscal* (Barcelona).
Ojeda Avilés, Antonio, *catedrático* de Derecho del Trabajo (Madrid).
Olarieta Alberdi, Manuel, *abogado* (Madrid).
Pedraz Penalva, Ernesto, *catedrático* de Derecho procesal (Valladolid).
Pepino, Livio, *magistrado* (Turín, Italia).
Queralt, Joan J., *catedrático* de Derecho penal (Las Palmas).
Revenga Sánchez, Miguel, *profesor titular* de Derecho constitucional (Jerez, Cádiz).
Rovira del Canto, M. Pilar, *magistrada* (Gerona).
Ruiz Miguel, Alfonso, *catedrático* de Filosofía del derecho, Universidad Autónoma (Madrid).
Sáez Valcárcel, Ramón, *magistrado* (Madrid).
Sánchez de Miguel, M. Candelas, *catedrática* de Derecho mercantil, Universidad Autónoma (Madrid).
Sánchez Pego, F. Javier, *magistrado*, Tribunal Superior de Justicia (Cantabria).
Vercher Noguera, Antonio, *fiscal* (Valencia).

Jueces para la Democracia. Información y Debate

publicación cuatrimestral de *Jueces para la Democracia*

Redacción: Perfecto ANDRES IBAÑEZ (coordinador), Manuela CARMENA CASTRILLO, Jesús FERNANDEZ ENTRALGO, Alberto JORGE BARREIRO, Javier MARTINEZ LAZARO, José Antonio MARTIN PALLIN, Jesús PECES MORATE, José Ricardo DE PRADA SOLAESA. 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: 1.600 ptas. (IVA incluido).

Suscripción anual: 2.500 ptas. (3 números).

Extranjero: 3.000 ptas.

Depósito legal: M. 15.960 - 1987. ISSN 1133-0627. Unigraf, S. A., Móstoles (Madrid).

INDICE

Pág.

Debate	3
— <i>Derecho y tolerancia</i> , Nicolás-María López Calera.	
— <i>Sólo se llamaba Trinidad</i> , Jesús Fernández Entralgo.	
— <i>'Cuello blanco' y 'guerra sucia'</i> , José María Mena Alvarez.	
— <i>El Derecho Procesal como sistema de garantías</i> , Ernesto Pedraz Penalva.	
— <i>La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes</i> , Ramón Sáez Valcárcel.	
— <i>A vueltas con el desacato</i> , Miguel Revenga Sánchez.	
— <i>Justicia, política y varas de medir</i> , Antonio Vercher Noguera.	
— <i>Las sanciones administrativas en la ley 30/1992, de 26 de diciembre</i> , Nicolás González-Cuellar Serrano.	
— <i>Vigencia actual de la ley de movilización nacional</i> , Juan Manuel Olarieta Alberdi.	
— <i>El abogado defensor en la RFA: ¿un enemigo del sistema democrático?</i> , María Pilar Rovira del Canto.	
— <i>Ni fiscal instructor, ni Habermas 'procesalista' (a pesar de Vives Antón)</i> , Perfecto Andrés Ibáñez.	
Estudios	61
— <i>El derecho como sistema de garantías</i> , Luigi Ferrajoli.	
— <i>Autonomía individual y derecho a la propia vida</i> , Alfonso Ruiz Miguel.	
— <i>La participación de los trabajadores en el proyecto comunitario de sociedad europea. Aplicación al sistema español</i> , María Candelas Sánchez de Miguel.	
— <i>Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992</i> , José Luis Díez Ripollés.	
— <i>Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código Penal de 1992</i> , Antonio Mateos Rodríguez-Arias.	
— <i>La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (Notas a la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre)</i> , Joan J. Queralt.	
Teoría/práctica de la jurisdicción	121
— <i>El Tribunal de Cuentas y la jurisdicción penal</i> , Alberto Jorge Barreiro.	
— <i>Jueces y derecho de huelga</i> , Juan Alberto Belloch Julbe.	
— <i>Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales</i> , Antonio Ojeda Avilés.	
— <i>Administración pública y contrato de trabajo. Cuestiones de orden jurisdiccional</i> , F. Javier Sánchez Pego.	

Internacional	143
— <i>Magistrados europeos por la democracia y las libertades: por un estatuto europeo de la magistratura.</i>	
— <i>Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal,</i> Julio B. J. Maier.	
— <i>La legislación sobre estupefacientes en Italia,</i> Livio Pepino.	
Materiales de Jueces para la Democracia	169
— <i>Observaciones críticas al proyecto de Código Penal.</i>	
— <i>Algunas cuestiones relativas a la formación de jueces y magistrados,</i> Comisión de Derecho Laboral de la Sección Territorial de Madrid.	
— <i>Notas sobre la situación de la Jurisdicción Social,</i> Comisión de Derecho Laboral de la Sección Territorial de Barcelona.	
— <i>Política Judicial y Juntas de Jueces,</i> Comisión de Derecho Laboral de la Sección Territorial de Madrid.	
Apuntes	189
— <i>Pero Benegas no es Pertini.</i>	
— <i>De cuentas.</i>	
— <i>Papel timbrado.</i>	
— <i>UJI... mori.</i>	
— <i>La bota del imperio (para una historia judicial de la infamia).</i>	
— <i>¿En qué estarían pensando?</i>	
— <i>Los reveses del derecho.</i>	

DEBATE

Derecho y tolerancia

Nicolás María LOPEZ CALERA

1. INTRODUCCION: LA TESIS DEL DERECHO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA TOLERANCIA

Comprendo que hablar de la tolerancia exigiría muchas precisiones conceptuales que aquí, por razones obvias, no son posibles. Pero tan razonable preocupación metodológica no debe frenar el bienintencionado impulso, justificado sobre todo en un país como el nuestro recorrido por una grave historia de intolerancias, de insistir en lo casi evidente: *en las «buenas razones» para defender la tolerancia*. Como ha escrito Bobbio, hay «buenas razones» para defender el derecho de cada uno a profesar la propia verdad¹.

Pero relacionar la tolerancia con el derecho engendra especiales dificultades. Las paradojas se acumulan, cuando se quiere argumentar a favor de la tolerancia dentro del mundo jurídico, que es un mundo de reglas coactivas. Porque, en principio, el derecho parece tener un cierto sentido negativo, pues nace —entre otros motivos— para poner límites a la tolerancia, para impedir «una tolerancia que lo tolere todo». Sin embargo, el derecho puede valorarse también como una realidad positiva en cuanto es un conjunto de reglas coactivas que prohíben y castigan lo que hace imposible la tolerancia.

La tesis que aquí se propone es que el derecho puede ser un valioso instrumento para defender la libertad y la tolerancia frente a los intolerantes, así como que la tolerancia es una de las virtudes cívicas y sociales más importantes para construir un derecho razonable, esto es, un derecho al servicio de la libertad.

Para demostrar tal tesis habría que seguir la secuencia derecho-justicia-democracia en el sentido siguiente. La justicia del derecho se construye a partir de un sano relativismo axiológico y más particularmente a través del método democrático. Sólo el

derecho que nace de poderes legislativos democráticos puede ser justo. Un derecho democrático sabe que no hay valores absolutos y que, por tanto, tiene que tolerar creencias y comportamientos contradictorios. Pero precisamente porque el derecho democrático se fundamenta en un relativismo axiológico (no en un escepticismo axiológico), sabe que tiene que reducirse a ser «un mínimo ético» y tiene que dejar un amplísimo campo a la tolerancia².

2. LAS BUENAS RAZONES DE LA TOLERANCIA

En cualquier caso, algo hay que decir sobre la tolerancia, para entender su relación con el derecho. Debo confesar mis iniciales recelos al concepto de tolerancia por sus históricas connotaciones religiosas. En la famosa «Carta sobre la tolerancia» de John Locke, la tolerancia aparece como sinónimo de «indulgencia o conmisericordia con el equivocado o el inmoral». Locke escribía: «Estimo que la tolerancia es la característica principal de la verdadera Iglesia»³. La tolerancia parece que nace desde la superioridad, desde la prepotencia, desde la convicción de poseer la verdad objetiva. Resuena a mal necesario, a mal menor, a concesión revocable, no a derecho irrevocable. Como decía Mirabeau, se tolera, pero se podría también no tolerar⁴. Sin embargo, no se pueden negar los buenos caminos que abrió esa tolerancia religiosa, porque permitió alcanzar a otros sentidos más amplios de tolerancia.

Como apuntábamos más arriba, Bobbio ha hablado de las «buenas razones» para ser tolerante, esto es, de las razones para defender el derecho de cada uno a profesar la propia verdad. Cosa distinta es ser tolerante por «malas razones», esto es, aceptar cualquier actitud o comportamiento, porque a uno no le importa ninguna verdad. Según Norberto Bobbio éstas son las buenas razones de la tolerancia.

¹ Bobbio, N.: «Las razones de la tolerancia», en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, págs. 243-256.

² López Calera, N. M.: «La racionalización social del derecho», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, 1973/1, págs. 61-76; «La legitimación democrática del derecho», en *ACFS*, 1976, págs. 33-51, «La democratización moral del derecho», en *ACFS*,

1988, págs. 225-239; «Derecho y Democracia», en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), 1989-90, págs. 15-50.

³ Locke, J.: *Carta sobre la tolerancia*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 3.

⁴ Apud Zanone, Valerio: «Tolerancia», en *Diccionario de Política*, ed. por N. Bobbio/N. Matteucci, Ed. Siglo XXI, 1983, T. II, págs. 1620-1622.

1. La primera sería la razón práctica o la prudencia política que asume la tolerancia como *mal menor o mal necesario*. Se soporta el error de otros, porque la persecución, como demuestra la experiencia histórica, en vez de erradicarlo lo refuerza. No se es indiferente, sino que se cree que con la tolerancia se combate mejor el error.
2. Elevándonos un poco —dice Bobbio— en la escala de las buenas razones, se pasa a la razón de la tolerancia como un método universal de convivencia civil. La tolerancia se entiende como *método de persuasión* frente a la fuerza y la coacción. No es ya resignación, sino fe en la razón o en la razonabilidad del otro. Como escribió Locke: «La verdad no tiene necesidad de la violencia para encontrar acogida en el espíritu de los hombres y no se la puede enseñar por boca de la ley»⁵.
3. Pero sobre todo —dice Bobbio— hay una razón moral: el respeto al otro. Creo en mi verdad, pero debo respetar un principio moral absoluto: el respeto a los demás. Aparentemente se trata de un conflicto entre razón teórica y razón práctica: entre lo que debo creer y aquello que debo hacer, entre la moral de la coherencia y la moral del respeto al otro. Como el método de la persuasión, esta concepción está estrechamente ligada con la forma de gobierno democrático, con la afirmación de los derechos de la libertad (religiosa, de opinión, de expresión). Desde este punto de vista, la tolerancia *no es un mal menor*, sino un modo de convivencia, la única respuesta a la exigencia o al principio de que la libertad interior es tan importante que no debe ser solicitado. La tolerancia no es querda porque sea socialmente útil o políticamente eficaz, sino *porque es éticamente debida*.
4. Junto a estos argumentos de la razón práctica, hay también *razones teóricas*. La verdad sólo se alcanza a través de la confrontación y síntesis de verdades parciales. La tolerancia no es sólo un mal menor, o un método de convivencia, o un deber moral, sino una necesidad inherente a la misma naturaleza de la verdad (sincretismo, eclecticismo o filosofía de justo medio). Para Max Weber, en una edad de politeísmo de valores, el único templo abierto debería ser el Panteón, un templo en el que cada uno pueda adorar el propio dios⁶.

3. ¿QUE ES LO INTOLERABLE?

Ahora bien, por muy tolerante que se sea no es posible evitar las contradicciones morales. La experiencia moral es intrínsecamente contradictoria y conflictiva. Las contradicciones y los conflictos mo-

rales entre lo que yo creo y lo que tú crees, pero sobre todo entre lo que yo quiero y lo que tú quieres, entre lo que yo debo y lo que tú debes, son una experiencia frecuente que de alguna manera todo ser humano trata de resolver por muchos motivos (sobrevivencia, tranquilidad, autoafirmación, defensa de la propia dignidad, etc.). Es evidente que la tolerancia no se refiere sólo a lo que otro piensa o manifiesta en el terreno del pensamiento o de las creencias. La tolerancia encuentra su mayor grandeza y dramatismo en el ámbito de la práctica. La difícil tolerancia es tolerar lo que el otro haga.

Es claro que muchas contradicciones y conflictos morales pueden superarse si se parte de un sano relativismo axiológico, que es el soporte teórico de una positiva tolerancia, de una tolerancia que puede incluso entenderse como virtud moral, porque en última instancia es expresión de un profundo respeto por la libertad y, en última instancia, por la dignidad moral del otro.

Pero la tolerancia, en el terreno de la práctica y de la convivencia social, plantea dos preguntas casi inevitables, que pueden servir para argumentar la misma necesidad del derecho: ¿todo es tolerable?, ¿hay cosas intolerables? Como simple persona, como ciudadano y particularmente como jurista, uno debe preguntarme si se debe tolerar todo. Un simple sentido común nos dice que no todo puede ser tolerado. Por ejemplo, no se puede tolerar que una determinada religión sacrifique niños a sus dioses. Es evidente que hay comportamientos que no se pueden ni se deben tolerar. Sin duda la tolerancia tiene sus límites.

Como ha escrito Bobbio, hay un sentido negativo de tolerancia como sinónimo de indulgencia, de condescendencia con el mal, con el error, con la falta de principios, con la ceguera ante los valores. Pero también hay —dice Bobbio— un sentido positivo de la intolerancia, esto es, como sinónimo de severidad, rigor, firmeza. Esta intolerancia en sentido positivo se opone a una tolerancia en sentido negativo, entendida como no exclusión justa y debida de todo aquello que puede acarrear daño al individuo o a la sociedad⁷. En cualquier caso, según Bobbio, parece que hay un criterio razonable y fundamental de limitación de la tolerancia: «La tolerancia debe extenderse a todos excepto aquellos que niegan la tolerancia, o más brevemente todos deben ser tolerados excepto los intolerantes»⁸.

Pero las preguntas se acumulan: ¿cómo se determina y quién determina los límites de la tolerancia, esto es, lo intolerable?, ¿qué se debe hacer frente a lo intolerable? Estas cuestiones adquieren especial interés para el teórico del derecho, si se tiene en cuenta que el derecho ha sido casi siempre, entre otras cosas, un conjunto de reglas coactivas para determinar y prohibir lo intolerable. El derecho es un límite a la tolerancia o el derecho define determinados modelos de comportamientos como «intolerables». En cierto modo parece que el derecho juega contra la tolerancia, en cuando que se podría definir

⁵ Locke, J.: «Prima lettera sulla tolleranza», en *Scritti sulla tolleranza*, a cura di D. Marconi, Utet, Torino, 1977, vol. I, pág. 165

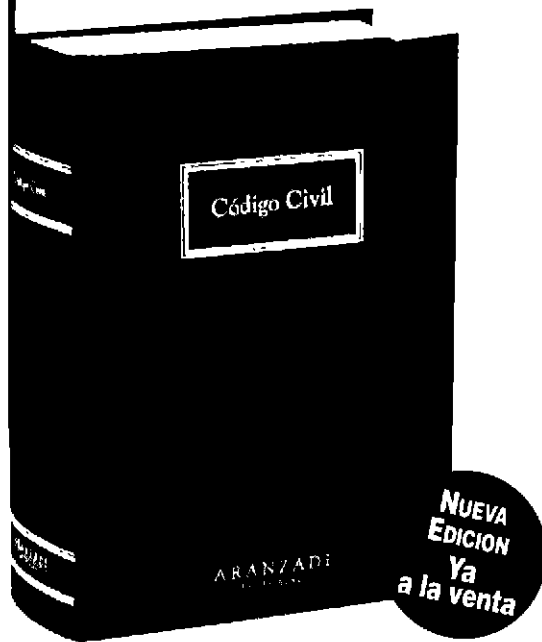
⁶ Bobbio, N.: «Las razones de la tolerancia», *op cit.*, págs. 246-250

⁷ Bobbio, N.: «Las razones de la tolerancia», *op cit.*, págs. 250-251.

⁸ Bobbio, N.: «Las razones de la tolerancia», *op cit.*, pag. 253.

Monografías Aranzadi

Código Civil



Obra dirigida por: **Fernández Urzainqui**

Publica: **Editorial Aranzadi**

2.784 páginas

Precio: 19.415 ptas. s/IVA - 20.000 ptas. c/IVA

Contiene la legislación concordada y actualizada a 31 de diciembre de 1992, con los extractos de jurisprudencia más significativa actualizada a junio de 1992

A su vez, y dentro de los extractos de jurisprudencia, destaca, mediante subrayado, y con gran concisión, la doctrina más significativa que podemos extraer de cada una de las sentencias.

La Jurisprudencia esta referenciada a los Repertorios de Jurisprudencia Aranzadi, lo que facilita una rápida y cómoda búsqueda para el estudio de la sentencia en su integridad.

A continuación del texto del Código actualizado a 31 de diciembre de 1992, se desarrolla un apéndice legislativo, que recoge las modificaciones habidas en el Código Civil, comenzando por la Ley de 21 de julio de 1904, y finalizando

por la de 20 de diciembre de 1991, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

Esta obra monográfica contiene un sistema de índices tanto alfabético como cronológico de disposiciones, muy completo y de fácil manejo y consulta.

Al adquirir esta obra tendrá derecho a recibir, además, sus actualizaciones gratuitas hasta la aparición de la siguiente edición.



Ley de Enjuiciamiento Criminal

Obra dirigida por: **Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta**

Publica: **Editorial Aranzadi**

1.072 páginas

Precio: 14.000 ptas. s/IVA - 14.420 ptas. c/IVA

Esta obra recoge la Ley de Enjuiciamiento Criminal concordada y actualizada a diciembre de 1992, destacando por su importancia en su actualización tanto la Ley 10/1992, de 30 de abril sobre Medidas Urgentes de Reforma Procesal, como la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre de Modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas

Además recoge, en forma de extracto, la Jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y con referencia a los diferentes Repertorios Aranzadi, habiéndose cerrado su estudio al mes de octubre de 1992

Contiene un sistema de índices muy completo y de fácil manejo y consulta

Al adquirir esta obra tendrá derecho a recibir, además, sus actualizaciones gratuitas hasta la aparición de la siguiente edición.

Solicite
GRATUITAMENTE
el CATALOGO
GENERAL
ARANZADI
1993

LEC+CC CUPON DE PEDIDO

- Ley Enjuiciamiento Criminal 14.000 ptas s/IVA - 14.420 ptas c/IVA
 Código Civil 19.415 ptas s/IVA - 20.000 ptas. c/IVA

Nombre
Dirección
Tel.
C. Postal

ARANZADI
EDITORIAL

Carretera de Aoiz, Km. 3,5 Elcano (Navarra)
Tfnos: (948) 33 18 11 - 33 02 26 Fax: (948) 33 09 19

como reglas (por su naturaleza coactiva) radicalmente intolerantes. Sin embargo, la funcionalidad del derecho puede tener otra lectura: el derecho ha sido también un instrumento al servicio de la libertad, esto es, ha servido a la defensa de la libertad frente a los intolerantes.

Sin embargo, estos principios que parecen muy claros en la teoría, son muy oscuros en la práctica. Porque la intolerancia tiene grados y campos diversos. Responder al intolerante con la intolerancia es un principio éticamente pobre y quizás también políticamente inoportuno. Un intolerante perseguido y excluido no llegará a ser nunca un liberal. Por ello concluye Bobbio: «Es mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva, que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse»⁹.

En cualquier caso para un jurista hablar de la tolerancia exige hablar de lo intolerable, esto es, hay que preguntarse qué es y cómo se determina *lo intolerable*. Rawls, por ejemplo, ha sostenido que el principio de autoconservación justifica limitar la tolerancia o, más exactamente, enfrentarse a los intolerantes. «La justicia no requiere que los hombres permanezcan ociosos mientras otros destruyen las bases de su existencia, ya que nunca sería beneficioso para los hombres, desde un punto de vista general, eliminar el derecho de autoconservación»¹⁰. En cualquier caso, la intolerancia con el intolerancia ha de limitarse al caso extremo en que la libertad misma esté amenazada: «Los miembros de una sociedad bien ordenada creen que únicamente ha de limitarse la libertad del intolerante en casos especiales, cuando se hace necesario para preservar la libertad en sí misma»¹¹.

D. D. Raphael ha escrito un interesante artículo sobre lo intolerable¹². Su tesis inicial es que la tolerancia, como todas las virtudes, tiene sus límites. Incluso la intolerancia puede ser justa u obligatoria: como prohibir a una determinada religión los sacrificios humanos.

Peter Nicholson¹³ sostiene que la tolerancia tiene dos grandes limitaciones:

1. Dado que el deber de ser tolerante se basa en el deber de «respeto de todas las personas como agentes morales», se sigue que no debemos tolerar acciones o prácticas que contravengan ese deber de respeto a las personas.
2. Una razón relacionada con la anterior es que debemos rechazar toda contravención del ideal de la tolerancia misma. Esto es, no debemos tolerar la destrucción de la tolerancia, que sería una contradicción.

Raphael da prioridad al principio o al argumento de no tolerar actos que vayan contra el principio del respeto de las personas. En su opinión, no es lo mismo ser tolerante que respetar la libertad, esto es, a

las personas como agentes morales. «La tolerancia es una especie particular de permitir libertad. La idea de tolerancia implica que lo que tú realmente desapruebas estás dispuesto a dejarlo.» «La libertad es, pues, una noción más amplia que tolerancia». Sólo se puede tolerar si se puede rechazar, si tienes poder para prohibir o prevenir. Tolerar no es simplemente permitir, es permitir a pesar de desaprobación. La tolerancia es permitir la libertad para lo que uno cree moralmente erróneo. Mill está por la libertad, no por la tolerancia¹⁴.

Raphael se refiere también a las múltiples distinciones de Kant sobre las obligaciones morales (erróneas e intolerables, erróneas, pero tolerables). Pero sobre todo se refiere a su distinción entre *obligaciones perfectas* y *obligaciones imperfectas*, entre deberes que implican derechos y deberes que no los implican (deber de respetar las promesas y deber de caridad). La razón de esta distinción kantiana está en el principio de tratar a los hombres como medio o no tratarlos como fines (torturar a alguien o no atender a un mendigo hambriento)¹⁵. Se puede tolerar la infracción de deberes (considerados correctos) o el cumplimiento de deberes (considerados incorrectos), siempre que ello no conlleve la negación de derechos.

La referencia a los derechos parece ser un método más seguro para determinar si un deber es una obligación perfecta, dice Raphael¹⁶. La cuestión importante aquí es si el criterio de la implicación del correspondiente derecho es un criterio que indica los límites de lo intolerable. Según Raphael, la infracción de derechos es fundamental como criterio de lo intolerable: «La frontera de lo intolerable está fijada por la infracción de derechos. Los actos que desaprobamos pero que no infringen derechos puede ser tolerados a pesar de nuestra creencia de que son erróneos, y deben ser tolerados si aquellos que los hacen los han elegido deliberadamente. En última instancia la tolerancia está exigida porque se trata de respetar los fines (opciones) de quien actúa»¹⁷.

4. LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL DERECHO

La tesis de «la infracción de derechos como criterio de lo intolerable» parece en principio razonable, aunque no resuelve de manera definitiva el problema, porque habría que definir y fundamentar un catálogo de derechos. La verdad es que no ha habido ni hay —porque no es posible— una definición apriorística y universal de lo intolerable. Lo intolerable es una categoría histórica. Como lo es también el derecho. En cualquier caso, la problemática de los límites de la tolerancia, esto es, la fijación de lo intolerable, remite inexcusablemente a la problemá-

⁹ Bobbio, N.: «Las razones de la tolerancia», *op. cit.*, págs. 253-254.

¹⁰ Rawls, R.: *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1979, pág. 252.

¹¹ Rawls, R.: *op. cit.*, pág. 254.

¹² Raphael, D. D.: «The intolerable», en *Justifying Toleration Conceptual and Historical Perspectives*, edited by Susan Mendus, Cambridge University Press, 1988, págs. 137-153.

¹³ Nicholson, Peter. «Toleration as a Moral Ideal», en *Aspects of Toleration*, ed John Horton and Susan Mendus, London, 1985, pág. 169, citado por D. D. Raphael, *op. cit.*

¹⁴ Raphael, D. D.: *op. cit.*, págs. 139-141.

¹⁵ Raphael, D. D.: *op. cit.*, pág. 144.

¹⁶ Raphael, D. D.: *op. cit.*, pág. 145.

¹⁷ Raphael, D. D.: *op. cit.*, págs. 146-147

tica misma de la justificación del derecho. ¿Cómo justifica el derecho sus determinaciones de lo tolerable e intolerable?

Curiosamente tal vez haya aquí una especie de círculo vicioso. Porque, por un lado, la defensa y ordenación de la tolerancia remite al derecho. Pero también es cierto que el derecho no puede justificarse —pienso— sino desde la admisión de un amplio juego de libertades y, por tanto, desde tolerancia. Desde esta perspectiva pienso que la libertad y la tolerancia son axiológicamente anteriores al derecho. En consecuencia, el derecho, entendido desde estos presupuestos axiológicos, sólo puede justificarse por un método que esté también estrechamente ligado a la libertad y a la tolerancia. Y ese método es, a mi entender, el método democrático. Sólo el método democrático tiene una entidad moral suficiente para resolver el problema de los límites de la tolerancia, porque es el método que al menos respeta más libertades y se funda, en definitiva, en la tolerancia.

En suma, un derecho legitimado democráticamente lleva a una sociedad tolerante, así como el respeto de la tolerancia, fruto de un sano relativismo axiológico, lleva a un derecho legitimado democráticamente.

Proponer el método democrático para fijar los límites de la tolerancia o el ámbito casi maldito (castigado con la fuerza) de lo intolerable es consecuencia de que no hay unanimidades sobre el alcance y contenido del derecho, si se pretende que sea un «mínimo ético para una convivencia justa» o una normatividad menos irracional que la mera fuerza organizada. En diversas ocasiones he mantenido que el derecho justo, esto es, un derecho relativamente justo, justo en la medida que lo humano permite, sólo puede ser aquel derecho que se racionaliza socialmente y que se legitima democráticamente, si es que el derecho es un conjunto de reglas de la sociedad y para la sociedad. Un razonable tratamiento de la justicia, esto es, averiguar qué es lo que corresponde a cada uno exige abrirse a una legitimación social y democrática del derecho.

Tal propuesta significa, en términos negativos, que no es posible, epistemológicamente, determinar «la razón del derecho», esto es, referir la justicia del derecho histórico a una «racionalidad objetiva», como pretendió el iusnaturalismo escolástico. La justicia es cosa de todos. Si el derecho puede ser un instrumento medianamente razonable para la convivencia justa y pacífica, será porque se produce a través de un diálogo (nivel teórico) y de un acuerdo (nivel práctico) de las partes que integran una determinada sociedad política. La razón (racionalización) del derecho deberá ser el resultado de un encuentro de «razones» iguales y libres. Una opción legislativa es más razonable (no absolutamente racional), porque es más compatible y más coherente con más razones individuales.

5. DEMOCRACIA, RELATIVISMO Y TOLERANCIA

Ahora bien, la democracia no puede convivir con cualquier dogmatismo de la teoría o de la praxis. La democracia sólo puede nacer del relativismo. Y si se es relativista, hay que ser casi inevitablemente tolerante. O dicho de otro modo: se es tolerante, porque se es relativista y por todo ello se es demócrata.

Kelsen ponía el relativismo como el supuesto de la democracia. Una de sus tesis preferidas era el paralelismo que ha existido históricamente entre absolutismo filosófico y absolutismo político y autocracia, así como entre relativismo filosófico y democracia: «Una argumentación más seria de la relación que existe entre democracia y relativismo consiste en el hecho de que los representantes más sobresalientes del relativismo filosófico estuvieron políticamente de acuerdo con la democracia, mientras que los seguidores del absolutismo filosófico, es decir, los grandes metafísicos, estuvieron de acuerdo con el absolutismo político y contra la democracia»¹⁸. El relativismo axiológico es la base de la democracia. «Pero si se declara que la verdad y los valores absolutos son inaccesibles al conocimiento humano, ha de considerarse posible al menos no sólo la propia opinión sino también la ajena y aun la contraria. Por eso, la concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo. La democracia concede igual estima a la voluntad política de cada uno, porque todas las opiniones y doctrinas políticas son iguales para ella»¹⁹.

Consecuentemente Kelsen relaciona democracia y tolerancia. «Decir que los juicios de valor sólo tienen una validez relativa —principio éste básico en el relativismo filosófico— implica que los juicios de valor opuestos son lógicos y moralmente posibles. Dado que todos gozan de la misma libertad e igualdad, uno de los principios fundamentales de la democracia es que cada cual respete la opinión política de los demás. No es posible encontrar la tolerancia, los derechos de las minorías, la libertad de pensamiento y de expresión, que tanto caracterizan a la democracia, dentro de un sistema político que se base en la creencia de valores absolutos»²⁰. Y añade: «La autocracia no puede tolerar la oposición; no existe en ella discusión ni transigencia, sino imposición. Y al no admitirse la tolerancia, todavía menos cabe hablar de libertad de conciencia, religiosa o de pensamiento»²¹.

Quizás hay otra razón más de fondo a favor de la tolerancia y, en definitiva, de la democracia, y ésta sería el respeto del principio de la igualdad. «El sentido más profundo del principio democrático radica en que *el sujeto no reclama libertad sólo para sí, sino para los demás; el "yo" quiere que también el "tú" sea libre, porque ve en él su igual. De ese modo, para que pueda originarse la noción de una fuerza democrática, la idea de igualdad ha de agregarse a*

¹⁸ Kelsen, H.: «Absolutismo y relativismo en filosofía y en política», en *¿Qué es justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, págs. 120-121.

¹⁹ Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia*, Ed. Guadarrama-Labor, Madrid, 1977, págs. 158-157.

²⁰ Kelsen, H.: «Absolutismo y relativismo...», *op. cit.*, p. 123.

²¹ Kelsen, H.: «Forma de Estado y Filosofía», en *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, págs. 142.

la libertad, limitándola»²². Ser relativista no es ser escéptico, sino estar convencido de que el otro puede pensar y decidir de otra manera y por consiguiente de que el principio de igualdad debe ser respetado.

Lo que se quiere decir aquí, en otras palabras, es que un «buen derecho» es aquel que nace de la democracia, porque ha apostado por la libertad y la tolerancia. El método democrático es el único que resulta válido para constituir al derecho como criterio delimitador de lo tolerable y lo intolerable y como un instrumento positivo para defender la tolerancia frente a la intolerancia.

CONCLUSION: EL SUEÑO DE UNA SOCIEDAD SIN DERECHO

Tal vez fuera mejor el sueño de una sociedad sin derecho, donde todo fuera libertad, como ha propuesto Esperanza Guisán. «Es necesario un proceso de interiorización de aquellas normas útiles para

la convivencia armoniosa y solidaria, de tal suerte que el sistema coercitivo propio de las leyes penales resulte innecesario y superfluo y sea, por tanto, eliminado como indeseable», esto es, es necesaria «una apuesta en favor de un sistema de socialización que refuerce las sanciones morales y disminuya progresivamente, hasta su desaparición, el tipo de sanciones peculiares y típicas de los códigos penales»²³.

Sin embargo, en una sociedad de seres humanos algún tipo de reglas coactivas se hace necesario. Hart lo ha dicho de manera muy gráfica y brillante: «En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles»²⁴. Pero, puestos a tener derecho, hagamos que el derecho se funde en la libertad y en la tolerancia, esto es, en la democracia, para que así pueda también servir a la libertad y a la tolerancia, a pesar de su naturaleza coactiva.

²² Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., pág. 138.

²³ Guisán, E.: *Razón y pasión en ética. Los dilemas de la ética*

ca contemporánea, Ed. Anthropos, Barcelona, 1986, págs. 161-162.

²⁴ Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 242.

Sólo se llamaba Trinidad

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

«Un conservador es alguien
que todavía no ha sido detenido»

(TOM WOLFE, *La hoguera de las vanidades*)

Aquel 23 de mayo de 1987 no fue un buen día para Trinidad.

Al atardecer (las diecinueve horas, en la jerga de la papelería oficial), salía, con un compañero, de una casa de la calle de Besolla, frente a la iglesia, allá, por «Pan Bendito». Desde luego, no es una zona residencial. Acababa de comprar casi ocho gramos de heroína, de mediana calidad. Un poco, para ellos; el resto, para compartir con otros amiguetes.

En la calle se vende droga; claro que sí. Lo sabe todo el mundo. También los policías que los detuvieron. Ni ella ni su compañero significaban nada, pero eran dos «palotes» más. Ese día ya habían cumplido.

[Del informe que abre el atestado: «... al patrullar por la calle de Besolla al pasar a la altura de la iglesia observaron cómo una pareja, proveniente de las casas circundantes, se introducían en un coche marca Ford Escort matrícula M-3208-EP. Dado que ese barrio es visitado por jóvenes ya que en el mismo se trafica con la venta de droga procedieron a identificar a los mismos, resultando ser los presentados...». Al cachear «... a la chica ...», se le encontró la heroína.]

Trinidad fue acusada de un delito contra la salud pública, con arreglo a lo previsto por el artículo 344 del Código Penal.

Cuatro años después, creyó que la pesadilla había terminado. La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid la absolvió de ese delito, en su sentencia de 26 de abril de 1991.

Trinidad no entendió muy bien lo que decían aquellos papeles que le entregó su abogado. Estaban redactados por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez. Había presidido el tribunal. Su cara le sonaba de algo. Tal vez lo había visto, de pasada, en uno de esos programas de televisión, tan serios y aburridos, que ella cambiaba en seguida.

El abogado le explicó que la habían absuelto porque su detención no había valido como prueba en su contra. Detener a una persona es algo muy grave [lee : «... tales operaciones comportan cuando menos una limitación de la libertad de deambulación; también la imposición de alguna conducta, como sacar las cosas de los bolsillos, exhibir el DNI; y, en fin, el sometimiento a una inspección corporal que, con bastante frecuencia, llega incluso a la observación minuciosa de la ropa interior del sujeto paciente, que viene obligado a desnudarse o a despojarse de algunas prendas de su indumentaria ...»].

No se puede hacer así como así. Lo dice la Constitución. Sólo está permitida cuando hay buenas razones para sospechar que el detenido ha cometido un delito, o que se dispone a cometerlo. No basta el simple «olfato» policial.

Trinidad empieza a comprender, entonces, algunos párrafos de la sentencia. Para que la detención «... pueda encontrar un principio de justificación —lee en ella— se hace preciso constatar la existencia de algunos datos previos “racionalmente” sugestivos de que ha tenido o pudiera estar a punto de tener lugar la perpetración de un hecho delictivo. O lo que es lo mismo, la detención policial no es ni podría ser el primer paso de la investigación, sino la consecuencia de otros que acrediten su necesidad.»

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

¡Parecía todo tan razonable ...!

La alegría de Trinidad duró poco. Su abogado la llamó para explicarle que el fiscal no estaba conforme. Había recurrido contra la sentencia. Sin embargo, debía tener esperanza. La Sala Segunda del Tribunal Supremo se estaba esforzando por hacer respetar todas las garantías constitucionales. Antes, por ejemplo, no importaba que a los registros que hacía la Policía en los domicilios no asistiese el secretario del Juzgado. Desde hacía algún tiempo, en cambio, ya no se tenía en cuenta —para probar la culpabilidad del acusado— el resultado de esos registros irregulares.

El pasado verano, mientras esperaba que se resolviese el recurso, se avivó la esperanza de Trinidad. Ese mismo Tribunal Supremo que tenía que decidirlo había rechazado las pruebas obtenidas «pinchando un teléfono» (mediante una intervención telefónica, le corregían los que sabían) porque el juez que la autorizó no la había justificado suficientemente.

Lo mismo había ocurrido con ella, se dijo para sus adentros.

El ministerio fiscal fundó su recurso en un quebrantamiento de la norma constitucional que consagraba el derecho a un proceso con todas las garantías.

[De los «antecedentes de hecho» de la sentencia de casación:

« ... Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el ministerio fiscal formalizó el recurso alegando los motivos siguientes:

Motivo Primero.— Se canaliza por la vía del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invocándose vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española, en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, con infracción, a su vez, de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 11.f) de la Ley 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, e inaplicación de lo dispuesto en el artículo 344 del Código Penal ...».]

Resultaba paradójico. El fiscal parecía preocuparse más de las garantías del Estado frente a los ciudadanos que de las de éstos frente a aquél. La Constitución se convertía, así, en un extraño «boomerang», que terminaba golpeando el rostro de aquellos a quienes, en teoría, pretendía proteger. La cruzada contra el narcotráfico (concepto totalizador, que mezcla indiscriminadamente en el mismo saco a cuantos intervienen en el «ciclo de la droga») se ha convertido en uno de los focos más activos de corrupción del modelo de proceso penal garantista en un Estado democrático de Derecho. Todo vale, al parecer, cuando se trata de defender de esa plaga a nuestra sociedad. No es de extrañar que el redactor de la «Exposición de Motivos» de nuestra antañona Ley de Enjuiciamiento Criminal desconfiase —al fin y al cabo, liberal a la antigua usanza— de quienes (¡y hablaba de los jueces de instrucción!) se dejan llevar en demasía por «... su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan ...».

Hace pocos días, la llamó de nuevo su abogado. Estaba desolado. La pesadilla había vuelto a empezar.

El 15 de abril de 1993, la Sala Segunda del Tribunal Supremo había resuelto el recurso, dando la razón al fiscal. Fue ponente el magistrado José Augusto de Vega Ruiz. Contra lo informado en la prensa, ninguno de sus compañeros de Sala puso reparos a la decisión.

En el Ministerio del Interior no podían ocultar su alegría. Nada menos que el Tribunal Supremo —formado por magistrados muy prestigiosos, de cuya independencia y neutralidad política nadie duda— les daba la razón.

Ahora, ya se sabe que la Policía, además de detener a los sospechosos de haber cometido un delito, o de ir a cometerlo, pueden, por si acaso, parar a la gente por la calle (según qué gente, según qué calle, claro) para identificarla y registrarla. No es una detención, sino una retención, que viene a ser como aquella, pero de menor calado. Como es breve, no hay que hacer demasiados remilgos. Los buenos ciudadanos no tienen nada que temer (a las personas de cierta edad, este argumento les resulta familiar, pero eran otros tiempos, que parecían definitivamente idos), y seguramente no se sentirán demasiado incomodados si —por azar— les toca a ellos sufrir alguna pequeña molestia. Todo sea por el bien común.

El tercero de los «fundamentos de derecho» re-

sulta ya inquietante y premonitorio de lo que se avecina.

«... La retención y presentación pueden ser medidas restrictivas de la libertad a las que deben aplicarse cuantas prevenciones se establecen respecto de la detención propiamente dicha, aunque el Tribunal Constitucional haya venido marcando, no sin ciertas dudas, las matizaciones correspondientes.

»En principio podría decirse que cualquier retención realizada por la Policía *contra la voluntad de la persona* supone una auténtica privación de libertad, lo mismo si a continuación pasare ésta *"a presencia judicial" o "a disposición judicial"* (ver la Instrucción de la Dirección de la Seguridad del Estado de 31 de mayo de 1985). Mas la cuestión no es tan simple como para generar tan fácil y rápida conclusión ...»

«Humpty Dumpty» tenía toda la razón: «... la cuestión ... es saber quién es el que manda; ... eso es todo ...». Quien tiene el Poder es también dueño de la Palabra; posiblemente, hoy, más que nunca. La entronización jurisprudencial de la «retención» como concepto diferenciado de la «detención» es una hábil maniobra para contrabandear semánticamente la definición de un espacio de actuación policial libre de trabas legales, en aras de la abstracta prevención de actos constitutivos de delito o falta.

Detención es, en principio, toda privación de la libertad de movimientos. Practicada por funcionarios de Fuerzas o Cuerpos de Seguridad, puede luego derivar en la inmediata liberación del detenido; en su traslado a dependencias policiales para la práctica de una investigación preliminar; o, en fin, en su puesta a disposición judicial. En cualquier caso, la detención sólo puede practicarse «... en los casos y en la forma previstos en la Ley ...», porque así lo impone el artículo 17.1 de la vigente Constitución Española. Cuestión muy distinta es el tratamiento jurídico específico de cada una de las modalidades de detentivas, comenzando por la fijación del ámbito de aplicación respectivo de las distintas previsiones contenidas en cada uno de los apartados de aquel precepto de la Ley Fundamental.

Detenciones son, sin duda, las astringencias dispuestas por un órgano jurisdiccional civil en ejecución de sus resoluciones. A ellas alude la sentencia comentada: «... en la jurisdicción *civil*, se producen órdenes de presentación que los jueces imparten a la Policía para la ejecución de sus sentencias en orden a los pleitos familiares (en referencia a los hijos menores de padres separados), siempre en el contexto de los artículos 32.2 y 118 de la Constitución y de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Policía Judicial de 19 de junio de 1987 o de la misma Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, *órdenes que en ningún caso implican privaciones de libertad en el sentido jurídico-penal que el concepto comporta ...*» (fundamento jurídico 3.3).

«... De otro lado, ahora en la jurisdicción *penal*, están las órdenes de los jueces, también a la Policía, para las presentaciones a que se refiere el artículo 420 en el caso de testigos (ver los artículos 431, 283 y 786.3 de la Ley procesal, y 126 de la Constitución respecto de las obligaciones atinentes a los miembros de la Policía Judicial). ...» (fundamento jurídico 3.4).

Estas detenciones para presentación ante los órganos jurisdiccionales son formas de compulsión sobre las personas, legitimadas en la medida en que son necesarias para la realización coactiva de intimaciones judiciales resistidas por su destinatario.

En ambos casos, por lo demás, la detención llevada a cabo por los funcionarios policiales es cumplimiento de una resolución judicial que le presta cobertura; algo, pues, muy diferente de la practicada por propia iniciativa de aquellos funcionarios. Sin embargo, el tribunal casacional parece confundir peligrosamente, a estos efectos, las respectivas competencias de las instancias policial y judicial.

Diríase incluso que se muestra más exigente con las detenciones ordenadas judicialmente. Véase, si no, el siguiente párrafo:

«... Pero si estas presentaciones obligatorias de testigos sólo pueden interpretarse como restricciones de la libertad de manera tal que para su ejecución han de tenerse presentes las prevenciones del artículo 489 y siguientes de la tan repetida norma procesal (aunque *la Ley hable de simple conducción a la presencia judicial*), el problema es, sin embargo, más difícil en los supuestos de retención. Las restricciones a la capacidad deambulatoria van unidas, jurídica y conceptualmente, por su analogía. De ahí la también analogía de los razonamientos que se han empleado para justificar la legitimidad de retenciones, cacheos, identificaciones, etc. ...» (fundamento jurídico 3.5).

En primer lugar, sorprendentemente se afirma la procedencia de extender analógicamente el régimen de la detención —como medida cautelar en el curso del procedimiento penal— a la astricción civil y a la comparecencia coactiva de testigos, mientras se pone en tela de juicio su aplicación a la retención y registro policiales.

En buena lógica, no se entiende esta discriminación.

En los dos primeros casos sólo sería exigible una resolución judicial antecedente, suficientemente motivada, y el respeto de las reglas de información del detenido (a quien se explicará el motivo de su detención), de comunicación de su detención a persona de su confianza, y de mínimo sacrificio (restricción de la duración al mínimo temporal imprescindible para conseguir el efecto deseado, con el tope máximo de setenta y dos horas). Carecerían de sentido otras garantías constitucionales y legales sólo comprensibles cuando se trata de la detención de un sospechoso o imputado por un hecho delictivo (o, excepcionalmente, por una falta). Por supuesto, estas medidas coactivas reclaman, por demandarlo así el respeto del principio de proporcionalidad, que sean precisas para vencer la resistencia del requerido. Buena muestra de ello es lo preceptuado en el artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, antes de acudir a tan drástica solución, prevé la imposición de una multa coercitiva.

Todo este haz garantista ha de rodear también cualquier detención policial, añadiendo, desde luego, la inexcusabilidad de un precepto legal de cobertura y la posibilidad de revisión judicial de la detención por el procedimiento de "habeas corpus", cuya aplicación a las detenciones judiciales ha sido desechada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la sentencia de casación construye, en sintonía con lo tantas veces reclamado por el Ministerio del Interior, una suerte de «tierra de nadie» librada a la discrecionalidad policial: la breve retención para identificación y registro personal.

He aquí la argumentación utilizada:

«... La Sentencia del Tribunal Constitucional 98/86, de 10 de julio, recurso de amparo 344/86, se refería a un Auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 29 de Madrid que denegó la solicitud del "habeas corpus". Se trataba de varias personas, que se estimaba iban conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas por una vía pública de la capital, *las que fueron llevadas contra su voluntad* a una Comisaría en donde hubieron de permanecer un cierto tiempo sin que fueran informados de sus derechos ni comunicada tal situación al Servicio de Asistencia del Colegio de Abogados de Madrid, circunstancias todas por las que se denegó aquel "habeas corpus", pues los reclamantes no habían llegado a estar privados de libertad. El Tribunal Constitucional señala cómo de esta manera, incorrectamente, se viene a dar por buena la figura, no contemplada en la Ley procesal penal, de la retención, según la cual sería posible retener a alguien *contra su voluntad* en una dependencia policial, sin dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 520 de aquélla. La Sentencia, en definitiva, seguía la orientación marcada en su momento por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 6 de noviembre de 1980 ("Caso Guzzardi")...».

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

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

Y la muy citada Decisión 8278/1979, de 13 de diciembre, de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que entiende, que «... la ejecución forzosa de un examen de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso aun en el caso de que dicha privación sea de corta duración...».

La sentencia de casación, no obstante, continúa: «Sin embargo también es evidente que mal puede darse cumplimiento al artículo 104.1 de la Constitución así como también al ya citado artículo 11.f) de la Ley Orgánica de 13 de marzo de 1986 al principio referida, *protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades así como garantizando la segu-*

ridad ciudadana, si no se puede efectuar ya actividades de prevención tendentes precisamente a tal fin...» (fundamento jurídico 4.2).

De nuevo se produce una confusión de planos. No se trata de negar que el aparato policial esté legitimado para prevenir la comisión de hechos delictivos, sino de discernir en qué circunstancias resulta proporcionada la detención. La sentencia de instancia desdenó el resultado de ésta y del registro personal precisamente porque faltaba el presupuesto legitimante de la actuación policial, a menos que se sostenga que la prevención de hechos delictivos habilita para detener y registrar indiscriminadamente a cualquiera que camine por un «área delincencial».

La motivación de la sentencia de casación se hace cada vez más nebulosa.

«... Por eso hay que decir que la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre, en relación también a un acto preventivo realizado por la Policía respecto de una prueba de alcoholemia, señaló que la puesta en práctica de las "normas de Policía" sobre identidad y estado de los conductores no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución, sin que la persona sometida a tal medida preventivo-policial pueda, a estos efectos, considerarse como detenida. Argumentaciones todas que, ha de insistirse, son asumibles en las áreas de otras limitaciones de derechos.

»La verificación de la prueba que se considera, según esa resolución (también la del mismo Tribunal de fecha 18 de febrero de 1986, recurso de amparo 205/86), supone para el afectado un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de Policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la seguridad, de tal manera, se insiste, que las garantías del repetido artículo 17.3 están dispuestas en protección del detenido, mas no para quien quiera que se halle sujeto a simples normas de Policía de tráfico.

»Hay un grave error de planteamiento por parte del que impugna la actuación policial, puesto que no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 de la Constitución con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto, independientemente del valor probatorio que después se dé a estas diligencias...» (fundamento jurídico 5, 1-3).

Convendría matizar un poco. El Tribunal Constitucional afirma únicamente que el conductor sometido a identificación y a una comprobación alcoholimétrica no es equiparable al detenido como sospechoso o imputado de una infracción penal (y, por lo mismo, no se le otorga el estatuto diseñado por el artículo 17 de la Constitución). Tan sólo queda sujeto a los poderes de control propios de la Policía de tráfico.

Por otra parte, se invoca el criterio seguido por varias providencias del mismo Tribunal, en las que se minimiza la relevancia constitucional, a efectos de amparo, de las cortas privaciones de libertad de mo-

vimientos, precisas para la práctica de determinadas diligencias policiales de investigación y control.

Las dos de 28 de enero de 1991 (que reitera la de 26 de noviembre de 1990) son ilustrativo botón de muestra.

En ellas, la Sección Cuarta de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acuerda —de conformidad con lo prevenido por el artículo 50.1.c) de su Ley Orgánica— la inadmisión de una demanda de amparo, por carecer manifiestamente de contenido constitucional.

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

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

Esta resolución trae a la memoria otras, del mismo Tribunal, esta vez sendas Sentencias, la 107/1985, de 7 de octubre (invocada por la Sentencia de 15 de abril de 1993), y la 22/1988, de 18 de febrero.

Abordaban, ambas, los múltiples y espinosos problemas que plantean las comprobaciones alcoholimétricas.

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

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

tualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando, así, la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso productora de indefensión del afectado. No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque, ni el así requerido queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el artículo 492.1º de la LECr, la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba... supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad de la seguridad del tránsito (art. 1º *in fine* de la orden de 29 de julio de 1981). La realización de esta prueba, ... así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico...»(F.J. 3.3).

La Sentencia 22/1988 reproduce parcialmente y confirma estas apreciaciones (F.J. 1.2).

En la sentencia de casación se sugiere que «...quizás para armonizar estas resoluciones del Tribunal Constitucional [cuya aparente discordancia interna no puede ser más patente], haya de conocerse los supuestos de caso concreto que, aunque análogos en apariencias, pueden ser sustancialmente distintos (por ejemplo en cuanto al trato personal dado o respecto de la duración de esa presencia en la oficina policial), porque en realidad la primera de ellas no afirma que toda restricción de libertad suponga la aplicación, por principio, del artículo 17.3 [desde luego: pero sí afirma contundentemente que toda privación de libertad de movimientos es detención, sin que quepan eufemismos ni fraudes de etiquetas]. Y es que la proporcionalidad se constituye en el eje definidor de lo permisible, de ahí que haya de estarse a los hechos concretos acaecidos. Es necesario guardar un justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio, deterioro o menoscabo que en estos casos ha de sufrir la dignidad de la persona. Por eso que una y otra sentencias [más correctamente: que sentencias y providencias o autos] puedan aparecer como aparentemente contrapuestas ...».

Las providencias invocadas han descontextualizado algunas frases de la doctrina anterior («... supone, para el afectado, un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de in-

fracción...»), para construir, sobre ellas, un principio general de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

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

La resolución comentada afirma que la detención de un conductor para comprobación de su identidad y estado psicofísico, o para su sometimiento a una verificación de su grado de impregnación alcohólica no encaja en la presupuesta por el artículo 17.3 de la vigente Constitución Española, como fuente a atribución de unos determinados derechos (a la información de las razones de su detención, a no declararse culpable, a la asistencia letrada), por más que la práctica de una comprobación semejante haya de reunir ciertas garantías para que sus resultados puedan ser esgrimidos como prueba de cargo de responsabilidad penal (por delito contra la seguridad del tráfico, o, en su caso, por imprudencia).

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

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

Resulta, a este respecto, muy significativo, que la insistencia en configurar los actos de identificación y registro personal como poderes implícitos («con-naturales», se ha escrito) en los genéricamente atribuidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como precisos para el cumplimiento de las funciones preventivas y represivas enumeradas en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, no se vea completada por el recuerdo de los principios que

han de regir su ejercicio. Entre ellos, el artículo 5.2, a) y c), consagra, como no podía ser menos, el de proscripción de cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral, y los de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. La vulneración de estos criterios rectores deslegitima la actuación de los miembros de dichos organismos, y, en la medida en que aquélla comporte la anulación o limitación de un derecho o libertad fundamentales, quedará degradada a mera violación de éstos, de la que no puede hacerse uso procesal, por imperio del invocado artículo 11.1.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las providencias del Tribunal Constitucional, sin duda muy respetables, resultan —dígase lo que se diga— contradictorias con sus propias sentencias precedentes, cuya fundamentación jurídica, como queda estudiado, han extraído de contexto y tergiversado. Y es bien lamentable que una simple Sección de una de las Salas de aquel órgano se haya decidido a resolver cuestión tan polémica, y con tanta trascendencia práctica, nada menos que negando la admisibilidad de la demanda de amparo que la planteaba.

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

La atribución de competencias preventivas de hechos delictivos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no significa legitimarlas para cualquier medida que estimen oportuna. La privación, siquiera momentánea, de la libertad de movimientos ha de estar cubierta expresamente por una norma legal. El artículo 490.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (al que se remite el 492.1º) es muy claro y tajante: puede —y aun debe— detener «... al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a detenerlo...». No hay que decir que ese pronóstico no ha de quedar fiado a la intuición policial, sino que debe fundamentarse en datos objetivos que habrían hecho que un observador imparcial hubiese podido predecir razonablemente que la persona detenida se disponía a cometer un concreto delito.

La sentencia de casación despacha este trascendental extremo de un plumazo: «... la conducta de la Policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima ...» (fundamento jurídico 6.2).

Al margen el hallazgo de la heroína (al que no se puede conferir eficacia legitimadora retroactiva), y aun dando por cierto que la calle de Besolla fuese conocida como lugar donde se trafica con sustancias psicoactivas prohibidas, queda sin argumentar por qué la detenida era sospechosa de haber cometido o ir a cometer un delito.

Quizá, para compensar la pobreza de la motivación de tan decisivo extremo, se extiende luego en consideraciones marginales de sedicente defensa social: «... Los miembros de las Fuerzas de Seguridad tienen no el derecho sino la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones. En tal medida, es misión suya acudir allí donde se detecte la existencia de aquél, procediendo siempre, por supuesto que bajo su propia responsabilidad en el caso de extralimitaciones inadmisibles, *con racional cautela y también con racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias.* En realidad los artículos 489 y siguientes de la Ley procesal arrancan siempre de un juicio de irracionalidad [así, en el original] por parte de quien va a limitar la facultad de deambulación a otra persona perteneciente...» (fundamento jurídico 6.2). Queda, sin embargo, después de todo, sin dilucidar qué síntomas delictivos, fuera de la salida de una casa situada en una calle sita en un «barrio habitual de tráfico de drogas» (relato de hechos probados de la «segunda sentencia») respaldaban la sospecha policial.

La sentencia de instancia, en cambio, había razonado así su criterio: «... se trata de preguntarse por la legalidad de una actuación policial, desde luego limitativa de determinados derechos, que tiene por exclusivo fundamento la condición de sospechoso atribuida a una persona... por la única razón de haber suscitado la sospecha de cierto funcionario. Puesto que salta a la vista que la ahora acusada no realizaba en ese momento acto alguno objetivable que ofreciera el más mínimo atisbo de relación con el supuesto de hecho previsto en algún tipo penal. Simplemente era joven, iba acompañada, entraba en un coche sobre el que no pesaba ningún tipo de denuncia, y estaba en un lugar público libremente transitable por cualquiera ...».

Trinidad, por eso, no entiende que, al final, el Tribunal Supremo, después de unas disquisiciones muy complicadas para ella termine sin explicar por qué ha de despertar sospechas el hecho de salir de una casa —por muy situada que esté en una calle donde se vende droga— acompañada de un amigo, y meterse, ambos, en un coche; sólo por eso.

No lo entiende, porque también se dice que en las fiestas de la alta sociedad corre la cocaína en abundancia, y nadie para y registra a los que acuden a ellas. Tampoco detienen y registraban a los ejecutivos que aguardaban los vuelos internacionales en los salones del aeropuerto reservados a la gente importante, cuando se chismorreaba que muchos sacaban clandestinamente del país un dinero que aquí era muy necesario. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Trinidad confía en que, al menos, como la pena que le impusieron no es grave, le concedan «la condicional».

[Advertencia final: Trinidad no se apellida Na-seiro.]

'Cuello blanco' y 'guerra sucia'

Jose María MENA ALVAREZ

I

Diversas noticias escandalosas que alarman a la opinión pública tienen el común denominador de llevar aparejada una intervención de actividad o pasividad judicial *lato sensu* sea de jueces o tribunales, sea de fiscales.

De entre tales noticias hay dos particularmente preocupantes y repetidas: son las que implican ejercicios prácticos de «delitos de cuello blanco», y las que contienen una incitación a la «guerra sucia» contra cierto tipo de criminalidades.

Ambas previsiones criminológicas clásicas expresan un mismo discurso en relación con el Estado social y democrático de derecho. Es el discurso de la inadecuación de las previsiones legales a las complejas realidades sociales cuyo tratamiento exige tolerancias comprensivas.

En uno y otro supuesto el punto de partida contiene una rotunda afirmación del imperio de la ley. El delincuente de cuello blanco debe sufrir la igualdad ante la ley. Puede ser más rico y poderoso. Pero es constitucionalmente igual a todos. El delincuente frente al que se justifica, en forma más o menos subrepticia, la «guerra sucia», es asimismo según ese discurso inicial un justiciable más, igual a los otros, titular de derechos y garantías idénticas a cualquier otro ciudadano.

La continuación del discurso delata la inflexión que exige la ambigüedad calculada de su conclusión. En efecto, se argumenta que, no obstante la igualdad pregonada, en el delito de «cuello blanco» concurren circunstancias de complejidad —realmente presentes en todos estos casos— que no se compatibilizan con el simplismo de las previsiones alojadas estáticamente en los tipos penales más o menos decimonónicos. Y, a mayor abundamiento, la complejidad y hermetismo de las conductas que comentamos plantean problemas de prueba casi insuperables incluso en la tarea de su aprehensión física. Con harta frecuencia no hay muchas fuentes de obtención de ingentes datos documentados ajenas a la exigencia o petición hecha al propio investigado. Como colofón, debe reconocerse que el enriquecimiento de que ha disfrutado la doctrina del garantismo, más allá de las previsiones del constituyente, ha nacido de los supuestos en que tal doctrina favoreció objetivamente a autores de conductas de cuello más o menos blanco, en términos en que no habían sido favorecidos doctrinal ni jurisprudencialmente autores de «cuello sucio».

En el otro polo de nuestro análisis comparativo, en los delitos para los que se argumenta implícitamente la justificación de algún nivel de «guerra sucia», se entiende, por semejantes apologetas, que

la gravedad de las conductas, o de sus resultados, contiene un reproche social que desborda las fronteras del tipo penal, de los marcos probatorios, o de las exigencias garantistas.

Obsérvese que, en ambos casos, las garantías constitucionales, las estructuras probatorias, y los tipos penales, se nos presentan como obstáculos a la «acción de la justicia» que podrían ser superados.

II

La Asociación de Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades (MEDEL), en una reciente comunicación a sus asociados, de final de septiembre, nos informa que en Grecia sufren problemas los magistrados por el autocratismo del presidente de la Corte de Casación. Y que en Italia hay graves problemas en la designación de magistrados de determinado rango por la intromisión de criterios políticos. Ello no es ajeno a la abundancia de asuntos político-financieros judicializados. Los problemas derivados de la corrupción en Milán son, para los informantes, preocupantes; y en Portugal surgen conflictos con ocasión de la llegada de los fondos de la CEE que dan lugar a conductas sustractivas complejas, en más de doscientos asuntos.

Al calor de todo ello surgen conflictos ante órganos judiciales por razón de la corrupción política. La proverbial autonomía del Ministerio Fiscal luso parece que sufre ataques, por tales razones, hasta ahora no conocidos. Y en Francia, se nos informa, se perciben presiones del Ministerio de Justicia en relación con asuntos que afectan a políticos de su partido... Y así sucesivamente. De lo nuestro excuso la referencia. *Nihil novum sub sole...*

Cuando Shutertland comenzó a teorizar sobre los delitos de «cuello blanco», o cuando nosotros empezamos a reflexionar, en toda Europa, sobre los modos jurídicos y judiciales de contener este tipo de conductas antisociales, no habíamos imaginado el cuadro que nos dibuja MEDEL. La simbiosis de poder económico, social y político, generadora de la antisocialidad del prevalimiento, y amparadas en el discurso ambiguo de la inadecuación de las normas no es un concepto demagógico transnochado, es un dato europeo, generalizado.

Frente al criterio de la coherencia, que llevaría a la persecución de semejantes conductas, los jueces y fiscales, como alguaciles alguacilados, se ven sometidos al contrataque político tangencial de la imputación de «politización» y a la maniobra evasiva de cambiar el debate sobre lo reprochable por el debate sobre la noticia de lo reprochable, es decir, sobre «las filtraciones».

III

No debe parecer que la apología encubierta de la «guerra sucia» contra cierta suerte de delitos haga referencia tan sólo a los medios de represión institucionales excesivos, propios de algunos países latinoamericanos.

Lo esencial de esos sistemas represivos institucionales, aun mediante formas o fórmulas paralelas ilegales, es su menosprecio por los marcos legales, que, en casos extremos, se lleva al menosprecio de los derechos fundamentales. Pero la limpieza, o la suciedad, se determina por la programación institucional de la estrategia de la conculcación.

También en estos supuestos los jueces y fiscales pueden resultar «alguaciles alguacilados». Su función puede resultar mal comprendida o mal interpretada desde perspectivas tendentes a justificar exclusivamente los resultados represivos inmediatos en proporción a la gravedad de los efectos de las conductas criminales.

Con frecuencia se ofrece, con argumentos menos jurídicos que divulgadores o periodísticos el modelo anglosajón, y especialmente el americano, como modelo de eficacia, hijo del pragmatismo y nieto de la filosofía utilitarista. Pero aquel modelo, en su marco jurídico formal, tampoco es diáfano. Cabe que algunas de las fórmulas que se presentan como experiencia imitable sean, allí, también ilegales. Y, por otra parte, no debe desdeñarse el criterio según el cual la estrategia de la conculcación que llamamos «guerra sucia» tenga, como meta, o al menos como objetivo resultado, no la eficacia contra determinada criminalidad, sino la eficacia contra el marco normativo.

IV

Con todo ello llegamos al final de estas comparaciones. En los delitos de «cuello blanco», tras el dis-

curso inicial igualitarista, y las protestas abstractas de severidad socializante, aparece la estrategia del hipergarantismo por insuficiencia de tipos penales, obstrucción de las pruebas, o saturación de las garantías, yendo a parar a la práctica inadecuación del sistema penal para afrontar ese ámbito de antisocialidad del prevalimiento.

En los delitos frente a los que algunos esbozan implícitas o encubiertas apologías de «guerra sucia» también aparece la inadecuación del sistema penal como consecuencia natural de la «estrategia de la conculcación», por más que en estos casos ello venga asociado a un rechazo al sistema de garantías, como obstáculo a la pretendida eficacia represiva, mientras que en los casos del «cuello blanco» el sistema de garantías venía asociado a la estrategia de ineficacia del sistema penal.

La diferencia resultante de la comparación tan sólo lo es aparentemente. Son dos caras de la misma moneda, que expresan una relación dialéctica entre los polos esenciales de la dinámica del sistema penal y de sus instrumentos institucionales.

Cabe, por ello, afirmar que la estrategia con que se aborda en la práctica social y política, en todo Europa, el delito de «cuello blanco», en cuanto estrategia para la impunidad de la antisocialidad del prevalimiento, es una estrategia de la conculcación, y como tal, es «guerra sucia» cuya capacidad de contaminación preocupante afecta la estabilidad de los juicios de reproche sobre aquellas conductas, a la operatividad de los órganos judiciales, a la objetividad del Ministerio Fiscal atrapado institucionalmente en un principio de «inopuntidad» inconveniente, y en resumidas cuentas, a la hipertrofia de cuanto se beneficia del prevalimiento antisocial, en perjuicio del equilibrio y estabilidad de la convivencia democrática.

El Derecho Procesal como sistema de garantías*

Ernesto PEDRAZ PENALVA

I. Acogiéndome a la rúbrica de la ponencia del profesor Ferrajoli: «El Derecho como sistema de garantías», desearía muy brevemente resaltar, desde mi condición de estudioso del Derecho Procesal, la inevitable, necesaria y controvertida asunción por la administración de la Justicia¹ de la tarea de ser garantía última del Derecho. Expresándolo de otra manera, el «proceso»² es baluarte inexcusable e insustituible, pues, frente al ejecutivo/legislador y del ejecutivo/legislador, para el logro de la primordial tarea asignada por la Suprema Ley a la Jurisdicción: ser medio decisivo y singular para la realización de la verdad constitucional³, en último término, de ese espacio jurídico-esencial en que consisten los Derechos Fundamentales⁴ (así, entre otros, arts. 9, 24, 53.2, 106 CE). Sostengo esta tesis consciente de la realidad actual caracterizada, entre otros aspectos por las denominadas deslegalización, descodificación, desconstitucionalización y/o desjudicialización vigentes; rúbricas que aquí y ahora indiferencia, pese a sus ricos y por tanto significativos matices.

La crisis de la Justicia⁵, en modo alguno extraña al «Welfare State» o Estado de bienestar o provi-dencia⁶ —confundido por algunos con el Estado social, del que no se sabe si realmente existe—, no es fruto de una aislada inadecuación, de una cristalización anónima a espaldas de la materialidad en la que se inserta y pondera; en verdad, responde, entre otros muchos extremos, a una etapa de sobreinstrumentalización orientada a hacer frente a objetivos de una inconcebible diversidad. Pensemos, verbigracia, en la pretensión de que la Justicia sea medio, a veces al mismo tiempo, represor y rehabilitador, vía de prevención, camino para mante-

ner/crear/realizar la legitimidad de un Ordenamiento Jurídico en gran medida carente de ella o método singular de virtualidad constitucional, etc. Se busca, pues, un juez represor, disuasor mediato y/o inmediato, protector genérico y vulnerador singular de los Derechos Fundamentales⁷, juez ya simultánea ya alternativa o sucesivamente (dependiendo de la «oportunidad») exégeta/intérprete/cuestionador y creador de la ley, del que asimismo, inconcebible y absurdamente desde su configuración continental-liberal en gran medida subsistente, se pretende exigir una legitimidad como si del ejecutivo se tratara⁸. Se quiere todo esto pero... a veces no interesa que el juez cumpla ninguna de estas tareas, llegándose a negar incluso su papel fundamental, descalificándolo como si no se tratara de la única objetivación autónoma estatal, fruto de la articulación de la división de poderes, destinatario singular del mandato constitucional para controlar la legalidad del todo Estado y sociedad.

Acaso lo esbozado pueda tener más clara expresión desde lo siguiente. La aludida sobreinstrumentalización se ve reforzada:

1. Desde la obsolescencia conceptual, normativa e instrumental —de la legislación procesal *stricto sensu* como aun de la orgánica— para hacer frente a la creciente necesidad social de una judicial respuesta; obsolescencia, debo señalar, en no raras ocasiones conscientemente buscada desde lo público.
2. En los diferentes intentos de desvirtuar, aún más, el viejo modelo liberal procesal de administrar la Justicia, desnaturalizando algunas de sus esencias fundamentales (en cuanto

* Estas reflexiones traen origen de mi intervención en la mesa redonda sobre «El Derecho como sistema de garantías», el día 5 de diciembre de 1992, en Madrid, dentro de las Jornadas sobre la Crisis del Derecho y sus Alternativas, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial los días 30 de noviembre a 5 de diciembre.

¹ Vengo ya empleando de modo reiterado esta expresión «administración de la Justicia», haciendo uso del término administrar o administración, en todo caso con minúscula, en el sentido de impartir; con ello quiero pues poner de manifiesto su exigida y total alienidad o extrañeza a cualquier connotación administrativa estricta.

² Aclaro que hablo de «proceso» aludiendo a todos los aspectos del inseparable entramado —salvo a efectos analíticos— integrado también por la jurisdicción y la acción. Para mí el proceso en sí es definible como el instrumento constitucionalmente necesario previsto para el rogado desarrollo de la potestad jurisdiccional. A nadie se le oculta que la Primera Norma exige —entre otros, artículos 24, 117.3, etc.— que la jurisdicción se realice fundamentalmente de modo exclusivo a través del proceso (en idéntica línea, arts. 6 CEDH, 14 PIDCP, en relación con el 10.2 CE). También, que únicamente puede actuarse procesalmente la jurisdicción previa excitación/petición de una persona que afirme la necesidad de tutela de un derecho o interés legítimo (art. 24 CE)

(en último extremo, pues, me estoy refiriendo a la acción). Estos planteamientos están más clara y ampliamente expuestos en Pedraz Penalva, E., «Sobre el “poder” judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Akal, 1990, entre otras, págs. 141 y ss.

³ Vid. Pedraz Penalva, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., esp. pág. 339 y ss.

⁴ De aquí la mayor exigencia y trascendencia (aún para mantener/realizar el Estado de Derecho) de una Justicia independiente y eficaz.

⁵ Pedraz Penalva, E.: «Sobre la crisis de la Justicia», en *Constitución...*, cit., págs. 227 y ss.

⁶ Vid. mi trabajo cit. «Sobre el “poder” judicial y la...», esp. págs. 164 y ss.

⁷ Pensemos en el nuevo 569 IV LECrim, reformado por la 10/1992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de reforma procesal y, sobre todo, en la LO.1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, por las que el juez se ve convertido en instrumento de «legitimación» singular de desconocimientos y aun de lesiones jurídico-fundamentales.

⁸ Parece claro que al Juez ha de exigírsele sometimiento a la ley y no que lleve al caso concreto mandatos sociales históricos, más o menos particulares.

previstas en la Norma Suprema), todavía indiscutibles en el Estado de Derecho. No se olvide que el Estado de Derecho es legalidad con división de poderes; legalidad cuya legitimidad son los Derechos Fundamentales, principio y fin del «Rechtsstaat»⁹.

Intimamente unidos a los puntos citados están, entre otros, aspectos como los siguientes:

- a) Genéricamente, la estrangulación de la jurisdicción a la que se escatiman los medios personales, materiales, legales, etc., requeridos para el desempeño de su tarea y, en esta línea, señaladamente, disminuyendo su nivel formativo y, por ende, la exigibilidad de una mínima capacidad para desempeñar adecuadamente la propia misión¹⁰.

Más aún, se está sometiendo a la Justicia a una extrema perversión: su pleno desconocimiento (desjudicialización), unido en determinadas materias a su administrativización (con el subsiguiente entorpecimiento o lineal impedimento de acudir a la jurisdicción¹¹). Recuérdese, en esta línea, la potenciación de otros medios heterocompositivos de decisión de conflictos: así el arbitraje¹², junto al ofrecimiento de vías espúreas (defensores de los consumidores, buzones 5000, etc.). Respecto de estas vías alternativas¹³, presentes en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, y que vienen asimismo fomentadas desde instancias comunitarias, es menester apuntar que, prescindiendo de su intrínseca bondad, suponen el reconocimiento de la propia incapacidad (o falta de voluntad¹⁴) estatal para dar cumplimiento a su deber de poner a disposición de todos unos órganos específicos, los jurisdiccionales, que dotados con los precisos medios puedan satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, afirmados por cualquier persona, desconocidos, negados o violados. Pero, también ha de apuntarse que, de modo

genérico, la jurisdicción viene siendo destinataria de la no rara tendencia a deferirle la determinación de objetivos directamente políticos y electoralmente peligrosos. Se ve así pues que algunos temas no es por mor de su ubicación entre el Derecho y la Moral por lo que son ambigua e imprecisamente regulados por la ley, sino que prescindiendo del ejecutivo/legislador del riesgo de optar con claridad por una u otra solución, elude las perjudiciales consecuencias electorales traspasando al juez la tarea de decidir desde una insuficiente ley. Ello además prescindiendo del adecuado debate participativo, y olvidando que en cuanto estamos ante un tema social de imprescindible decisión normativa no debe sacrificarse su general y precisa aprehensión legal y consiguiente determinación judicial a variables e ideológicas posiciones. A este respecto, ya indiqué en mi trabajo «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», que «las insuficiencias del Estado: los defectos legislativo y administrativo —eludiendo la correspondiente responsabilidad— no pueden pretender ser obviados traspasando al Judicial la tarea ya de colmar simplemente las pertinentes lagunas o, peor aún, ya de llenar vacíos mediante decisiones que, ajustadas a Derecho, pudieren afectar al campo político, siendo electoralmente desaconsejables. La función judicial resultaría de esta manera perjudicada, conceptual y constitucionalmente, en una doble faceta: de un lado, por cuanto asumiría tareas distintas de las que le corresponden y de aquéllas para las que está; de otro, en cuanto que al interferir en ámbitos no estrictamente «jurídico-judiciales» se vería sometida a las críticas partidistas¹⁵. No se olvide aquella conocida frase de Guizot: «Con la judicialización de la política ésta no tiene nada que ganar y, en cambio (con la politización de la Justicia), el judicial todo que perder»; idea

⁹ Parece claro que se trata del Estado de Derecho de corte germanista.

¹⁰ So pretexto de satisfacer el derecho a una tutela judicial efectiva, se ha pretendido, sobre todo cuantitativamente, en manifiesto y neto perjuicio de la dimensión cualitativa, un acelerado y, a mi juicio, inmoderado e incontrolado crecimiento del número de jueces. A nadie se le oculta que un juez carente de la formación jurídica mínimamente exigible y de la madurez y experiencia que sólo se consigue tras unos años de reposado errar y rectificar, no es sólo más propicio a ser manejado/manipulado/deslumbrado por halagos gubernativos/administrativos/policiales sino también menos apto para un eficaz y completo —con menos fisuras— control de la legalidad. Tal vez más que un desafortunado incremento de los jueces sea menester, supuesta una mejor formación, reconceptualizar la infraestructura de modo que pueda posibilitar un más racional ejercicio de las tareas jurisdiccionales. Hay países en los que con menos jueces y menos policía, pero con una bien pensada secretaría judicial, puede hacerse frente al imperativo de proteger los derechos e intereses legítimos de sus ciudadanos. Sobre mi planteamiento *vid.* «La nueva Secretaría judicial», en *Poder Judicial*, núm. 26, junio 1992, págs. 85 y ss.

¹¹ Y ello con afirmadas miras de disminuir la saturación de los órganos jurisdiccionales, reservándolos además para tareas de esencial importancia (?).

¹² Sin desconocer la relevancia histórica y actual de este medio heterocompositivo, he de señalar mi rechazo a su vigente, inconstitucional e incoherente regulación en algunos de sus pre-

ceptos, entre otros argumentos, por la desigualdad que comporta (dada la carestía de los árbitros), falta de publicidad, etc. *Vid.* Pedraz Penalva, «Notas sobre publicidad y proceso», en *Constitución, Jurisdicción y ... cit.*, esp. nota 87 de la pág. 226.

¹³ Vías alternativas que en sí mismas no me parecen rechazables. El daño en la ropa llevada a la tintorería puede verse compensado sin necesidad de acudir a la jurisdicción, pero lo que no tiene sentido es que se configure la Justicia de tal modo que sea más perjudicial acudir a ella para intentar la pertinente indemnización. Sin entrar en el tema, sería importante a este tenor el plantearse la Justicia de barrio, resucitar los jueces de distrito, etc.

¹⁴ Con frecuencia cito la frase de un autor de los Estados Unidos de Norteamérica, nada sospechoso de radicalismos ideológicos, Friedman, L. M., «Réclamations, contestations, les litiges et l'État-providence de nos jours», en *Accès à la justice et État-providence*, bajo la direc. de M. Cappelletti, p. 261, «... en las sociedades modernas el coste de la Administración de Justicia es mínimo en el conjunto de los gastos del Estado. Nadie notaría en el montante de los impuestos a pagar si el servicio de la Justicia viniera a suponer diez veces más de lo que cuesta en el presente: una nueva escuadrilla de aviones de bombardeo o la construcción de una autopista son más caras que todos los jueces del mundo, alineados uno tras otro».

¹⁵ Naturalmente este un modo también de conseguir su descalificación social y por ende de devaluar su papel de controlador de la legalidad estatal.

expresada en otro contexto por W. Weber aludiendo al doble peligro de una "juridifizierung der Politik und der politisierung der Justiz"¹⁶.

- b) Singularmente podría destacarse el planteamiento seguido por el ejecutivo/legislador en el orden procesal penal. Resalta la sustitución del viejo proceso inquisitivo por los afirmados más modernos y democráticos [también se llega a decir «legitimados» (?)] modelos consensual y contradictorio. Tal suplencia aparece íntimamente vinculada, de un lado, al matizado reforzamiento y desvirtuación del Ministerio Fiscal, al que se asigna la investigación¹⁷, y siéndole negada consiguientemente la esencial independencia¹⁸, y, de otro lado, la acogida de la oportunidad, si reglada, en contra de la legalidad requerida continentalmente. Procede llamar la atención, al asignarse al MF la tarea de investigar, sobre la aparente paradoja de la supervaloración de la etapa preparatoria en perjuicio del juicio oral como también sobre la institucionalización de la desigualdad procesal que conlleva y no sólo al forzar «acuerdos» inculpa-acusación.

En sede procesal civil, entre otros variados extremos, cabría incidir en la tendencia a forzar la autocomposición (así mediante la comparecencia previa en el juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ya muy desacreditada en el país de origen —Austria— en el momento de su española importación), en la mencionada desjudicialización a través del fomento discriminado del arbitraje y de otros medios de composición de litigios, como también en la reciente privatización de partes del proceso: piénsese en la injustificada y discu-

tible constitucionalidad de la intervención notarial en la ejecución.

Sin entrar en más cuestiones, permítaseme destacar la desvirtuación del viejo modelo liberal, conceptualmente no superado pese a su reputada inadecuación para satisfacer una justicia de masas y/o una justicia preventiva, etc., y que no raramente se ve propiciada desde lo público por el pretendido vaciamiento de la potestad jurisdiccional.

Se quiere un juez «stajanovista», presto para «producir» sentencias, pero no un juez con la formación, tiempo y medios requeribles a fin de poder cumplir su esencial tarea como terminal de la publicidad: defensa y realización de los Derechos Fundamentales (arts. 9, 25, 53.2, 106 CE, etc.); pero asimismo no suministrando al juez su único elemento legitimador orgánica y funcionalmente: la Ley. Aun desde los serios y variados debates habidos estos días, creo que si bien al juez compete la integración jurídica, en modo alguno le pertenece la función de «Positivgesetzgeber». Si no hay fallos en el Ordenamiento Jurídico, especialmente desde los artículos 9 y 10 CE y 5 LOPJ, parece claro a mi juicio que, continentalmente el Estado de Derecho exige algo más que pautas para que el juez determine la relevancia social de los intereses jurídicos en conflicto —y ello, además, dado el conocimiento constitucional de un espacio indiscutible: Derechos Fundamentales—, teniendo siempre presente los fenómenos destacados más arriba (descodificación, etc., sufrida desde la II Guerra Mundial; remisión al judicial de la decisión de materias electoralmente peligrosas).

Sin entrar en más puntos, concluiré afirmando que pese a las contradicciones en que está inmersa, la Justicia es el único medio disponible para la tutela y realización jurídicas y, de este modo, medio esencial de garantía jurídica.

¹⁶ Pedraz Penalva, E.: «Principio de proporcionalidad y...», cit., págs. 346-7.

¹⁷ En verdad la investigación, en los países en que es así se prevé, es verificada por la policía, con todo lo que ello comporta.

¹⁸ Ni siquiera en los Estados en los que se contempla la elección parlamentaria del Fiscal general, pero de ninguna manera de los resultantes miembros del MP —con las precisas matizaciones respecto de USA—.

La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes

Ramón SAEZ VALCARCEL

«Cuanto más se protege Europa, cuanto más se cierra, cuanto más se separa de sus vecinos del Sur, más se desarrollarán la xenofobia y el racismo.»

Tahar BEN JALLOUN

Un día cualquiera en el Centro de Internamiento de extranjeros de Madrid, situado en el barrio de Moratalaz: varias decenas de forasteros, generalmente entre setenta y ochenta personas, se hacinan en una sala común. Un televisor, varias mesas a las que se sientan algunos y comparten los naipes de una baraja. El establecimiento está construido bajo tierra. No hay luz solar ni ventanas ni aireación natural. El visitante siente la angustiada impresión de estar en un búnquer o de viajar en un submarino.

Arriba, en un pequeño patio, otros internos, varones, árabes y latinoamericanos en su mayoría, juegan a la pelota. Los demás habitan en el ocio más desesperante. Sólo pueden entrar a las habitaciones en determinadas horas. No hay actividades recreativas. Las visitas están controladas y limitadas. No hay posibilidades de comunicar con el exterior. La mayoría aguarda allí cuarenta días. Muchos son expulsados a sus países de origen. Otros muchos son puestos en libertad una vez agotado el plazo de cuarenta días (al menos uno de cada tres consigue quedarse, según *El País*, 20 de noviembre de 1992).

El día 25 de noviembre pasado, el centro albergaba a 89 extranjeros. Se vivió una revuelta que duró toda la jornada y fue sofocada por la policía. Los internos habían reivindicado sin éxito medios a los que tienen acceso los presos: lote de aseo, sábanas limpias y en buen estado, máquina de bebidas o cafetería. También pedían la agilización de los trámites burocráticos y mayor espacio físico para consumir el tiempo de su encierro (*El País*, 28 de noviembre de 1992).

LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS EXTRANJEROS

La muerte violenta de la inmigrante dominicana Lucrecia Pérez Martos nos enfrenta de manera dramática con una dura realidad: las condiciones de existencia de los extranjeros en los países de la Europa comunitaria. Condiciones de existencia que están determinadas por el tratamiento que nuestras legislaciones dispensan a los forasteros.

La legislación de extranjería se ha caracterizado como un subsistema donde estaban ausentes las garantías más elementales que han definido el Estado de derecho (López Garrido, pág.217).

Paradójicamente, la construcción de Europa, de

esa Europa que queríamos de y para los ciudadanos, en la que las personas (y, sobre todo, las mercancías: el artículo 13 del Acta Unica Europea definía el mercado interior como «un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada») podrían moverse y establecerse libremente por encima de las fronteras actuales, ha exigido el recorte, cuando no la simple y drástica negación, de los derechos de los extranjeros en la Comunidad Económica.

El mantenimiento de los privilegios de los que gozamos los ciudadanos acomodados del Norte ha obligado a los Estados a cerrar las fronteras exteriores y hacerlas impermeables a los hombres y mujeres del Tercer Mundo. Frente al deseo, la realidad: la Europa amurallada.

El fenómeno se inscribe en el proceso de acentuación del carácter autoritario y represivo del Estado que se desarrolla en los últimos años mediante el recorte de los derechos y libertades y la destrucción del sistema de garantías. Es lo que se denomina el arsenal jurídico de la democracia: en nombre de la defensa de la libertad se socavan los cimientos del Estado de derecho (De Cabo, pág. 74). Esa legislación de emergencia que aborda todas aquellas facetas problemáticas de la realidad, para las que el sistema no tiene respuesta (terrorismo, drogas, inmigrantes) suscita el consenso casi unánime de los partidos representados en el Parlamento: así la Ley Orgánica 7/85, de Extranjería, recibió tres votos en contra y tres abstenciones de los doscientos ochenta votos emitidos en el Congreso (Pérez Alonso, pág. 87).

El hecho migratorio apareció en la escena política como un problema prioritario desde el momento en que la crisis económica produjo un paro estructural en los años ochenta. La crisis era más profunda en los países no desarrollados y los flujos migratorios se incrementaron. Frente a ese proceso los Estados receptores desarrollaron una política de clausura de fronteras que generalizó la ilegalidad de la mano de obra extranjera, la economía sumergida (fenómeno instalado en nuestros sistemas) y la desviación de parte de la emigración económica hacia las fórmulas de amparo que proporcionaban las legislaciones de asilo. En definitiva, esas políticas represivas sólo produjeron efectos perversos: la entrada clandestina de fronteras —que se saldó en nues-

tro caso con la vida de muchos hombres y mujeres de los países vecinos del Sur ahogados en las aguas del Estrecho que separa los dos continentes—, y la marginación de esos extranjeros pobres condenados al mundo de la ilegalidad y de la criminalidad. Y, sin embargo, esas políticas represivas se han demostrado ineficaces para controlar los flujos migratorios (López Garrido, pág. 181).

UN ESPACIO POLICIAL COMUN

La impermeabilización de la frontera externa única exigía la armonización de las legislaciones de los países comunitarios en materias de drogas, terrorismo, extradición, visados, asilo y extranjeros (Gortázar, 1992a, pág. 2). Y ello trajo consigo un endurecimiento progresivo de las normativas estatales.

En varios foros europeos se han ido acordando esas políticas convergentes, en un clima de hermetismo y al margen de las instituciones representativas, tanto comunitarias como nacionales, lo que ha sido denunciado por el propio Parlamento Europeo en diversas resoluciones. Así, se ha fabricado un espacio policial común sin sometimiento a control judicial.

El Convenio de Dublín fue negociado en el seno del Grupo *ad hoc* de inmigración que surgió en el grupo de Trevi y que reunía a los ministros comunitarios de Justicia e Interior. Su finalidad era la de determinar el Estado responsable para conocer de una solicitud de asilo. El criterio elegido fue el del país que hubiese permitido la entrada del extranjero, ya se hubiese producido legal o ilegalmente.

No hay que advertir la presión que esa norma representó para las políticas de países, como España, limítrofes con el Sur. Además, la armonización era sólo procedimental. Cada país mantenía su propia legislación —a cual más pacata e inhumana— en materia de asilo. El forastero que vea denegada su solicitud en un país ya no podrá reiterarla en otro comunitario (Gortázar, 1992a, pág. 5). De esa manera pretendieron acabar con los refugiados en órbita.

La mayor amenaza al sistema de libertades vino de la mano del Convenio de Schengen, urdido en el secreto y que ha sido firmado por los países del grupo Schengen (Francia, Alemania y los del Benelux) en junio de 1990. Posteriormente se adhirió Italia, España y Portugal. Este convenio fue ratificado por el Parlamento español en febrero de 1992 con un mínimo debate y la única oposición de IU (Gortázar, 1992b, pág. 22).

El informe Meijers, elaborado por un comité de expertos holandeses, denunció la ausencia de garantías jurídicas mínimas y recomendó a su Gobierno que no ratificara el convenio. Los expertos alertaban de que el Comité ejecutivo Schengen tuviera capacidad para tomar decisiones vinculantes para los Estados sin necesidad de consultar a los Parlamentos nacionales. Ello supondría un doble peligro desde el punto de vista de la cesión de soberanía y desde la perspectiva del ejercicio democrático del poder.

Meijers exigía la publicidad de los acuerdos del Comité. Advertía ante la ausencia de control judicial y solicitaban la creación de una instancia jurisdiccional competente. Notaba que la falta de un concepto

común de las nociones de orden público, seguridad pública y seguridad del Estado, usadas en el Convenio, determinaría la acumulación de los diversos conceptos nacionales, de tal modo que la entrada de un extranjero podría ser rechazada cuando supusiera una amenaza para la seguridad de cualquiera de los diversos Estados (Gortázar, 1992a, pág. 7). La responsabilidad que se exigía a las compañías aéreas o marítimas respecto a los viajeros mal documentados que transportasen supondría una delegación intolerable de competencias de policía de fronteras en detrimento de los derechos de los extranjeros. Por fin, el sistema de información Schengen que vincularía a las diversas policías no estaría sometido a las legislaciones nacionales de control de datos informativos.

¿Dónde establecerán la última frontera en el camino de regreso que significa la política de cierre de fronteras? De momento el Gobierno español ha aprobado un proyecto de modificación de la Ley 5/1984 (publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 27-XI-92) que trata de impedir el uso fraudulento del sistema de refugio con fines de inmigración económica y acomodar nuestra normativa a los Convenios de Dublín y Schengen. Para ello: se acelerarán los trámites para permitir la inadmisión de solicitudes manifiestamente infundadas, el demandante no podrá acceder al territorio español sin antes superar ese trámite y la denegación de una demanda de asilo traerá consigo la expulsión inmediata.

La misma distinción entre el emigrante político y el económico va cargada de una gran dosis de hipocresía típica de la cultura de la satisfacción. Quien puede negar que la miseria, el hambre y la depauperación de continentes enteros tiene una causa política. Se encuentra en la propia distribución internacional del trabajo, en la imposición del nuevo orden mundial que separa tajantemente el Norte del Sur. Esa distribución es anacrónica en los países de origen (Magnus Enzensberger, pág. 53).

La nueva legislación belga utiliza un criterio para determinar la cualidad de país seguro, a efectos de rechazar solicitudes de asilo, que no puede olvidarse por su especial perversión. Será considerado un país seguro y no se admitirán como asilados sus nacionales, aquel del que hubieran procedido más del 5 por 100 de los demandantes del año anterior y sólo se hubiere reconocido el derecho a menos del 5 por 100 de ellos.

LA CRIMINALIZACION DEL EXTRANJERO

Y, mientras se confían a la policía nuevas competencias y mayores posibilidades de acción —muchas veces inmunes al control de la jurisdicción—, esa legislación autoritaria ha venido a crear un estereotipo del extranjero como sospechosos (De Lucas, p. 76). Sospechoso al que sólo se acepta en la medida en que ocupe, legal o ilegalmente, un puesto de trabajo excedente o no demandado por los nacionales (empleo doméstico, jornaleros del campo, peones de la construcción) que se cubre en condiciones de absoluta precariedad. Aun así, son frecuentes las detenciones de extranjeros en las esta-

ciones de autobuses de Madrid, cuando los inmigrantes ilegales empleados en el campo, procedentes de Almería o de las comarcas catalanas, acuden a la gran ciudad para documentarse y solicitar los permisos de residencia y trabajo. ¿Descoordinación o lógica del mercado?

La criminalización de la imagen del extranjero debe denunciarse como una de las fuentes que alimentan y propagan la cultura del racismo.

El derecho de extranjería está plagado de normas, de rango inferior a la ley, desconocidas, muchas de ellas que ni siquiera se publican, como circulares o instrucciones, que hacen imposible su control. Se trata de un infraderecho que puede variar de la noche a la mañana sin repercusión pública debido a la sector de población al que afecta (López Garrido, pág. 140).

La legislación de extranjería es intencionadamente ambigua, vaga e imprecisa. Codificada en unos términos que permitan un amplio margen de intervención y de discrecionalidad a las Administraciones Públicas. Sus preceptos están redactados en torno a conceptos jurídicos indeterminados de difícil concreción o mediante cláusulas abiertas: orden público, seguridad interior o exterior del Estado, intereses españoles, medios lícitos de vida, categorías que aparecen todas ellas en el famoso artículo 26 de la Ley 7/85 y que propician un ámbito de actuación policial casi inexpugnable.

Esa misma característica permite que una misma normativa preste cobertura a políticas diferentes en materia de inmigración: sin necesidad de cambios legislativos el nuevo Gobierno conservador británico logró expulsar al triple de personas que sus predecesores (López Garrido, pág. 140).

LA LEY 7/85: REALIDAD Y DESEO

Allí donde se evidencia de manera más sangrante la bondad de esta normativa es en la posibilidad de privar de libertad al extranjero hasta un máximo de cuarenta días —que se suman a las setenta y dos horas de detención policial— mientras se tramita o sustancia el expediente de expulsión, en los supuestos de estancias ilegales, implicación en actividades contrarias al orden público, a la seguridad interior o exterior del Estado, carencia de medios lícitos de vida, y de ejercicio de la mendicidad o de actividades ilegales.

Frente a esas detenciones el extranjero se transforma en un ciudadano indefenso, en un paria del Estado de derecho. La homologación judicial de esa pérdida de libertad se ha convertido en la práctica en un trámite burocrático que poco o nada garantiza la libertad (Escuin Palop, pág. 97).

Para comprobar esa afirmación bastará contrastar los riesgos que fueron advertidos por los primeros comentaristas de aquella ley (Moya Escudero, Belloch, Miquel Calatayud y también, precisamente el primero en el tiempo, el propio Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad) con la realidad. Las objeciones que se hacían eran: que el internamiento entrañaba una sanción administrativa, que el privado de libertad estaría a disposición de la autoridad gubernativa, que la intervención judicial no

suponía un acto de verdadera tutela efectiva y que el procedimiento de expulsión no cumplía los mínimos que exigía la Constitución.

Al menos uno de cada tres extranjeros internados no resulta expulsado. Los Juzgados no tienen conocimiento de ese dato ya que la policía de forma sistemática no lo comunica (según el acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid de 20 de junio de 1992). Muchos de ellos son objeto de internamientos sucesivos, de los que la autoridad gubernativa no da noticia en las peticiones de homologación que interesa del Juzgado de guardia. Con esos datos se constata el uso de la medida de internamiento como un mecanismo de control y de prevención general, al servicio de la ideología de la seguridad ciudadana.

Por ello, la policía abusa de la detención de extranjeros y desprecia las medidas alternativas a la privación de libertad que están recogidas en el artículo 88 del Reglamento de ejecución de la Ley 7/85: la presentación periódica o la obligación de residencia, más respetuosas con la libertad de las personas (Pérez Alonso, pág. 89). Y, también en esa medida, agota en la mayoría de los casos el plazo máximo de internamiento, cuarenta días.

El extranjero durante su privación de libertad no se halla a disposición de la autoridad judicial que la acordó. Lejos del horizonte diseñado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 115/87 («el extranjero respecto a su libertad se encuentra en la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para su efectiva expulsión»), éste es abandonado a su suerte —en manos de la policía— a consecuencia de una viciada práctica judicial. El juez que autoriza, por lo general, ignora las incidencias que ocurrieron durante el internamiento y el destino del interesado. Tenebrosa evidencia de la fragmentación del trabajo represivo, que aleja y distancia a los agentes del sistema del individuo que recibe el castigo. Es la inexorabilidad del proceso del encierro (Hulsmann y Bernat de Celis, pág. 48).

PRAXIS JUDICIAL Y MODELO GARANTISTA

Se limita la intervención judicial, en el tratamiento de la homologación del internamiento del sujeto a expediente de expulsión, a la periferia de la decisión administrativa. El juez que está llamado a garantizar la libertad se mueve en una profunda contradicción: la que le impide el cabal conocimiento de la legalidad de la actuación administrativa y le confina a la valoración acerca de la indicación o no de la pérdida de libertad. Así, se transforma una supuesta garantía en un trámite procesal carente de sentido, en un acto formal sin contenido (Escuin Palop, pág. 97).

Consciente de ello, la práctica judicial se desenvuelve entre dos modelos. Uno garantista, al que responde el acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid ya citada, que hace fracasar las aspiraciones de la policía, mediante la denegación sistemática de las solicitudes.

Ese acuerdo anota todos los incumplimientos de

la policía: peticiones colectivas, falta de incorporación del expediente administrativo o de su copia a la solicitud, silencio acerca de si se ha informado al afectado de sus derechos, de si se les ha concedido audiencia, de si se le ha informado de su derecho a abandonar el territorio nacional en los diez días siguientes y así eludir la expulsión y sus medidas cautelares (en los casos de los apartados a y f del artículo 26.1 de la Ley), silencio también sobre si ha estado internado previamente y si ha solicitado asilo político, ausencia de motivación de la necesidad del internamiento y de la imposibilidad de poner en marcha otras medidas asegurativas menos gravosas, desconocimiento de si está incurso en algún procedimiento judicial, falta de comunicación al Juzgado de las incidencias que se produzcan en el internamiento y omisión de la autorización del juez antes de ponerlo en libertad o de expulsarlo. Todo un rosario de agravios al limitado papel de garante que permite la Ley a la Magistratura.

El otro modelo acepta el papel mecánico de la intervención judicial en auxilio de la autoridad gubernativa. Exponente de este último modelo es el caso que aborda la STC 144/1990, de 26 septiembre: la demandante, ecuatoguineana, fue detenida por la policía, entregada en el Juzgado de guardia en el mismo expediente de expulsión junto a otras siete personas a las que nada la vinculaba, a excepción de su condición de forastera, e internada por orden del juez mediante un auto impreso carente de motivación. Mientras que se tramitaba el recurso de apelación fue expulsada del país. La Audiencia Provincial rechazó el recurso: la primera resolución estaba suficientemente motivada. El Tribunal estimó el amparo porque las resoluciones judiciales no habían exteriorizado las causas y los motivos de la privación de libertad, pero no reparó la situación ya que no acordó el regreso de la afectada, argumentando en la dualidad de jurisdicciones que están llamadas a conocer de las cuestiones relacionadas con la expulsión (pendía un recurso contencioso contra el acto de la Administración).

Lo que parece claro es que esa práctica judicial, bien que frecuente, desconoce la interpretación que realizó el TC del artículo 26 de la Ley 7/85.

Los centros de internamiento son un espacio donde los expedientados se ven despojados de todos sus derechos. No reúnen condiciones para albergar cuarenta días a unas personas. Allí, hacinados, vigilados y obligados a convivir con otros seres, los extranjeros sufren un proceso de progresivo embrutecimiento y marginación. Decía la memoria de la Fiscalía del TS que el internamiento no podría afectar la libertad «más que en el estricto sentido de no poder abandonar un determinado recinto, no pudiéndosele prohibir la comunicación con quien desee ni la realización de cualquiera actividades no incompatibles con su internamiento» (citada De Pérez Alonso, pág. 92). Un piadoso deseo que no se corresponde con la realidad.

Aquéllos son centros de reclusión, dentro del grupo de las instituciones totales destinadas a proteger a la comunidad contra determinados sujetos, que no persiguen el bienestar de los internos (Goffman, pág. 18). La única diferencia con los centros peni-

tenciarios es que en los establecimientos de extranjeros no se aplica la normativa especial (Ley y Reglamento Penitenciario) lo que trae consigo, paradójicamente, la ausencia de derechos de los reclusos, la inexistencia de un estatuto jurídico.

Respecto al déficit de garantías del proceso administrativo hay que anotar las que determinan la indefensión del afectado. Las resoluciones de expulsión casi nunca se razonan. Se limitan a reproducir las mismas expresiones ambiguas que utiliza la Ley. La inexistencia de hechos concretos impide conocer la razón de la actuación administrativa e imposibilita la contradicción y el control de la legalidad. Se limita el acceso del interesado al expediente, de hecho no se aporta al juez al que se solicita el internamiento. Por lo general, la primera actuación administrativa es la detención del forastero en la calle. A partir de ese momento el protocolo procedimental al uso procura aprovechar esa ventaja de partida (la privación de libertad del individuo) para tramitar con toda facilidad el expediente.

Fruto envenenado de la proverbial lentitud de la jurisdicción contenciosa es que las sentencias llegan años después de que el extranjero hubiere sido expulsado, lo que vacía de contenido el posible amparo judicial (Borrajo Iniesta, pág. 757). Ello no obsta para que la jurisprudencia se niegue a reconocer el derecho a indemnización por los daños sufridos por expulsiones ilegales (STS 14-VI-84 y 10-XI-86 citadas en Borrajo, pág. 758).

Sin embargo, hay que notar que, frente a una actuación administrativa que desprecia los derechos fundamentales, hay una jurisprudencia constante de anulaciones —con las limitaciones vistas— que algún autor ha definido como auténtica oposición a la expulsión de extranjeros de los Tribunales contenciosos (Escuín Palop, pág. 99).

Con todo, la Ley de Extranjería cumple su cometido: las cifras de expulsiones se incrementan de año en año (en la memoria del Ministerio de Interior se habla de indeseables, categoría que no existe en las leyes). Esa es la misión de la norma. Lo demás es pura anécdota.

BIBLIOGRAFIA

- Belloch, Juan Alberto: «Los derechos del "extranjero": el internamiento preventivo y su homologación judicial», en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos. Jueces para la Democracia*, ed. Hacer, págs. 13-12. Barcelona 1987.
- Borrajo Iniesta: «El status constitucional de los extranjeros», en *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al profesor E. García de Enterría*, págs. 697-766, Tomo II, ed. Civitas. Madrid 1991.
- De Cabo Martín, C.: *La crisis del Estado social*. Ed. PPU. Barcelona 1986.
- Commission permanente d'experts en matière de droit international penal, des étrangers et des réfugiés. Schengen, commentaires, avis et propositions concernant les implications internationales de la ratification de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, telle qu'elle a été modifiée

- recémment par la Convention du 29 mars 1991 entre les Pays Signataires de l'Accord et la République de Pologne ainsi par le protocole qui y est joint (citado en el texto como Informe Meijers), noviembre, 1991.
- Defensor del Pueblo: *Recursos ante el Tribunal Constitucional, 1983-1987*. Madrid 1987.
- Escuín Palop, V.: *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991.
- Goffman, E.: *Internados*. Ed. Amorrortu. Munguía. Madrid 1984.
- Gortázar, C.: «La Comunidad Europea: de Schengen a Maastrich», ponencia mecanografiada que fue presentada en el simposio sobre el derecho internacional y los derechos de los inmigrantes, organizado por la Delegación Diocesana de Madrid, Cáritas-Madrid y Justicia y Paz de Madrid, 1992a.
- Gortázar, C.: «A propósito de Schengen...», *Mundo Obrero*, núm. 8, abril, 1992b, págs. 22-23.
- Hulsman, L., y Bernat de Celis, J.: *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel derecho. Barcelona 1984.
- De Lucas, F. J.: «Xenofobia, racismo y unidad europea», *Jueces para la Democracia*, información y debate, págs. 67-84, núm. 11, diciembre, 1990.
- López Garrido, D.: *El derecho de asilo*, Ed. Trotta. Madrid 1991.
- Magnus Enzensberger, H.: *La gran migración*, Anagrama. Barcelona 1992.
- Pérez Alonso, E. J.: «La expulsión de extranjeros: algunas consideraciones en torno al régimen de detención preventiva e internamiento de extranjeros», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, núm. 13, págs. 71-105, 1987.

JUSTICIA/CONFLICTO

Perfecto Andrés Ibáñez

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

Antonio Cabanillas Sánchez

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

Luis Fernando Saura Martínez

LOS RETRASOS JUDICIALES

Miguel Revenga Sánchez

LOS DELITOS DE PROPIA MANO

María Luisa Maqueda Abreu

**¿SON NULOS LOS REGLAMENTOS
ELABORADOS SIN PRESTAR EL
TRAMITE DE AUDIENCIA?**

Juan Manuel Trayter Jiménez

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL
MEDICO-SANITARIA**

Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

**LA IDENTIFICACION DEL
DELINCUENTE A TRAVES DE LAS
HUELLAS DACTILARES. LA PRUEBA
DACTILOSCOPICA.**

Luis Alfredo de Diego Pérez

**¿PREVALECE LA LIBERTAD DE
EXPRESION SOBRE EL DERECHO AL
HONOR?**

José Enrique Bustos Pueche

**UNIONES DE HECHO Y PENSIONES DE
LA SEGURIDAD SOCIAL**

José Manuel González Porras

LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Pedro José González Trevijano

EL FALSO TESTIMONIO

Jesús Bernal Valls

**CONSTITUCION Y PERSONALIDAD
JURIDICA DEL ESTADO**

Alfredo Gallego Anabitarte

LOS SALARIOS DE TRAMITACION

María Luz Rodríguez Fernández

EL DELITO FISCAL

Antonio Aparicio Pérez

**LA ASIGNACION DE SUCESOR A
TRAVES DE TERCERO**

Clara I. Asúa González

**EL ESTATUTO DE LOS
PARLAMENTARIOS Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Angel M. Abellán García

**LA ACCION DE CESACION PARA LA
REPRESION DE LA COMPETENCIA
DESLEAL**

Sol Bacharach de Valera

**LA PRORROGA FORZOSA TRAS EL
DECRETO BOYER**

Carlos Gómez de la Escalera

**LOS ROBOS CON VIOLENCIA O
INTIMIDACION DE LAS PERSONAS**

Ignacio Serrano Butragueño

**PROPIEDAD HORIZONTAL ¿SON
NULOS O ANULABLES LOS
ACUERDOS CONTRA LEGEM?**

Ana Seisdedos Muíño

tecno

EDITORIAL TECNOS

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

De venta en las principales librerías.

Solicite catálogo al aptdo. 14632

Ref. D. de C. 28080 MADRID.

Comercializa:

GRUPO DISTRIBUIDOR EDITORIAL, S.A.

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

A vueltas con el desacato

Miguel REVENGA SANCHEZ

Si la tramitación parlamentaria no lo remedia, el nuevo Código Penal lleva camino de perpetuar en su articulado el delito de desacato. El Proyecto presentado al Parlamento no ha aprovechado la ocasión para suprimir un tipo cuya adecuación a los valores constitucionales resulta cuando menos problemática.

Es verdad que algo se ha avanzado; con respecto al Código vigente, la nueva regulación del desacato recorta el elenco de conductas punibles. Los artículos 507 y 508 del Proyecto eliminan, en efecto, la posibilidad de lo que pudiéramos llamar desacatos no presenciales, es decir, los cometidos mediante escrito, o a través de la palabra, pero no *ante* las autoridades o funcionarios desacatados. «Cometen desacato —señala la nueva redacción— los que calumniaren, injuriaren o amenazaren, de hecho o de palabra, *en su presencia*, a cualquier autoridad en el ejercicio de sus funciones.»

Es lástima que, una vez dado ese paso, no se hayan decidido los autores del Proyecto a ir un poco más lejos, y a considerar que la autoridad, al igual que el común de los mortales, se encuentra sobradamente protegida frente a las intemperancias verbales a través de los tipos genéricos de las amenazas, calumnias e injurias, o los específicos de atentado contra la autoridad, resistencia, desobediencia (artículos 499 y ss. del Proyecto) y, en general, de los agrupados bajo la rúbrica «delitos contra las instituciones del Estado» (artículos 479 y ss.).

Veamos qué es lo que se aduce en la Exposición de Motivos para justificar la subsistencia del delito que nos ocupa. «El desacato —se nos dice— entraña una perturbación del necesario sometimiento al Estado de Derecho, que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad en el plano político criminal daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes.»

Quienes así razonan parecen tener bien presentes las dificultades que comporta el mandar a un pueblo secularmente díscolo y levantisco como el español. Bastante tienen que aguantar los que cargan con la responsabilidad de mandar, como para no dispensarles un plus de protección frente a los impertinentes y deslenguados que tanto abundan. Un argumento tan pedestre —por lo demás, el único que los autores del Proyecto hacen explícito— se presta a ironías de todo tipo. Puestos a facilitar la tarea, nada estorba tanto como las garantías propias del tipo de Estado que se pretenden proteger.

Hay que suponer que los autores del Proyecto tienen más anchas miras de las que arguyen en defensa del tipo punitivo. La Exposición de Motivos oculta que el delito de desacato individualiza un bien

jurídico, el principio de autoridad o de jerarquía, al que se protege por sí solo, con independencia y al margen de la protección que la ley penal otorga al honor y dignidad personal de quienes voluntariamente ejercen funciones y cargos públicos. Así se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuyas Sentencias reiteran que lo que singulariza al desacato con respecto a las amenazas, calumnias en injurias, es justamente el ánimo consciente y superpuesto de atacar o menospreciar el principio de autoridad.

Se supone que es el rigor de tal principio lo que tienen *in mente* los autores del Proyecto. Véanse sino las consideraciones de la Exposición de Motivos relativas a la voluntariedad de la acción, y al dolo como regla general justificadora de la respuesta punitiva. A tal propósito se señala que hay bienes jurídicos que sólo se tienen por puniblemente ofendibles mediante conductas intencionadamente orientadas a ello, «como es el caso de la dignidad, la obediencia al superior» y otros que a continuación se mencionan.

La individualización de bienes jurídicos como los señalados traicionan, a nuestro juicio, las loables intenciones que alumbran el Proyecto. Así ocurre cuando se afirma que «la menor presencia de lo punitivo obedece al desahucio de lo obsoleto». O, de manera aún más expresiva, cuando se nos dice que «el espíritu de una sociedad fundada en el principio de igualdad, en la idea de que el Estado y la Administración están al servicio de la ciudadanía, y no al revés, de una sociedad que desea recurrir lo menos posible a la represión penal (...) exige un texto impregnado de ese espíritu».

La presencia del desacato frustra, además, la pretensión, anunciada a bombo y platillo, de que «no hay ni un solo delito en el que no sea dable apreciar la vinculación con un valor constitucionalmente declarado». La autoridad a cuya protección se endereza la figura del desacato es un tipo de autoridad que García Pelayo denominó autoridad hipostatizada o adscriptiva; un tipo de autoridad característico de organizaciones construidas sobre el principio de jerarquía y cuyo sentido es justamente el opuesto al reconocimiento de dignidad, y adhesión voluntaria basada en ella, que cualifican a las *auctoritas* en su pristino significado. Donde la jurisprudencia dice principio de autoridad debería decir principio de sumisión al poder o principio de jerarquía, principio éste cuya vigencia circunscribe la Constitución al ámbito interno de la Administración Pública.

El propio Tribunal Constitucional cuando ha anclado en la Constitución el fundamento de condenas por injurias a clases del Estado o por desacatos (la mayor parte de las veces para anular tales conde-

nas en aras de la libertad de expresión) se ha visto obligado a introducir matices y distinguos que parecen actuar en favor de la supresión que aquí se propugna. De manera paradigmática, la Sentencia 107/88, en un caso de condena por injurias a los jueces frente al que se insta (y se otorga) el amparo, recuerda que el derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista. Ello, señala el Tribunal, «hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto (...) emplear los términos dignidad, prestigio o autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental». Similares precisiones se deducen de la Sentencia 143/91, asimismo favorable a otorgar el amparo frente a la condena de unos funcionarios por desacato, y de la más reciente 190/92. En esta última, la condena por desacato a un miembro de HB se mantiene no en razón de lo injustificado e inveraz de las imputaciones realizadas por el recurrente a los titulares de la presidencia del Gobierno o el Ministerio

del Interior, sino debido a que aquél «dio un salto cualitativo (...) al atribuir a las personas concretas del presidente del Gobierno y del ministro del Interior una responsabilidad a título de inducción o de encubrimiento de delitos de tortura y de asesinato».

En definitiva, si nuestra lectura de esa jurisprudencia es acertada, no parece existir valor ni principio constitucional, al margen del honor personal de quienes desempeñan cargos u oficios públicos, ya protegido por los tipos comunes a los que el desacato se sobrepone, que justifique el mantenimiento de esta figura. No lo justifica la dignidad que, como es notorio, es dignidad *de la persona*, según el artículo 10.1 de la Constitución. Tampoco puede venir justificado por la defensa de valores tan etéreos como el prestigio o la autoridad moral. No hay mayor rémora para la vigencia de éstos que su predeterminación abstracta y su tutela preventiva.

Si es cierto, como afirman las líneas iniciales de la Exposición de Motivos del Proyecto, que el Código Penal de cualquier país representa el momento de civilización a que el mismo ha llegado, la supresión del desacato supondría para nosotros un excelente indicio.

NO HAY DERECHO.

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

Si crees en los Derechos Humanos, lucha por ellos.

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

C. Postal: _____

Solicita información a la

Asociación Pro Derechos Humanos de España

José Ortega y Gasset, 77, 2^a -

28006 Madrid.



Justicia, política y varas de medir

Antonio VERCHER NOGUERA

Hace unos días se anunciaba la próxima ejecución en los Estados Unidos del súbdito mexicano Ramón Salcido por la perpetración de seis homicidios. Terrible noticia, tanto por lo grave del delito como por la naturaleza de la condena impuesta. Sin embargo, esta noticia en sí no parece demasiado relevante, prueba de ello es que para muchos medios de comunicación ha pasado totalmente desapercibida. Son tantos los homicidios cometidos y las penas de muerte impuestas que tanto unos como otros acaban perdiendo toda atracción como noticia vendible, a no ser que estén rodeados de circunstancias especiales y estoy pensando en las muertes de las tres niñas de Alcácer. Es duro admitirlo, pero sabido es que lo terrible, a fuerza de repetirse, adquiere finalmente un preocupante viso de normalidad. Aquí, sin embargo, existe un dato de interés sobre el que vale la pena reflexionar. Ramón Salcido, después de delinquir, huyó a México pero fue secuestrado en su país y devuelto ilegalmente a los Estados Unidos. Ahora México, para evitar la ejecución, alega que se violó la ley y su propia soberanía con este secuestro. El problema estriba en que según una reciente sentencia del Tribunal Supremo norteamericano las autoridades de este país están legitimadas para actuar fuera de sus fronteras en la persecución del crimen. Confieso que no me sorprendió tal noticia ni, especialmente, la actitud de los Estados Unidos. Es por ello por lo que no he podido sustraerme a la tentación de utilizar la misma como punto de partida para la reflexión que sigue.

Hace unos años, recién llegado a una conocida universidad americana cuyo nombre no quiero traer a colación, tuve conocimiento de unos hechos que han permanecido nitidamente en mi memoria desde entonces. En mi primera visita al recinto me explicó el encargado de la impresionante biblioteca como a principios de siglo había llegado a la misma una valiosísima colección de libros de Derecho Internacional compuesta aproximadamente de 15.000 volúmenes. Los libros en cuestión procedían del patrimonio de un conocido aristócrata español, la revelación de cuya identidad no creo que entusiasme a sus descendientes, quienes, dicho sea de paso, dudo que tuvieran demasiado que ver con el desarrollo de aquella operación. En su momento, este gentilhombre decidió vender la colección a la universidad norteamericana, a lo que, como era de esperar, se opuso rotundamente el gobierno español. La universidad adquiriente y sus representantes no lo pensaron dos veces. Usando métodos que poco o nada tienen que envidiar a los que con tanta eficacia reprime la DEA, es decir la entidad norteamericana dedicada a la represión del tráfico de drogas, los libros salieron finalmente de España de manera ilegal y

clandestina. Concretamente, si no recuerdo mal, fueron embarcados en la costa gallega.

Recuerdo el rostro triunfal de mi interlocutor cuando me explicaba el evento. No había en el mismo el más mínimo asomo de remordimiento; ni siquiera reflejaba duda alguna sobre la bondad de la acción. Sin duda, pensaba que, tratándose su universidad de una de las mejores del mundo, no había mejor lugar para los libros que sus propias estanterías. No sé, a lo mejor estoy hecho de barro muy mal cocido, pero no me hizo ninguna gracia ni el hecho, ni sus circunstancias. Tampoco se podía hacer demasiado, ni era cuestión de empezar mi estancia en la universidad con un recién adquirido estigma de chovinista. Evidentemente, lo que para mí era un expolio, para mi interlocutor, y posiblemente para el resto de la universidad, no era más que otro paso en pro del desarrollo cultural y de la investigación. También señalaba la prensa, no hace mucho, la sospechosa aparición en los Estados Unidos de un importante texto celtibero del siglo II o I antes de Cristo. Vaya usted a saber cómo llegó el documento en cuestión al citado país.

Desde aquel momento no he hecho más que encontrar diferencias entre lo que es bueno y justo para aquella admirable nación (lo cortés no quita lo valiente), y lo que es bueno y justo para el resto del mundo. A veces me da la impresión de que no hay mucha coincidencia. Eduardo Galeano abundaba en el tema en un reciente artículo periodístico. Recuerdo especialmente una frase cuyo contenido reproduzco: «Yo todavía no entiendo por qué eran malos los soldados de Irak, cuando se apoderaban de Kuwait y en cambio eran buenos los marines, cuando se apoderaban de Granada o Panamá; pero hay que tener en cuenta que Sadam Husein, que era bueno hasta finales de 1990, viene siendo malo desde finales de 1991.»

Pero volvamos otra vez a la noticia inicial. A principios de verano de 1992, el Tribunal Supremo norteamericano dictó una sentencia en virtud de la cual las autoridades norteamericanas quedan legitimadas para llevar, aunque sea por la fuerza, es decir secuestrar, ciudadanos desde el extranjero ante su propia justicia, para que sean juzgados por violaciones de la ley norteamericana. La sentencia es bastante más compleja de lo que permite este breve resumen. No obstante, valga el mismo como base de discusión. Creo que lo realmente preocupante del caso es que esa discrepancia entre lo bueno y lo malo, que tan frecuentemente se observa entre los Estados Unidos y el resto de países y a la que antes hacía referencia, no se limita solamente al quehacer de las instituciones políticas y organizaciones gubernamentales, como estamos acostumbrados,

sino a la propia justicia. Se podría argumentar que se trata de un caso aislado, y por ello de consistencia limitada, o de un caso totalmente nuevo. Tengamos en cuenta, en primer lugar, que el Tribunal Supremo norteamericano es equivalente a nuestro Tribunal Constitucional y además, en aquel sistema, el precedente juega con muchísima más fuerza que en el nuestro. Por otra parte, no es una sentencia errática ni resuelve un caso totalmente nuevo. En el año 1986 el Tribunal Supremo confirmó la validez del secuestro gubernamental de un ciudadano en Perú para ser enjuiciado ante un Tribunal de Illinois. Existen además otros casos históricos que no señalaré en aras a la brevedad. Evidentemente esta línea jurisprudencial es un triunfo para el ejecutivo y para del Departamento de Justicia, que es de donde procede la autorización para el secuestro.

Uno se pregunta si es que existe una cierta «vis atractiva» hacia los Estados Unidos. Es decir, libros, delincuentes, etc., todo parte hacia allá, y, además, con el beneplacito de su más alta autoridad judicial. Y se pregunta uno si no existirá en temas legales una teoría especial de la gravitación, distinta de la diseñada por Isaac Newton. Afortunadamente las dudas quedan pronto disipadas. Existe jurisprudencia que demuestra que los Tribunales norteamericanos también saben rechazar. Sin ir más, en el caso Bophal los Tribunales norteamericanos rechazaron reiteradamente su competencia sobre el tema. Explicaré brevemente el caso. En 1984 se produjo una fuga de metilisocianato en la fábrica de la multinacional norteamericana Union Carbide instalada en Bophal, capital del estado de Madhya Pradesh en la India, el resultado fue de aproximadamente 4.000 víctimas mortales y 600.000 afectados de diversa consideración. Dada la nacionalidad de la empresa multinacional los perjudicados presentaron sus acciones legales en los Estados Unidos, cuyos Tribunales, no solamente tiene mejores medios técnicos para examinar este tipo de supuestos, sino que además, todo hay que decirlo, tienen una bien ganada fama de generosos a la hora de conceder indemnizaciones. Digo generosos, con sus propios conciudadanos, por supuesto. Pues bien, primero el juez John Keenan del Tribunal de Nueva York; después el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito y fi-

nalmente, el 5 de octubre de 1987, el propio Tribunal Supremo norteamericano, rechazaron reiteradamente su competencia sobre el caso. Se utilizó para ello un principio nada corriente en Derecho internacional: el principio «forum non conveniens». Es evidente que con estas decisiones se le hizo un importante favor al ejecutivo norteamericano.

No sé si todo ello es a causa de la importante influencia del ejecutivo sobre los Tribunales, especialmente el Tribunal Supremo. Recordemos que en los Estados Unidos es perfectamente legítimo y aceptable que el ejecutivo intente influir en la evolución jurisprudencial mediante el nombramiento de magistrados de la misma tendencia ideológica que el gobierno de turno. Y es que una cosa es administrar justicia y otra muy distinta influir políticamente en los órganos que la integran. Es como pretender masticar ajos y besar apasionadamente a la vez. Algunas cosas son simplemente incompatibles. Y como no hay ejemplo desaprovechable, quizá estas consideraciones pueden ser aplicables al caso español. Es bien sabido el galimatías en el que se vio sumido nuestro Tribunal Constitucional, cuya renovación estuvo paralizada durante un largo período de tiempo por la inexistencia del necesario «consenso político». También hubo importantes problemas a la hora de renovar el Tribunal de Cuentas.

En fin, he esperado a que pasara el acaloramiento inicial para realizar esta reflexión. Paradójicamente, el presidente Bush prometió al presidente Salinas, a resultas del escándalo causado por la famosa sentencia, que no autorizaría más secuestros en el extranjero. Sin embargo, aun cuando el problema en los dos altos Tribunales españoles está momentáneamente resuelto, el sistema sigue siendo el mismo y posiblemente se volverá a plantear ante futuras renovaciones. Creo que no es necesario abundar más en el tema. Es evidente la necesidad de buscar un nuevo sistema aunque debo admitir que no sé cuál podría ser el precedente, ni creo que estas breves líneas permitan hacer demasiadas elucubraciones al respecto. Lo que sí está claro es la necesidad de huir de cualquier sistema de nombramiento o renovación que permita la manipulación política. Sentada esa base, cualquier posibilidad es perfectamente discutible como proyecto.

Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

Nicolás GONZALEZ-CUELLAR SERRANO

I. INTRODUCCION

El problema de la atribución a las Administraciones Públicas de potestades sancionadoras, que, en principio, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, deberían ser ejercidas en régimen de monopolio por los órganos jurisdiccionales, ha preocupado desde antiguo a la doctrina. Tras infructuosos intentos dirigidos a distinguir los ilícitos administrativos de los penales, existe en la actualidad un amplio consenso acerca de la imposibilidad de encontrar diferencias cualitativas entre las infracciones y sanciones criminales y administrativas que justifiquen su diversa regulación.

Teóricamente el criterio cuantitativo, según el cual el *Derecho penal administrativo* se ocuparía de las infracciones de escasa lesividad social, sancionadas con penas menos graves que las previstas por el *Derecho penal criminal*, reservado para el castigo de las conductas más dañinas para la convivencia, podría servir como fundamento de la distinción, pero dicho criterio frecuentemente no es respetado por la legislación española, a pesar del principio general sentado por el artículo 603 del Código Penal, por lo que resulta insuficiente para explicar la razón por la cual nuestro ordenamiento atribuye al Poder Ejecutivo la potestad de sancionar.

En palabras del TC, «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración» (STC 77/1983). Sin embargo, la misma sentencia añade que «un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable...». Por diversas razones, entre las que la mencionada resolución del Alto Tribunal señala la conveniencia de descargar de trabajo a la Administración de Justicia en relación con infracciones poco graves y la de asegurar una «mayor eficacia del aparato represivo» ante ilícitos leves, un ordenamiento moderno seguramente no podría prescindir del ejercicio por las Administraciones de potestades sancionadoras.

El nuestro, desde luego, no lo hace. Antes al contrario, la legislación democrática no ha renunciado a avanzar en el peligroso camino de la *desjudicialización* de la potestad sancionadora, al amparo de las referencias que la Constitución efectúa a las «infracciones administrativas» en sus artículos 25.1 y 45.3. Parece que el legislador considera que, a salvo la prohibición establecida por el artículo 25.3 CE, que impide a la Administración civil imponer sanciones

que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, y asegurado el control judicial posterior de la actuación administrativa (arts. 106.1 y 117.3 CE), la configuración de una infracción como administrativa o criminal depende de una libérrima opción de política legislativa.

Dicho fenómeno se ha producido por la inercia de una tradición autoritaria en materia de sanciones administrativas, unida a una cierta desconfianza del legislador sobre la capacidad de la justicia penal para afrontar con éxito los retos planteados por la sociedad contemporánea.

En efecto, la tradición española en materia de sanciones administrativas no tiene parangón en los países de nuestro entorno (Parada). Bajo su peso, y ante la nula repercusión práctica de las advertencias doctrinales sobre el desmesurado crecimiento del poder sancionador del Ejecutivo, no es extraño que finalmente se haya convertido una excepción —la concesión a las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora— en la regla y se haya aceptado con naturalidad el alejamiento de las sanciones administrativas del ámbito penal y su inclusión en el propiamente administrativo, lo cual conlleva la atribución de la competencia para el control judicial de las sanciones, no a los jueces penales (a diferencia de los que sucede en la R.F.A., en Italia o en Portugal), sino a los tribunales de lo contencioso-administrativo que, como es bien sabido, y dada la renuencia del legislador a instaurar los Juzgados de lo Contencioso y a acometer la reforma en profundidad de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resultan distantes a los ciudadanos y juzgan a través de un proceso escasamente respetuoso con los principios de oralidad, intermediación y publicidad, en el que además la Administración conserva no pocos privilegios frente al particular.

II. FINALIDAD DE LA REFORMA

Dentro de este insatisfactorio marco general se sitúa la regulación de la potestad sancionadora efectuada por el Título IX de la reciente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 127 a 138) (*en adelante, LRJPA*). Bajo el título «Principios de la potestad sancionadora» establece la Ley disposiciones concernientes al principio de legalidad, a la responsabilidad, al principio de proporcionalidad, a la prescripción y a la concurrencia de sanciones. El Capítulo II,

que versa sobre los «principios del procedimiento sancionador», contiene diversos artículos en los cuales se consagran ciertas garantías del procedimiento, así como otras cuestiones atinentes al mismo.

Según advierte la Exposición de Motivos, la normativa comprende «los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos, extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia». Reconoce el legislador que los principios del Derecho penal criminal y administrativo son básicamente coincidentes y, acertadamente, considera necesario asegurar a los ciudadanos «un tratamiento común» ante las distintas Administraciones sobre la base del respeto de las normas básicas establecidas por la Ley.

III. AMBITO DE APLICACION

Pero aunque la Ley tiene carácter básico y, en consecuencia, todas las Administraciones Públicas han de acomodar su actuación a las disposiciones en ella establecidas, no entra dentro de su ámbito de aplicación, pues así lo ha querido el legislador:

- a) el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria, es decir, la basada en lo que la doctrina administrativa denomina «relaciones de sujeción especial», cuando dichas «relaciones» lo son de servicio o contractuales (art. 127.3 y Disposición Adicional Octava);
- b) los procedimientos administrativos en materia tributaria (Disposición Adicional Quinta);
- c) el procedimiento administrativo sancionador por infracciones en el orden social (Disposición Adicional Sexta).

No obstante, los procedimientos administrativos en materia tributaria y social se rigen supletoriamente por las normas de la LRJPA, la cual, por el contrario, no es de aplicación, ni siquiera supletoria, según parece, a los procedimientos disciplinarios excluidos.

Ello no quiere decir, naturalmente, que a estos últimos no le sean también de aplicación los principios regulados por la citada Ley en cuanto posean fundamento constitucional pues, obvio es decirlo, el respeto por los derechos fundamentales no precisa de intermediación legislativa alguna. Bien conocida es, sin embargo, la renuencia de la doctrina administrativa y también de la jurisprudencia —tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo— a aplicar los principios constitucionales del Derecho penal en el ámbito de la potestad administrativa disciplinaria, so pretexto de la existencia de «relaciones especiales de sujeción». Quizá haya sido debido a ello por lo que la Ley ha optado por distinguir la potestad sancionadora general de la disciplinaria, expulsando a la misma, como se ha dicho, de su ámbito de aplicación, si bien únicamente cuando afecta a personal al servicio de la Administración o a personas contractualmente vinculadas con la misma. Ello permite deducir que la LRJPA restringe el ámbito en el que las «relaciones especiales de suje-

ción» justificarían ciertos límites de los derechos fundamentales y somete, acertadamente, a los principios generales del Derecho administrativo sancionador la exigencia de responsabilidad administrativa en materias tales como, por ejemplo, las infracciones penitenciarias y escolares.

IV. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

Pero centrémonos en los principios de la potestad sancionadora establecidos por el Capítulo I del Título del que nos ocupamos. Previamente conviene recordar que, conforme asevera una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (desde la STC 18/81, de 8 de junio) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 8 de junio de 1976, caso Engel y otros, de 21 de febrero de 1984, caso Ozturk, y de 25 de agosto de 1987, caso Lutz, Englert y Nölkenbockhoff), en el Derecho administrativo sancionador rigen los mismos principios que informan el Derecho penal, si bien con las matizaciones que impone la materia sobre la que se proyectan.

1. El principio de legalidad

El primero de ellos es el principio de legalidad, el cual en el ámbito criminal comprendería cuatro garantías y una triple exigencia de la norma que las consagre. El principio abarcaría una «garantía criminal» («nullum crimen sine lege»), otra penal («nulla poena sine lege»), otra procesal, y una última de ejecución. La triple exigencia la cumpliría la ley previa, escrita y estricta. Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido la aplicabilidad del principio de legalidad al Derecho administrativo sancionador. Son numerosas las sentencias que sostienen que del artículo 25 de la Norma Fundamental se deriva el principio de reserva de ley formal para el establecimiento de infracciones y sanciones. Claramente se desprende del citado precepto que las infracciones y sanciones administrativas deben hallarse previstas por normas previas que, como sostiene el Tribunal Constitucional, han de poseer rango de ley formal, lo que incluye el Decreto-Ley (STC 3/88, de 21 de enero).

Tales principios de reserva de ley e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables han sido reflejados en sus artículos 127.1 y 128 por la nueva Ley, la cual además, en cumplimiento de la exigencia constitucional de predeterminación legal de la conducta ilícita y de la sanción imponible (SSTC 42/87, de 7 de abril; 61/90, de 29 de marzo; 93/92, de 11 de junio, 94/92, de 11 de junio) únicamente permite «a las disposiciones reglamentarias de desarrollo introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspon-

dientes». A continuación, el apartado cuarto del artículo 129 prohíbe la analogía.

Consecuentemente con lo manifestado con anterioridad, tal reserva de ley regirá, tras la entrada en vigor del nuevo texto normativo, incluso en los ámbitos en los que pretendidamente las «relaciones especiales de sujeción» impedian al principio constitucional de legalidad desplegar su eficacia, cuando dichas relaciones no sean «de personal» ni nazcan de vínculos contractuales. Aunque de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pudiera deducirse la admisibilidad desde la perspectiva constitucional del establecimiento de infracciones o sanciones en estas materias a través de disposiciones reglamentarias (v. gr. STC 219/87), tal posibilidad queda ahora proscrita por la Ley.

También recoge la Ley de la que nos ocupamos la garantía procesal, o mejor, procedimental, del principio de legalidad: la potestad administrativa sancionadora debe ser ejercida en aplicación del procedimiento previsto, de acuerdo, en todo caso, a las previsiones de su Título IX, que recoge disposiciones básicas que habrán de ser respetadas por la normativa de rango legal o reglamentario reguladora de los concretos procedimientos. No ha optado la Ley, en consecuencia, por seguir el modelo de Código único regulador de las sanciones administrativas, propio de Alemania, Italia y Portugal.

2. Predeterminación legal del órgano

Como reflejo en el ámbito administrativo del principio constitucional del juez legal, el artículo 127.2 dispone la necesaria predeterminación legal o reglamentaria del órgano competente para ejercer la potestad sancionadora y prohíbe la delegación, garantía ésta que realmente la jurisprudencia del TC nunca ha considerado imprescindible desde la óptica de la Ley Suprema pero que el legislador ha creído conveniente consagrar.

3. La responsabilidad

a) *El principio de culpabilidad*

El artículo 130, por su parte, afecta a la aplicación del principio de culpabilidad en el proceso administrativo sancionador. Con carácter general dispone el artículo 130.1 que «sólo podrán ser sancionadas... las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia». Si bien la mención de las personas jurídicas en la norma se halla justificada, pues en la actualidad nadie duda de la conveniencia de atribuirles responsabilidad penal en el ámbito administrativo —sobre la base de las acciones y omisiones culpables de las personas físicas que las dirigen y actúan en su nombre—, el precepto, en cuanto alude a la inobservancia, precisa de alguna aclaración complementaria.

Una interpretación del citado artículo que refiera la palabra inobservancia a la norma prohibitiva no parece la adecuada, dado que la simple comisión de la conducta prohibida no puede dar lugar a la san-

ción si no va acompañada de la culpabilidad del infractor. Con meridiana claridad ha declarado el Tribunal Constitucional que el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva en materia sancionadora sería inconstitucional (SSTC 76/90, 246/91). Más que a la norma, la última palabra del apartado primero del artículo 130 debe ser referida al «deber de cuidado». Si no existe inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto, la «inobservancia de la norma» no justifica la imposición de la sanción. Ahora bien, también es cierto que el principio de culpabilidad puede ser matizado, que no obviado, en el Derecho administrativo sancionador, lo cual implica que resulta admisible la atribución de responsabilidad en este campo debido a la infracción de un deber de cuidado más exigente o, si se prefiere, examinado de forma más flexible. Sería suficiente la simple «culpa in vigilando», que si no entra en juego en el Derecho penal criminal es debido a que en el mismo no se incrimina la participación imprudente en delito o falta, sea a su vez dolosa o imprudente.

«Culpa in vigilando» que, como mínimo, será exigible para la imposición de las sanciones a las que se refiere el apartado tercero del artículo 130, el cual establece la «responsabilidad solidaria» por el incumplimiento de obligaciones impuestas a varias personas conjuntamente (cfr. STC 76/90) y prevé la atribución legal a personas físicas o jurídicas del deber de prevenir las infracciones administrativas que puedan cometer otras personas y el establecimiento de sanciones frente al incumplimiento de dicho deber, generador de responsabilidad «subsidiaria o solidaria».

b) *La responsabilidad civil*

La novedad más inquietante de la Ley se encuentra en su artículo 130.2, que otorga a las Administraciones Públicas la potestad de declarar la existencia de la obligación de reparar los daños causados por la comisión de una infracción administrativa y la de fijar la cuantía de la indemnización: «*las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador —advierte el precepto— serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicar al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expédita la vía judicial correspondiente*».

Realmente la norma transcrita resulta muy desafortunada. Su tenor literal podría llevar a la conclusión de que el legislador ha querido mantener en suspenso la posibilidad de exigir la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa hasta que la autoridad competente para imponer la sanción exija la reposición de la situación alterada, fije la cuantía de la indemnización que estime oportuna y transcurra el plazo otorgado al sancionado para cumplir el requerimiento administrativo. Ello infringiría, naturalmente, el derecho a la tutela judicial efec-

tiva consagrado por el artículo 24.1 CE. También sería posible interpretar que el pago por el sancionado de la indemnización impediría al perjudicado plantear la pretensión resarcitoria ante el juez civil, aunque no estuviera conforme con la decisión administrativa consentida por el infractor. Incluso si se aceptara la posibilidad de impugnar el acto ante los tribunales del orden contencioso-administrativo (extremo al que no se refiere expresamente la norma) resulta claro que el precepto infringe el principio de exclusividad de la jurisdicción en el ejercicio de la potestad de juzgar, que el artículo 117.3 encomienda a los jueces y tribunales. Y ello resulta sumamente grave, porque demuestra que el legislador no es consciente de los peligros que entraña para el Estado de Derecho la concesión a la Administración de potestades jurisdiccionales, con menosprecio del principio de separación de poderes.

4. El principio de proporcionalidad

El artículo 131 LRJPA consagra el principio de proporcionalidad, derivado de la más general prohibición de exceso, la cual tiene sus orígenes históricos precisamente en el Derecho administrativo de policía, y numerosos antecedentes en nuestra legislación administrativa. Para la aplicación del principio de proporcionalidad el legislador obliga a ponderar principalmente la gravedad del hecho y la entidad de la sanción, advirtiendo, en atención al principio de idoneidad del acto establecido en el artículo 52.2, que la comisión de la infracción no debe resultar más beneficiosa que el abono de la multa.

5. El «non bis in idem»

El último de los principios referentes a la potestad sancionadora es el que prohíbe la doble sanción por el mismo hecho, el cual se consagra en el artículo 133. Dicho precepto impide que vuelva a sancionarse un hecho ya sancionado penal o administrativamente, «en los casos que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento». Se recoge así la doctrina sentada por el TC en su sentencia 9/81, de 30 de enero, que, no obstante, excluye los casos en los que exista una «relación de supremacía especial de la Administración».

Bien conocida es la discutible doctrina administrativa, asumida por la jurisprudencia, que permite la doble sanción penal y administrativa, en el Derecho disciplinario bajo la excusa de la concurrencia de una relación de sujeción especial cuando, como exige la STC 234/1991, de 10 de diciembre, el interés jurídicamente protegido sea distinto y la sanción sea proporcionada a esa protección. En cualquier caso, resulta difícil entender la razón por la cual se excluye del ámbito de aplicación de un principio constitucional determinado tipo de sanciones, las denominadas por la STC 66/1984, de 6 de junio, «de auto-protección», apelando a la necesidad de salvaguardar determinados bienes jurídicos que supuestamente sólo serían tomados en consideración por la normativa disciplinaria, cuando la prohibición de la doble sanción no excluye, ni siquiera en el Derecho

penal criminal, la posibilidad de la imposición de varias sanciones, sobre la base de un mismo hecho histórico, cuando existan diversas infracciones por haber sido lesionados distintos bienes jurídicos.

6. La prescripción

Contiene además el Capítulo I del Título IX, en el artículo 132, una regulación de la prescripción de las infracciones y de las sanciones supletoriamente aplicable en caso de inexistencia de normativa legal al respecto. Hasta ahora, especialmente tras la STS de la Sala de Revisión de 6 de abril de 1990, las lagunas eran integradas por la aplicación jurisprudencial de las normas sobre la prescripción de las faltas, más favorables para el administrado que las contempladas por la LRJPA. Ello demuestra que el legislador es consciente de la mayor lesividad social de ciertas conductas sancionadas administrativamente en comparación con las infracciones penales menos graves (las faltas). Sin entrar de nuevo en el problema que tal opción de política legislativa presenta desde la perspectiva del principio de la separación de poderes, no deja de resultar sorprendente que el propio legislador, previendo que la ley que establezca la sanción pueda no regular cuestión tan importante como la prescripción, establezca tan desproporcionados plazos como son los previstos por el artículo 132.1: tres años para la prescripción de las infracciones muy graves, dos años para las graves, y seis meses para las leves; tres años para la prescripción de las sanciones impuestas por infracciones muy graves, dos años para las graves, y un año para las leves. Curiosamente además, interrumpido el cómputo del plazo de prescripción por la apertura del procedimiento con conocimiento del interesado, se reanuda cuando el procedimiento se paralice durante un mes por causa que no le sea imputable, por lo que, consecuentemente, iniciado el procedimiento a los plazos mencionados habrá que sumarles un mes más (art. 132.3).

No obstante, en relación con este punto debe tenerse presente también la regulación sobre la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio, que, a tenor del artículo 43.4 LRJPA, opera pasados treinta días desde el vencimiento del plazo en que la resolución omitida por la Administración deba ser dictada, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de resolver regulada en los artículos 42 a 44 de la Ley. La nueva Ley solventa así el problema planteado por la confusa regulación sobre la materia contenida en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que, según consideraba la jurisprudencia dominante, reservaba la institución de la caducidad para los procedimientos iniciados a instancia de los ciudadanos, y ello a pesar del establecimiento de plazos de caducidad para determinados procedimientos sancionadores efectuado por disposiciones especiales (RD 1945/83, de 22 de junio) y de que su artículo 61.1 obligaba a la Administración a resolver en seis meses y su artículo 49 consideraba el incumplimiento de plazo como motivo de nulidad del acto en los supuestos en que la naturaleza del plazo lo demandara (SSTS 17-10-91, 22-1-92...; en contra, 17-10-83).

V. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En el Capítulo II del Título IX de la LRJPA se establecen ciertos principios que atañen al procedimiento y diversas disposiciones concernientes a la adopción de medidas cautelares y a los requisitos de la resolución.

1. La prohibición de las sanciones «de plano»

Destaca en primer lugar la prohibición legal de imposición de «sanciones de plano» que, el TC había considerado inconstitucionales en STC 18/81, de 8 de junio, aunque con matizaciones posteriores: la STC 181/1990, de 15 de noviembre, en atención a la levedad de la sanción, la «evidencia» y el «carácter flagrante e inmediato de los hechos» consideró admisible la imposición de una multa de cinco mil pesetas seguida de un trámite de audiencia al interesado.

2. La separación de las funciones de instrucción y decisión

Llamativa es también, por el alto grado de garantismo que encierra la norma, la disposición que, en el artículo 134, prohíbe la acumulación de las funciones de instrucción del expediente y decisión en el mismo órgano, reflejo simétrico de la conocida exigencia derivada del principio acusatorio en el proceso penal, que el TC había extraído del derecho al juez imparcial y cuyo trasplante al campo del Derecho administrativo sancionador no había considerado necesario en ninguna resolución. En opinión de Garberi porque carece de sentido su extensión a un procedimiento encomendado a órganos jerárquicamente subordinados.

3. Derechos del administrado

Bastante completo resulta, por otra parte, el catálogo de derechos reconocidos por el artículo 135 al ciudadano sometido a procedimiento sancionador, que cumple las exigencias derivadas de la jurisprudencia constitucional: entre ellos, el derecho al conocimiento de los hechos que constituyen la infracción y de las posibles sanciones, a formular alegaciones y a utilizar medios de defensa, a ser informado sobre la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y sobre la norma atributiva de competencia y el derecho a la presunción de inocencia.

No obstante, buena parte de la doctrina procesalista comparte una postura contraria a la considera-

ción de los actos de investigación realizados en el procedimiento administrativo como auténticas «pruebas». Prueba es tan sólo la realizada ante una autoridad judicial, independientemente e imparcial, y sólo cabría admitir el valor probatorio de actuaciones administrativas, a través de su preconstitución documental y su incorporación al proceso contencioso-administrativo, en casos excepcionales, entre los que destacan los supuestos en los que la fugacidad del hecho impida su prueba por otros medios.

Por ello, la norma contenida por el apartado cuarto del artículo 137, relativa al valor probatorio de manifestaciones documentadas de autoridades sobre hechos constatados por los mismos, debiera circunscribir su ámbito de aplicación al procedimiento administrativo y no al jurisdiccional, en el que, en atención al principio de igualdad de armas, no contarían más que como manifestaciones escritas de una de las partes en conflicto, sin eficacia probatoria alguna. Ciertamente es, no obstante, que tal postura encuentra el obstáculo de la doctrina mayoritaria —especialmente la administrativista— y la jurisprudencia, incluida la dictada hasta ahora por el TC (cfr. STC 212/90, de 20 de diciembre), proclive a otorgar valor probatorio al expediente y poco combativa con las «presunciones de veracidad» de los «documentos administrativos» que salpican la legislación. Dichos documentos, al igual que sucede con el atestado policial en el proceso penal no deberían ostentar mayor valor en el proceso jurisdiccional que el de denuncia, excepción hecha de los supuestos antes aludidos.

4. La motivación

Por último, es conveniente resaltar la importancia que ha de concederse al requisito de la motivación de las resoluciones sancionadoras, exigido específicamente por el artículo 138, el cual ha de ser contemplado en unión con el artículo 131, que proclama el principio de proporcionalidad. Frente al automatismo que en numerosas ocasiones sigue la Administración para la imposición de sanciones, deberá venir determinada por la aplicación de los criterios de graduación legalmente establecidos, so pena de resultar vulnerados los principios de legalidad y proporcionalidad. No en vano la jurisprudencia ha considerado que «la cuantificación de las multas, materia reglada, ha de llevarse a cabo atendiendo a criterios establecidos expresa o implícitamente por la normativa sancionadora» (STS 31-10-1990). La ponderación de las diversas circunstancias concurrentes en el caso concreto, así como su reflejo a través de la motivación constituyen dos exigencias esenciales del principio de prohibición de exceso, al cual se halla sometido el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

Vigencia actual de la Ley de Movilización Nacional

Juan Manuel OLARIETA ALBERDI

Con ocasión de la reciente huelga de los trabajadores de la «*Empresa Municipal de Transportes*» de Madrid, el delegado de Gobierno en Madrid anunció públicamente que se estaba valorando la posibilidad de militarizar los transportes públicos. La norma jurídica que venía amparando dicha medida no es otra que la Ley 56/69, de 26 de abril, de Movilización Nacional.

Desde los mismos orígenes del capitalismo la huelga se configuró como delito, bajo la consideración de que se trataba de una medida de fuerza colectiva contra una relación laboral configurada, en base a las normas jurídicas liberales, de forma individual y «*libre*». La incidencia de lo grupal en lo que sólo podía ser individual, alteraba el desenvolvimiento «*espontáneo*» del mercado, engendraba una coacción típica. Sin embargo, en España la configuración penal de la huelga, por razones históricas y políticas, se incluyó entre las modalidades de sedición, un delito de origen y raigambre militar.

Pueden encontrarse antecedentes de esta tradición en la circular de Sagasta dictada en 1872 por la que prohibía la Primera Internacional. No obstante, han sido los regímenes totalitarios los que con mayor rigor han equiparado ambas figuras jurídicas a fin de imponer un estado de guerra en el interior mismo de los centros de trabajo y neutralizar la acción política de la clase obrera. Las fábricas en «*estado de sitio*» permitían la libre intervención de los militares en la represión de los conflictos laborales en favor de la burguesía, a cuyo servicio incondicional se ponían. En realidad no se trata más que de un ejemplo, entre los muchos que podrían enumerarse, de la instrumentalización del Estado burgués en beneficio de los intereses privados de la clase dominante.

Lo que pretendemos comprobar aquí es si este tipo de construcciones jurídicas, netamente preconstitucionales, subsisten y, más en concreto, si subsisten aún en España, o si por el contrario, han desaparecido con el cambio político de 1978. Una interpretación jurídica, por poco estricta que fuera, no podría sino descartar tal posibilidad. Pero las prácticas gubernativas van por otros derroteros, lo que nos hace alertar acerca de los graves peligros en que pueda verse envuelto el derecho de huelga, ahora en trance de regulación. Aquí, como en otros terrenos, poco se ha despenalizado, desmilitarizado o despolicializado; por contra perviven todos los viejos instrumentos represivos, que pueden ser utilizados en cualquier momento por el Gobierno de turno en cuanto lo estime conveniente. El viejo arsenal jurídico acumulado en cuarenta años de dictadura militar no ha desaparecido; permanece en la reserva

a la espera de tiempos favorables; no ha sido sustituido sino acumulado al nuevo dispositivo constitucional.

1. ANTECEDENTES JURIDICOS: HUELGA Y SEDICION MILITAR

Por no remontarnos más lejos, a los efectos que aquí interesa remarcar, cabe situar el origen de la criminalización castrense de la huelga en el artículo 6-F) del bando militar redactado por Franco poco después (el 28 de julio) de su alzamiento contra la República: todas las huelgas eran delitos de rebelión militar competencia de los consejos de guerra en juicio sumarísimo en el que no cabía forma alguna de defensa. El artículo XI-2 del Fuero del Trabajo de 1938 afirmaba otro tanto, calificando a la huelga como «*delito de lesa patria*». En parecidos términos se expresaba el artículo 2 del Decreto de septiembre de 1960 sobre bandidaje, terrorismo y rebelión militar: la huelga se concebía como «*rebelión militar*».

Pero nos parece más interesante consignar aquí el artículo 32.f) de la Ley de Orden Público de 1959, que bajo el estado de excepción autorizaba «*con carácter extraordinario*» la movilización de «*los recursos del territorio o de las localidades en que se declare el estado de excepción, pudiendo llegar, si fuera necesario para remediar la calamidad o dominar la perturbación, a disponer de las armas, municiones, vehículos, carburantes, víveres, animales o materiales de toda clase o la intervención u ocupación de industrias, fábricas, talleres o explotaciones*». Hasta entonces la asimilación de la huelga a la sedición había sido sólo a efectos sustantivo penales; ahora ya se pasaba al procedimiento, a la forma de intervención sobre los centros de trabajo, si bien se aludía a la posible afectación sobre los bienes más que sobre los trabajadores.

En 1965 se modificó la tipificación penal de la huelga; dejaban de ser delito las huelgas «*estrictamente laborales*» y se incriminaban (nuevo art. 222.2 del Código Penal) sólo las que atentaran contra la seguridad del Estado. Pero el artículo 222.1 seguía calificando como sediciosos a «*los funcionarios, empleados y particulares encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos o, de cualquier forma, alteren su regularidad*». Se introdujo así en el Código Penal la noción de «*servicios mínimos*» o «*esenciales*» para la población que luego acabaría en la Constitución (arts. 28.2 y 37.2) y en los artículos 8.c) y 15 del Pro-

yecto de Ley de Huelga de 14 de mayo de 1992. Por otra parte, continuaba reputándose la huelga como *sedición*.

Supuestos claros de militarización de trabajadores y de criminalización castrense de los conflictos laborales eran los artículos 6.6, 13.1 y 299 del Código de Justicia Militar de 1945.

2. LA «FUNCIONARIZACIÓN» DE LOS TRABAJADORES

El Decreto 2525/67, de 20 de octubre, entra ya a modificar profundamente la condición jurídica de determinadas categorías de trabajadores. El Decreto regulaba el estatuto del personal civil *no funcionario* de las fábricas militares, excluyendo la jurisdicción laboral y sustituyéndola por una puramente administrativa que se agotaba ante el director general correspondiente (art. 75), lo que constituía una absoluta contradicción: se trataba de personal no funcionario, pero «*funcionariado*» aunque sin acceso a los Tribunales contencioso-administrativos, esto es, privados de toda posibilidad de recurso. Este estatuto no se aplicaba en determinados casos enumerados en el artículo 2, excepto «*en tiempo de guerra o en circunstancias de excepción declaradas por el Gobierno*», el cual podía «*acordar la aplicación de las disposiciones de la presente Reglamentación sobre faltas y sanciones, jurisdicción y procedimiento, al personal de los Organismos o Empresas enumeradas en los anteriores apartados*».

Un ejemplo práctico de la forma de aplicar esta excepción fue el Decreto 67/76, de 23 de enero, del Ministerio del Aire, que afectó a los trabajadores de la empresa CASA. Este Decreto, en su exposición de motivos, manifestaba que concurrían las particularidades del párrafo final del artículo 2 del Decreto 2525/67, pero no decía cuáles eran, ni si se trataba del estado de guerra o de las circunstancias de excepción. Sea como fuere, el artículo 1 de este Decreto transformaba en causa de despido la incursión de los trabajadores en determinadas «*conductas*» (pertenencia a asociaciones ilegales, convocatoria de huelgas, etc.) que en realidad eran delitos, no utilizándose este término para evitar el requisito de la condena previa en la vía penal y autorizar la imposición de dos sanciones en otras tantas jurisdicciones (penal y laboral) o, en caso contrario, la concurrencia de resoluciones divergentes sobre unos mismos hechos. Caba la posibilidad de ser absuelto del delito de asociación ilícita pero ser despedido, sin embargo, por dicho motivo.

Merece consignarse también el artículo 3 de este Decreto, según cuyo tenor «*cuando por la naturaleza, alcance o entidad de los hechos, la Dirección General estime que no afectan en forma alguna a los intereses del Ejército del Aire, podrá inhibirse de su conocimiento, en cuyo caso se aplicará la Ordenanza Laboral correspondiente a la empresa y las normas de procedimiento y jurisdicción ordinarias*». La jurisdicción, por tanto, estaba al criterio de un direc-

tor general. Subsistían los mismos motivos de despido, a cuyos efectos los hechos sí afectan al interés del Ejército del Aire, pero a efectos jurisdiccionales desaparecía dicho interés.

Se había dado el primer paso, la «*funcionarización*» de los trabajadores. Sólo un año después se autoriza su «*militarización*».

3. LA LEY DE MOVILIZACIÓN NACIONAL

La Ley 56/69, de 26 de abril, de movilización nacional estableció dos categorías intermedias entre el personal civil y el militar: el movilizado y el militarizado. Todas las medidas que allí se contemplan están previstas no ya solamente para la defensa del país en caso de guerra, sino también para «*situaciones excepcionales*» (art. 1) que podrían prolongarse «*por el tiempo indispensable, cuando se estime necesario con fines de instrucción*» (art. 7, párrafo final).

Dichas medidas se pueden tomar, además, por decreto del Gobierno (art. 4), pero la práctica fue, una vez más, bien diferente, como lo prueba el Decreto 624/72, de 17 de marzo, que delegaba en el ministro de Marina la militarización, previo acuerdo con los de Gobernación e Industria. La competencia bajaba de grado en la escala administrativa: entre tres ministros podían militarizar una empresa, quedando «*el personal movilizado y militarizado sujeto al Código de Justicia Militar*» (art. 18). Por personal movilizado entiende la Ley el que queda encuadrado dentro de las Fuerzas Armadas, mientras que por militarizado hay que entender, entre otros, «*el correspondiente a organismos o empresas movilizadas o militarizadas total o parcialmente*».

Destaca el empleo disuasorio de estas maniobras de movilización ante determinados conflictos laborales. De esta Ley —o de la amenaza pública de su empleo— se ha hecho un uso relativamente frecuente, *siempre* en relación con conflictos laborales, constituyendo un poderoso factor de intimidación contra el ejercicio de un derecho fundamental de los trabajadores: julio de 1970, metro de Madrid; marzo de 1972, Empresa Nacional Bazán; enero de 1976, Correos; enero de 1976, Renfe; febrero de 1976, Policía Municipal de Barcelona; febrero de 1976, bomberos de Barcelona; octubre de 1976, transportes de Zaragoza; diciembre de 1977, transportes de Madrid; octubre de 1978, Empresa Nacional de Electricidad; marzo de 1979, Unión Eléctrica de Canarias; marzo de 1979, metro de Barcelona; agosto de 1979, Campsa.

Según Baylos Grau, esta Ley es una «*técnica tendente a la supresión de las huelgas*», añadiendo que «*la elección de esta técnica pone de manifiesto la necesidad de intervención del aparato de Estado en un sistema capitalista, el ejercicio de la violencia por parte de éste para mantener el sistema de dominación*»¹. En realidad representa algo bastante más trascendente; se trata, dice Vicenç Fisas, de «*una de las leyes más anacrónicas y medievales inventadas por el aparato represor del Estado*»², donde

¹ «La militarización de los servicios públicos», *El Cárabo*, núm. 2, septiembre-octubre de 1976

² *El poder militar en España*, Laia, Barcelona, 1979, pág. 134.

el artículo 11 impone los *trabajos forzados* (prohibidos en los Convenios 29 y 105 de la OIT), y el salario se sustituye por un *subsidio* que varía en función de las cargas familiares, se impone la obligación de realizar horas extras, la ausencia al trabajo es delito de desertión³, etc. Como apunta Baylos, «*la militarización supone la intervención del Ejército en el mantenimiento de la disciplina militar en la actividad productiva y en la dirección de los recursos obtenidos para su utilización de la manera más eficaz con vistas a los fines perseguidos de defensa del país en caso de guerra o de excepción*»⁴.

Respecto al alcance de esta Ley, ha escrito Fisas que «*de forma preventiva es usual el entrenamiento de determinadas empresas para casos de movilización*»⁵, en las que se entrega a los trabajadores una tarjeta con su puesto de trabajo y su graduación militar⁶.

La Orden de 7 de julio de 1972 planificó una clasificación de las empresas a efectos de movilización, algunas de las cuales recibirían el grado de «*entidades esenciales*». Se concedió al Servicio Central de Movilización la competencia para proceder a ello. Este Servicio inventarió nada menos que 6.000 empresas calificadas de «*esenciales*» en casos de crisis.

Esta Ley era el fruto de décadas de legislación militar, reflejo del papel de los militares en la vida política y social del país: «*El Estado español —concluye Baylos— tiende por su propia conformación política, a utilizar el Ejército como solución exclusiva frente a los problemas que le crean sus propias contradicciones*»⁷.

4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE MOVILIZACIÓN NACIONAL

Actualmente la huelga aparece como un derecho fundamental (art. 28.2 de la Constitución) y la Ley de Movilización, entre otras cosas, como hemos expuesto, es un «*instrumento especializado en la supresión de las huelgas*»⁸. Además, según el artículo 117.5, el fuero militar debe ceñirse al «*ámbito estrictamente castrense*» y a los supuestos en que se declare el estado de sitio. Por otra parte, el artículo 55.1 sólo autoriza a suspender el derecho de huelga en los estados de excepción y de sitio, por lo que un decreto del Gobierno sería legalmente in-

viante para proceder a la movilización de los trabajadores. Parece, pues, bastante claro que esta ley ha dejado de estar vigente en su totalidad tras la promulgación de la Constitución de 1978. Cruz Villalón ha rechazado rotundamente el plano jurídico la posibilidad de proceder por decreto a la movilización, por ser manifiestamente anticonstitucional⁹. En efecto, como afirma Baylos Grau, «*el régimen jurídico implantado por la militarización supone una exclusión constitutiva de la relación laboral, conformando un estatuto jurídico caracterizado por una prestación personal obligatoria, de trabajo forzoso no libre, sometida al Código de Justicia Militar*»¹⁰. Y también Arroyo Zapatero se ha pronunciado en términos similares¹¹.

Pero es fácil comprobar cómo por encima de los principios constitucionales se imponen normas distintas de muy inferior rango. Los mismos constituyentes elaboran el proyecto de reforma de la Ley de Orden Público¹², donde se decía abiertamente que era elemento integrante del orden público «*el regular funcionamiento de los servicios públicos y de los mecanismos económicos del mercado, el respeto de la propiedad pública y privada y la garantía de los productos esenciales para la vida humana*».

Pocas normas jurídicas como la de Movilización Nacional de 1969 han recibido un respaldo legislativo posterior tan contundente. Primero fue la Ley Orgánica 6/80 de la Defensa Nacional, cuyo artículo 14.1 afirma: «*Todos los recursos humanos y materiales y todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, podrán ser movilizados por el Gobierno para satisfacer las necesidades de la defensa nacional o las planteadas por circunstancias excepcionales, en los términos que establezca la Ley de Movilización Nacional*». Parece referirse, sin embargo, a una nueva Ley de Movilización aún por elaborar, y no a la de 1969. Pero luego fue la Ley Orgánica 9/80, al modificar el artículo 13.1 del Código de Justicia Militar en los siguientes términos: «*También se considerarán militares los paisanos que, por disposición del Gobierno, sean movilizados o militarizados con cualquier asimilación o consideración militar efectiva u honorífica mientras que se encuentran en tal situación.*» Más tarde fue la Ley Orgánica 4/81 sobre estados de alarma, excepción y sitio, que declara expresamente en vigor la Ley de Movilización en su artículo 12.2, dándole carácter supletorio. Finalmente, el nuevo Código Penal Militar de 1985 afirma en su artículo 8.5 que también son mi-

³ Vid. un ejemplo en Fuentes: «Consejo de Guerra a seis trabajadores», *Gaceta de Derecho Social*, núm. 21, febrero de 1973, pág. 8.

⁴ La militarización..., *El Cárabo*, pág. 28.

⁵ *El poder militar en España*, Laia, Barcelona, pág. 139.

⁶ Véase un ejemplo en C. García Valdés: «*M de movilización*», *Gaceta de Derecho social*, núm. 27, agosto de 1973, pág. 12; pero el comentario del autor ante el acontecimiento no responde la legislación vigente: «*En cualquier caso —dice García Valdés— lo más importante para nosotros es apresurarnos a adelantar que la medida no tiene por qué afectar —en pura teoría jurídica— a los intereses laborales de los trabajadores, los cuales no han de pensar que serán coartados en sus reivindicaciones laborales justas*». Incluso pretende justificar la militarización para que las empresas efectúen «*servicios especiales*» en casos tales como incendios, explosiones, inundaciones y «*alteraciones públicas*». No contento con sostener tamaña tesis, García Valdés continúa en

su error y añade: «*Las situaciones de excepción de las que se habla en la tarjeta no tienen nada que ver con la actividad trabajadora, su jurisdicción propia —no militar, desde luego— situaciones conflictivas y cauces de protesta, en su caso*». Evidentemente el autor no conocía la Ley a la que se estaba refiriendo.

⁷ La militarización..., *El Cárabo*, pág. 34.

⁸ Baylos Grau: *Derecho de huelga y servicios esenciales para la comunidad*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 204.

⁹ *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid 1984, pág. 79.

¹⁰ *Derecho de huelga...*, pág. 204.

¹¹ «*Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal*», *Comentarios a la legislación penal*, EDESA, Madrid, 1983, tomo II, págs. 230 y ss.

¹² *Diario de Sesiones de las Cortes*, 1 de febrero de 1978, págs. 972 y ss.

litares quienes «presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno».

No es de extrañar que Javier Gálvez no encuentre contradicción entre la Ley de Movilización y la Constitución, y sostiene que «el derecho de la comunidad a que no se interrumpa la prestación de los servicios públicos esenciales goza de preeminencia en relación con el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Instrumento de dicha garantía podrán ser las previsiones de militarización o requisa, en su caso, y el establecimiento de sanciones para los supuestos de suspensión voluntaria de tales servicios»¹³.

Pero el esfuerzo por argumentar jurídicamente la vigencia de la Ley de 1969 tras la Constitución es vano. Las razones son políticas, aluden a la inercia del pasado: no solamente el desarrollo legislativo, sino la misma práctica ha demostrado que la Ley de 1969 sigue vigente. No hay más que consultar los Boletines Oficiales del Estado de 6 y 7 de marzo de 1979 para encontrar dos decretos de militarización de sendos colectivos de trabajadores, quienes pasan a « *depender a efectos jurisdiccionales y de disciplina del Capitán General* » de la Región Militar correspondiente (art. 2). El artículo 4 autoriza, además, a que el Servicio de Movilización proceda a una « *militarización de carácter selectivo de personas o grupos de personas* ».

Todas estas medidas fueron tomadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución. Este artículo 4 seguía una política legislativa muy significativa, iniciada en 1976, cuando se introdujo la noción de « *estado de excepción selectivo* »¹⁴, antecedente inmediato de la « *suspensión individual de garantías* » del artículo 55.2 de la Constitución.

5. FORMAS DE MILITARIZACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO VIGENTE

La movilización de los trabajadores, por tanto, no es sólo posible en los estados de sitio, como sostiene Cruz Villalón¹⁵, sino que se puede decretar en cuatro situaciones distintas. Primero, se puede ordenar de forma autónoma, es decir, sin declarar previamente ningún estado de emergencia¹⁶, ya que el propio artículo 1 diferencia claramente las necesidades ordinarias de la defensa nacional, de las « *situaciones de excepción* ». Y el párrafo final del artículo 7 dice textualmente: « *La ejecución de todas o parte de estas medidas podrá tener lugar no sólo en las situaciones previstas en el artículo primero, sino también por el tiempo indispensable, cuando se estime necesario con fines de instrucción.* » Parece, pues, que cabe la posibilidad de militarizar a los trabajadores por mero entrenamiento y preparación, a

fin de hacer maniobras y sin necesidad de que exista una previa suspensión de garantías. Esta primera posibilidad de movilización *autónoma* parece corroborada, por si no bastara lo hasta aquí argumentado, en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 6/80 de la Defensa Nacional y en el artículo 8.5 del Código Penal Militar. Nos parece, pues, incuestionable esta interpretación.

Es además factible la militarización declarando cualesquiera de los estados de alarma, excepción y sitio, dado que la Ley de 1969 es supletoria respecto a la nueva normativa sobre la materia (art. 12.2) y, además, estos estados de emergencia tienen carácter acumulativo. El estado de alarma se concibe tanto para hacer frente a las calamidades y catástrofes naturales, como ante conflictos laborales graves que den lugar a desabastecimientos o privación de los *servicios públicos esenciales* . Bajo el estado de excepción se pueden adoptar todas las medidas posibles bajo el estado de alarma más las suyas propias y características (art. 28), y en el estado de sitio, todas las posibles en el estado de excepción más otras que le son características (art. 22.2 de la Ley Orgánica 6/80 de la Defensa Nacional, y art. 32.3 de la de alarma, excepción y sitio).

El problema consiste en determinar si pese a tales facilidades de militarización, pueden aceptarse todas las consecuencias jurídicas de la movilización, especialmente la aplicabilidad del Derecho Penal Militar, es decir, si toda la Ley de Movilización Nacional está vigente o hay disposiciones singulares absolutamente contrarias a la Constitución. En el ámbito sustantivo penal, Arroyo Zapatero se ha manifestado contrario a la consideración de la huelga como delito de sedición militar, incluso bajo el estado de sitio¹⁷; pero puede eludirse fácilmente el obstáculo empleando la técnica de los bandos militares: si el bando del jefe militar ordena a los trabajadores la reintegración al trabajo, el mantenimiento de la huelga no sería formalmente un delito de sedición pero sí de desobediencia al bando, delito contemplado en el Código Penal Militar de 1985. Las técnicas son intercambiables; el régimen jurídico del estado de sitio depende del bando de un mando militar, cuyo contenido resulta difícilmente precisable y en situaciones críticas es ingenuo pensar que vaya ajustarse a límites jurídicos o que se contenga por escrúpulos de alguna clase.

La posibilidad de militarización *autónoma* o sin declaración previa de emergencia nos revelaría de mayores precisiones en cuando a los estados de alarma y excepción en concreto. Pero conviene poner de relieve algunas circunstancias. En el estado de alarma todos los funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones públicas « *quedarán bajo las órdenes directas de la autoridad competente en cuando sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles*

¹³ Con Garrido Falla, Serrano Alberca y otros. *Comentarios a la Constitución* , Civitas, Madrid, 1980, pág. 465.

¹⁴ Fraga Iribarne, que no es ajeno a la ley de 1969, se mostró partidario de hacer del servicio militar « *un sector básico de una idea más general del servicio social* », comprensivo tanto de los momentos de paz como de guerra, introduciendo abiertamente el concepto de *movilización general selectiva* . (*Un objetivo nacional* , Dirosa, Barcelona, 1975, pág. 153)

¹⁵ « *La protección extraordinaria del Estado* », con García de Enterría, Predieri y otros. *La Constitución española de 1978* , Civitas, Madrid, 1981, págs. 693-694.

¹⁶ En contra de esta tesis, Baylos Grau, *El derecho de huelga* , pág. 206.

¹⁷ *Op. cit.* , pág. 232.

servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza» (art. 9.1 de la Ley Orgánica 4/81), de manera que «*el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes»* (art. 10.1). Finalmente, bajo el estado de excepción no sólo está autorizada la suspensión del derecho de huelga (art. 23), sino también la «*intervención de industrias»* (art. 26.1), así como la vigilancia y protección de instalaciones, obras, servicios públicos, industrias y explotaciones, hasta el punto de poder «*emplazar puestos armados en los lugares más apropiados»* (art. 27).

Importa también subrayar que el reconocimiento del derecho de huelga en la Constitución y en su proyecto regulador (art. 1) está configurado como un instrumento de que disponen los trabajadores para la defensa de «*sus intereses»*, y es fácil deducir que sólo es constitucional la huelga en defensa de intereses estrictamente laborales y sindicales, y que caen fuera de ese ámbito las de «*intencionalidad política»*, como decía el viejo Código Penal y actualmente las que tengan por objeto «*subvertir el orden constitucional»* (art. 8 del proyecto de ley de huelga). El respaldo a esta interpretación está en el artículo 7 de la propia Constitución, que ciñe la acción sindical de los trabajadores «*a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios»*. Los trabajadores, según la Constitución, no constituyen una clase con intereses políticos definidos, sino una especie de corporación profesional equiparable a los arquitectos, notarios o médicos. La actividad política parece reservada a la categoría informe de «*ciudadanos»*, iguales todos ellos ante la ley y cuyo cauce de intervención política son los partidos políticos y las elecciones, no las huelgas.

6. LAS RAICES TOTALITARIAS DE LA MOVILIZACIÓN MILITAR

Todo este tipo de normas tienen su origen en la teoría jurídica, propagada por los ideólogos del «*Estado total»*¹⁸, que se rastrea con la claridad de Ernst Jünger y Carl Schmitt, teoría derivada de las concepciones geopolíticas sobre el «*espacio vital»*. Schmitt, por ejemplo, acuñó las expresiones de potencialidad militar (expresión del art. 4.2 de la Ley Orgánica 6/80 de la Defensa Nacional) y movilización total: «*La Sociedad que a sí misma se organiza en Estado —escribió— hállase en trance de abandonar el tipo de Estado neutral, propio del siglo XIX,*

*y de transformarse en un Estado potencialmente integral»*¹⁹. El Estado no es ya ajeno ni neutral entre las clases sociales y las fuerzas políticas; no está separado de la sociedad ni está abierto a las diferentes corrientes sociales, sino que por el contrario es un Estado-partido y partidista, un Estado-clase netamente beligerante.

Estas concepciones, propias del fascismo de entreguerras, parecen retornar hoy plenamente vigentes y asumidas por los Estados capitalistas, que pretenden hacerlas pasar como si de ideas normales y corrientes se tratara²⁰. Hoy el Estado, más que nunca, está diseñado por y para la guerra, está preparado para la guerra, que considera no como una apertura de las hostilidades, sino todo el período previo de su preparación. Es un Estado que está siempre vigilante porque tiene una visión existencial del conflicto: hay guerra siempre que el enemigo está presente, y siempre hay un enemigo presente para el Estado contemporáneo. Esa situación de permanente vigilancia hace que acabe viendo enemigos por todas partes: el enemigo no es sólo otro Estado, el extranjero, sino que está dentro incluso: la subversión es un capítulo de la guerra, y la huelga, un acto de fuerza, cuando no de guerra también²¹. En este clima es donde hay que situar, a mi juicio, el mantenimiento de la Guardia Civil como cuerpo militar en funciones policiales interiores y, por tanto, la consideración del ciudadano, no como sujeto de derechos constitucionales, sino como enemigo potencial.

Por otro lado, las nuevas tecnologías, el progreso científico ha transformado la forma de hacer la guerra; ya no hay trincheras y disparos solamente, sino que todas las energías nacionales deben cooperar en la «*victoria»* militar. De manera que todo debe estar al servicio y disponible para el ejército y, además, el ejército, a su vez, debe estar disponible para todo²².

Pero sería simplista afirmar que *todo* se debe poner a disposición de los generales; en realidad *todos*, incluida la población, tienen que ponerse bajo sus órdenes: «*El aparato bélico, tecnológico actual —escribe C. J. Friedrich— es absorbente, global, omnipresente, y exige la participación de todos y cada uno en la lucha»*²³. De lo contrario el potencial militar se vería mermado y reducido, no estaría al ciento por ciento de sus posibilidades, no se aprovecharían todas las energías posibles.

Esto significa también que todos deben participar en la lucha antsubversiva, en la «*defensa civil»*²⁴, en la lucha contra el «*enemigo interior»*. Todos deben colaborar y, además, para ser más eficaces deben ponerse de acuerdo (consenso) en aras de «*los*

¹⁸ De esta noción deriva la «*guerra total»*, guerra en la que se involucra a todos los ciudadanos y en la que, por tanto, desaparecen las fronteras entre lo civil y lo militar; vid. M. y A. Mattelart: *Comunicación e ideologías de la seguridad*, Anagrama, Barcelona, 1978, págs. 52-53.

¹⁹ *La defensa de la constitución*, Labor, Barcelona, 1931, pág. 100.

²⁰ Son las mismas ideas expuestas por Díez-Alegría, quien también sostiene hoy que la guerra es total (*Ejército y sociedad*, Alianza, Madrid, 2.ª Ed., 1973, pág. 65).

²¹ Así la considera Robert Moss, para quien, además, en la guerra gana siempre el más poderoso, no el que tiene más de-

rechos (*El colapso de la democracia*, Cosmos, Madrid, 1977, pág. 104).

²² Díez-Alegria, ob. cit., pág. 44.

²³ *Gobierno constitucional y democracia*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, tomo II, pág. 585.

²⁴ «*Mas la guerra moderna no puede contentarse ya con una tan estrecho significado de la contribución que han de prestar los habitantes de un país cuando este se vea atacado, el cual ha de movilizarse por completo para encauzar acertada y convenientemente, las actividades de cuantos en él residen y cuyo concurso general es tan imperativo que no se admite excepción de ningún género* (V. Suances: *La seguridad nacional y los servicios informativos*, Lima, 1950, pág. 105).

intereses superiores de la nación» que, lógicamente, están por encima de los intereses —y por tanto de los derechos— individuales²⁵. Su reflejo jurídico más claro fue el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/80 de la Defensa Nacional, que decía: «*La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.*» Es la perfecta definición de un Estado total que tan

claramente expusiera Aunós en 1930, alabando las nuevas normas jurídicas que comenzaban a difundirse por entonces en Europa, las cuales «*muestran elocuentemente cómo los Ministerios de Trabajo son colaboradores de los Ministerios de Defensa Nacional en un amplio sentido constructivo, y cómo las leyes sociales disciplinan y afirman el deber de las masas productoras convirtiéndolas en defensas básicas del país*»²⁶. Y también Girón lo expuso en plena función de ministro franquista: «*El trabajador es un soldado de la Patria, con toda la disciplina implacable, pero con toda la gloria de serlo.*» Son ejemplos significativos de la incorporación al ordenamiento jurídico común de normas excepcionales: la posibilidad de proceder a la militarización de las personas sin necesidad de declarar el estado de sitio, el estado de guerra por decreto.

²⁵ La contradicción es aquí bien evidente: la huelga está configurada en la Constitución y en el proyecto de ley regulador, como derecho subjetivo individual y no colectivo. Su ejercicio no puede impedir el de quienes pretenden hacer valer su «*derecho al trabajo*», también por supuesto, de carácter individual. Pero por encima de la huelga está un «*superderecho*» colectivo indetermi-

nado: el derecho de «*todos*», esos «*intereses generales*» cuya custodia incumbe a la Administración (art. 103.1 de la Constitución).

²⁶ Eduardo Aunós: *Estudios de Derecho corporativo*, Reus, Madrid, 1930, pág. 17.

El abogado defensor en la RFA: ¿un enemigo del sistema democrático?

M.ª Pilar ROVIRA DEL CANTO

Voy a comentar brevemente, y con el fin de provocar la reflexión, el tratamiento general que se otorga al defensor del acusado, y ya más concretamente, la posibilidad de llevar a cabo la exclusión de un determinado defensor de un proceso. No voy a referirme a los supuestos que son de aplicación a los delitos de terrorismo, sino a aquellas causas de exclusión que tienen o pueden tener aplicación general a todo tipo de procedimientos. El parágrafo 138 a) de la StPO (Ley procesal alemana) establece literalmente:

«El defensor estará excluido de su participación en un proceso cuando fuera muy fundadamente sospechoso o en grado justificativo de la apertura del procedimiento principal, de que él:

1. Ha participado en el hecho que forma el objeto de la investigación.
2. Abusa de la comunicación con el inculcado detenido, con el fin de delinquir o de poner en peligro relevante la seguridad del establecimiento penitenciario, o de que
3. Ha cometido un hecho que, en caso de condena del inculcado, sería encubrimiento real, encubrimiento personal o receptación.»

El procedimiento de exclusión puede iniciarse bien por solicitud de la Fiscalía, bien por propuesta del Tribunal que estuviera conociendo del proceso pendiente. Durante la tramitación se suspenden los derechos del defensor de examinar las actuaciones y de comunicarse con su defendido, y si el procedimiento se hallara en fase de juicio oral, también éste se suspende. En consecuencia, en tanto se examina la concurrencia o no de la «conspiración» con el acusado, en la práctica no puede defenderlo.

La justificación de este precepto no es difícil de hallar, pero no precisamente indagando en posibles obstáculos procedimentales para inculpar a los participantes de un delito en los que además concurre la calidad de abogados. Y ello porque si durante la investigación preliminar del delito, aparece que uno de los partícipes como coautor, cómplice, encubridor o receptor (núms. 1 y 3 del precepto transcrito) ostenta además la capacitación que la ley alemana exige para defender a un inculcado en un proceso penal, no existe obstáculo alguno para formular también contra él escrito de acusación. Y si los indicios aparecen en la fase de juicio oral (núm. 2), la Fiscalía está, evidentemente, legitimada y obligada a dirigir la acusación, si bien en un procedimiento distinto, al no caber en este momento procesal la ampliación del juicio a otro inculcado distinto de aquel contra quien se abrió el plenario. Entiendo que es innecesario procesalmente el precep-

to, pues si la conducta del defensor reviste la suficiente gravedad, en su caso procedería la prisión provisional, y con ello la exclusión del proceso, pero por aplicación de una medida cautelar adoptada en el mismo procedimiento en que se investiga el delito cometido, y no como realiza la ley alemana, en un procedimiento independiente.

La práctica exclusión del defensor en el procedimiento mientras se sustancia la justificación del motivo, viola el principio de presunción de inocencia (que curiosamente no se halla consagrado en la Constitución alemana, sino incorporado a su ordenamiento jurídico por vía de haber ratificado el Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950), y además impone una pena accesoria, la interdicción profesional, aun de modo parcial, que según sea el tipo de delito cometido justificativo de la exclusión, ni siquiera el StGB (Código Penal) la prevé para tal infracción. Y la exclusión, una vez acordada, alcanza a cualquier otro procedimiento legalmente ordenado contra el mismo inculcado, con el cual el defensor no puede comunicar para otros asuntos si está privado de libertad.

La justificación del precepto, pues, hay que buscarla en otras latitudes.

Para poder iniciar su comprensión, debe hacerse mención, aun someramente, a la concepción del proceso penal y del defensor en Alemania. Este no es considerado «parte» del procedimiento, con el derecho de defender en sentido amplio a su representado, aconsejándole la postura procesal a adoptar, no decir la verdad o incluso montando una coartada falsa; es decir, no se concibe al defensor como el encargado de diseñar una estrategia de lucha contra la acusación, sino que por el contrario, es tenido como un asesor meramente «técnico» del inculcado, que sólo debe orientarle en los aspectos estrictamente jurídicos. El defensor ha sido definido por el BGH (Tribunal Supremo Federal), como «un órgano independiente de la administración de justicia», y en consecuencia, le alcanza no sólo la obligación de no obstaculizar el procedimiento, sino también la de contribuir al esclarecimiento de la verdad material. La doctrina (Roxin) entiende que debido a los términos empleados por la propia Ley, el defensor es un «ayudante» del acusado, y, añadido yo, que ocupa un segundo plano en relación a éste y a su defensa. Ciertamente el inculcado se halla amparado por un extenso abanico de garantías, que el Tribunal debe controlar en su cumplimiento. Pero queda así sin contestar el tópico: ¿Quién vigila al vigilante?

El proceso penal alemán se configura como un proceso con una sola parte, el Estado (materializado en el Fiscal, el Tribunal y el defensor) frente al acusado. De modo que el defensor que no cumple con su papel de colaborador de la Justicia, en el sentido de ayudar a encontrar la verdad material, no debe participar en el proceso. Pero no existe un precepto paralelo de aplicación a los demás participantes del proceso, esto es, juez y fiscal. Tales intervinientes o bien no son considerados capaces de «conspirar» con el inculpado por el legislador, o bien se les presume una integridad tal en su labor profesional que pese a la «conspiración», no merecen ser excluidos del proceso; por poder llevar a cabo su labor con total imparcialidad. El recelo se da, por tanto, exclusivamente contra el defensor. Y para entender tal sentimiento legislativo (que no para justificarlo) hay que remontarse a los orígenes del precepto. El párrafo 138 a) de la StPO fue redactado de nuevo con motivo de las medidas legislativas anti-terroristas de 1975-1978.

Jean-Jacques de Felice, en su prólogo al libro de Klaus Croissant «Proceso de en la República Federal alemana», cita la necesaria distancia que el Estado moderno exige entre el defensor y su cliente,

reflexionando que en futuras defensas, tal vez el defensor deba introducir en su informe la siguiente cláusula de estilo: «¡No apruebo los métodos de mi cliente!» Ello es suficientemente explicativo de la situación del defensor.

Idéntico origen tiene la prohibición que establece el párrafo 146 de la StPO: «Será inadmisibles la defensa de varios inculpados a través de un defensor común.» La doctrina justifica tal precepto en la posible existencia de conflicto de intereses entre los acusados. Pero entiendo que tal explicación no es suficiente, pues la ley no se limita a establecer la excepción para tal eventualidad, sino la prohibición con carácter general, incluidos los casos en que los co-acusados formen un grupo «bien avenido». La *mens legislatoris* aparece entonces como bien diversa: frente a la posibilidad de defensas colectivas, solidarias y por ello posiblemente más eficaces, se utiliza la estrategia de la división para debilitar al «enemigo».

Con estos dos breves pero gráficos ejemplos, he querido evidenciar los riesgos que puede conllevar la generalización de preceptos concebidos para una política criminal específica, y la secuela legislativa que en Alemania supuso el proceso de Stammheim.

Ni fiscal instructor, ni Habermas 'procesalista' (a pesar de Vives Antón)

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

«¡Llaneza, muchacho, no te encumbres; que toda afectacion es mala!»

Miguel de CERVANTES

(*El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, Parte II, cap.XXVI)

LA BUENA NUEVA

Corría el año 1987, cuando, en el mes de abril y en el Centro de Estudios Judiciales, tuvieron lugar unas «Jornadas sobre la justicia penal en España»¹, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Allí, varios ponentes, se mostraron partidarios de incorporar a nuestro sistema procesal-penal ciertas novedades. Entre éstas: alguna manifestación del principio de oportunidad en la persecución de determinados delitos, la instrucción a cargo del fiscal, y un nuevo concepto de verdad procesal.

Las propuestas causaron sorpresa, porque, aunque las había que tenían ya algún precedente foráneo, constituían entre nosotros —sobre todo, dado el contexto doctrinal y bibliográfico— una evidente novedad. Aunque sorprendió todavía más saber que las ideas expuestas podían estar alentando ya alguna reforma legal, cuando el Ministro de Justicia, en la clausura, hizo notar su satisfacción por la coincidencia de aquéllas con las directrices impartidas por el Ministerio a la comisión de expertos encargada de elaborar las bases para la reforma del proceso penal. Coincidencia natural y que no daba para sorpresas, puesto que esa comisión había estado francamente bien representada en el seminario que concluía.

Uno de los ponentes, no sé si también experto ministerial, fue Tomás S. Vives Antón, cuya aportación lleva por título: «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal»².

Vives Antón desarrolló algunas ideas por las que yo manifesté tiempo después³ cierto interés polémico, en términos que, al parecer, él no comparte, como ha tenido ocasión de expresar recientemente⁴.

La lectura del buen número de páginas que Vives Antón dedica a —o arroja contra— mi trabajo, confirma la intuición de estar tocando temas candentes, que tuve al escribirlo. Aunque, entonces, no me cupo

pensar que podían llegar a ser incluso inflamables; como puedo juzgar hoy, a tenor de la mala calidad del *humo* que despiden mi interlocutor y de la *temperatura* y el pésimo talante de su intervención, a los que tendré ocasión de referirme en detalle.

Pues bien, siendo así, se me comprenderá si digo que es sólo el objetivo interés de las cuestiones a debate, lo que me estimula a retomarlas en la forma que lo hago, es decir, como réplica a (y no obstante) Vives Antón; y para tratar de aclarar la confusión que él introduce cuando me interpreta, y también al abordar algunas cuestiones.

¿MINISTERIO PÚBLICO 'VERSUS' JUEZ DE INSTRUCCIÓN?

La doctrina y la experiencia procesal comparadas ofrecen diversos ejemplos de una polémica, que sólo tardamente ha llegado a tener presencia en nuestro país, y que cuenta con las instituciones del fiscal y el juez de instrucción como polos de referencia.

El caso italiano es el más reciente y seguramente el más singular, porque en él las figuras del *pretore* y del instructor concitaban sentimientos contradictorios: el reconocimiento de que ese modelo de juez había hecho posible el ingreso de la Constitución en la experiencia jurisdiccional; pero, también, en momentos recientes, procesos de viejo sabor inquisitivo. Ello, mientras la idea del fiscal como alternativa no levantaba particulares suspicacias por su estatuto de independencia respecto del ejecutivo.

Pero el caso italiano —invocado aquí con frecuencia como argumento— tuvo también alguna otra peculiaridad: la propuesta de un proceso de estructura acusatoria arranca con el «proyecto Carnelutti»⁵, que data de 1962-1963, para concluir, finalmente, a primeros de 1988; de modo que, aunque el *iter* no estuvo ajeno a los fragores del debate político, con-

¹ Ahora publicadas en *Poder Judicial*, número especial II

² En *Poder Judicial* n. cit., pag. 93 y ss. En lo sucesivo citaré este trabajo como DC.

³ Cfr. P. Andrés Ibáñez, «El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso», en la obra colectiva: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pag. 81 y ss. En lo sucesivo citaré este trabajo como MF

⁴ T. S. Vives Antón, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgen-*

tes de Reforma Procesal. II La reforma del proceso penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, en particular pag. 109 y ss. y 250 y ss. En lo que sigue la referencia será a este trabajo siempre que, en el texto, haga sólo mención de página y también cuando cite como RP.

⁵ Ministerio di Grazia e Giustizia, Commissione per la Riforma del Codice di Procedura Penale, *Bozza di uno schema del Codice di Procedura Penale*, Tipografia delle Mantellate, Roma s.f.

tó también, como soporte, con una dilatada y consistente elaboración doctrinal⁶.

Cada país tiene su propia historia y, aunque los modelos pueden, en alguna medida, importarse, las experiencias como tales es claro que no. Por eso la circunstancia de que en España la polémica sobre el proceso penal comenzase a despegar después de 1978, es lo más *natural*.

Podría incluso reconocerse estatuto de *naturalidad*, también, a las condiciones en que lo hizo. Pero lo que no cabe en modo alguno es ignorar las particularidades de las mismas y su peso.

Al hablar de tales condiciones, quiero hacer referencia a las circunstancias políticas configuradoras del contexto en el que —a partir de 1982— comenzó a tomar cuerpo el discurso sobre la reforma procesal, como antes lo había hecho el relativo a la reforma judicial.

En ambos casos se trató de un discurso poderosamente condicionado por motivos de coyuntura y, diríase, que inspirado más que en alguna *ciencia de la legislación* por el interés de la nueva mayoría en dotarse, sobre la marcha, de ciertas herramientas para trabajo de bricolaje institucional a corto plazo y con escasa reflexión como sustento.

Así, se puso a punto la Ley Orgánica del Poder Judicial y comenzó a buscarse el solar para un ministerio fiscal de nueva planta, al que se quería sensiblemente reforzado en su dependencia y en sus atribuciones.

De la precipitación y la falta de proyecto con que se abordaron algunas iniciativas en la materia puede dar idea el dato de que en no pocos casos se hizo tabla rasa de lo escrito y pensado justamente hasta la víspera⁷. Lo que indica un «borrón y cuenta nueva», no con respecto a la situación precedente, sino incluso con las propias ideas.

También es sintomático que la ley que pretendía dar un salto hacia el futuro comparable al que permitió Montero Ríos en su época, tuvo que lucir, enseguida, en su *curriculum*, una dura advertencia del Tribunal Constitucional en lo relativo al Consejo General del Poder Judicial, e, indirectamente, una tacha de inconstitucionalidad en uno de los elementos estructurales sobre los que había montado la justicia penal⁸. Esto, por no hablar del sinfín de problemas prácticos irresueltos y de los muchos creados por el nuevo texto.

Y no era todo, porque, precisamente, de la autorizada pluma de Vives Antón, saldría también para la LOPJ otro varapalo en materia de constituciona-

lidad: «La investigación, como tal, no es ejercicio de la jurisdicción» y, por eso, «pugna con la Constitución la idea de una investigación judicial» (DC, págs. 99-100). (¡Pena no haberlo sabido en 1985!).

De la constatación, inobjetable en el plano filológico, de que instruir no es «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», se derivarían toda una serie de consecuencias que Vives Antón desgrana, dice que en respuesta a lo que yo he escrito sobre lo que él, a su vez, había escrito en el artículo citado (págs. 188 y ss.).

En fin, lo cierto es que, como ha reconocido Eligio Hernández, a estas alturas *todavía* «es necesario ponerse a meditar seriamente hacia dónde va o hacia dónde debe ir el proceso penal»⁹. Ya porque aquellos a quienes correspondía la responsabilidad política de hacerlo *no lo han hecho*, o bien no lo han hecho *seriamente*.

LO QUE YO DIJE SOBRE EL JUEZ Y EL FISCAL

No fue simplemente el «alegato en favor del juez de instrucción» que se me atribuye (pág. 114); sino algo bastante más matizado. Si hubo defensa no fue *del modelo* de juez de instrucción en abstracto, sino de *este* juez de instrucción frente a *este* fiscal y en *las circunstancias concretas*, es decir, aquí y ahora. Diría que mi propuesta era hacer «de la necesidad virtud», en vista de lo que cabía esperar de una reforma del proceso penal, presidida una vez más por la improvisación¹⁰, y orientada, como toda la política legislativa última en la materia, decía yo entonces, a la obtención de una rechazable «eficacia sin principios» (MF págs. 110-112 y 120).

A mi entender, discurría, los inconvenientes que los críticos¹¹ de ahora atribuyen al modo de operar tradicional del juez de instrucción: favorecimiento de la conversión de los actos de investigación en actos de prueba; exagerada propensión a *escribirlo todo*; perfeccionismo judicialista que se traduce en el interés objetivo en la futura condena del inculpado y en que la audiencia no revoque el sumario, entre otros, no serían explicables sin una decidida contribución del fiscal, verdadero *garante* de ese género de instrucción. Al extremo, recordaba, de no tener memoria —en la que ya empieza a ser una larga experiencia profesional— de un solo supuesto de utilización por el ministerio público del expediente previsto en el art. 622,2 de la Ley de E. Criminal, para agilizar la conclusión de la actividad instructora¹².

⁶ Que no ha sido obstáculo, lamentablemente, para que en menos de tres años, «golpeado por las sentencias de la Corte Constitucional y los decretos leyes, el modelo acusatorio del nuevo código se haya hecho añicos. O mejor, se haya convertido en algo que ya no se sabe —o no se sabe todavía— cómo llamar: una especie degradada de sistema "mixto", donde la instrucción formal ha sido sustituida por una investigación unilateral desarrollada por el acusador o la policía judicial» (P. Ferrua, *Studi sul processo penale. Il Anamorfosi del processo accusatorio*, Giapichelli, Turín, 1992, pág. 9).

⁷ Así sucedió, en el caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el conocido como «Texto alternativo socialista» al «Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial» publicado en el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* de 16 de abril de 1980.

⁸ Se irata de la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988,

de 12 de julio, que declaró nulo el artículo 2 de la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre

⁹ Eligio Hernández, Fiscal General del Estado, en su discurso de apertura de tribunales, en *Memoria elevada del Gobierno de S.M.*, Madrid, 1992, pág. 17.

¹⁰ ¿Quién no sentirá todavía un escalofrío al pensar en el primer amago —felizmente abortado— de la «reforma Múgica»?

¹¹ Cfr. V. Gimeno Sendra, en la obra colectiva, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, sobre todo pág. 98-110

¹² Si, en cambio, de muchas revocaciones del auto de conclusión del sumario a instancia del fiscal, para tratar de suplir, tardíamente, con nuevas diligencias extemporáneas, las consecuencias de una presencia burocrática y distante en la investigación.

NOVEDADES

ALIANZA
EDITORIAL

Nueva Dirección:
Telémaco, 43
28027 Madrid
Tel. 741 66 00
Fax 741 43 43

LITERATURA

NARRATIVA COMPLETA
5. LA NOVELA DE CUATRO CUARTOS
Bertolt Brecht
El libro de Bolsillo

CARTAS DE ABELARDO Y ELOISA
*Edición de Pedro R. Santidrián
y Manuela Astruga*
El libro de Bolsillo

NOSOTROS
Yevgeni Zamyatin
El libro de Bolsillo

VIDA DE DANTE
Giovanni Boccaccio
El libro de Bolsillo

UN NOVIO PARA MAMA Y OTROS RELATOS
Gerald Durrell
Alianza Tres

NARRATIVA COMPLETA
Francisco Ayala
Alianza Tres Serie Especial

CIENCIAS SOCIALES

TEORIA POLITICA
EN EL ESTADO DEL BIENESTAR
Niklas Luhmann
Alianza Universidad

EL ESTADO
LA LOGICA DEL PODER POLITICO
Anthony de Jasay
Alianza Universidad

HONOR Y GRACIA
Julian Pitt-Rivers y J.G. Peristany
Alianza Universidad

LA UNION EUROPEA
Y LAS MUTACIONES DEL ESTADO
Santiago Muñoz Machado
Alianza Universidad

LA DEMOCRACIA DESPUES DEL COMUNISMO
Giovanni Sartori
Libros Singulares

CIENCIA

CALOR LETAL
**Michael Oppenheimer
y Robert M. Boyle**
El libro de Bolsillo

LA MAGIA DE LOS NUMEROS
Y EL MOVIMIENTO
LA CARRERA CIENTIFICA DE DESCARTES
William R. Shea
Alianza Universidad

HISTORIA

LA INDEPENDENCIA AMERICANA Y
SUS CONSECUENCIAS ECONOMICAS
**Leandro Prados de la Escosura
y Samuel Amaral**
Alianza Universidad

ECONOMIA

LA PALANCA DE LA RIQUEZA
Joel Mokyr
Alianza Universidad

PSICOLOGIA

LA POLITICA DE LOS CHIMPANCES
Frans de Waal
El Libro de Bolsillo

ARTE

EL LEGADO OCULTO DE VITRUVIO
José Luis González Moreno-Navarro
Alianza Forma

EL RENACIMIENTO ITALIANO
CULTURA Y SOCIEDAD EN ITALIA
Peter Burke
Alianza Forma

FRANZ LISTZ Y SU TIEMPO
Wolfgang Dömling
Alianza Música

GASTRONOMIA

EL LIBRO DEL PAN
Inmaculada Tejera
El Libro de Bolsillo

LA COCINA VARONIL
René de Costa
El Libro de Bolsillo

Del fiscal señalaba la objetiva relevancia condicionante de su función para la propiamente jurisdiccional. La marcada contradicción entre su configuración orgánica —jerarquizada y dependiente— y el cometido institucional asignado, de operar conforme a criterios de legalidad estricta y como tutor de la independencia judicial. Y destacaba la esencial homogeneidad existente, desde el punto de vista epistemológico, entre la naturaleza de una y otra función, en cuanto preordenadas ambas a la averiguación de la verdad conforme a determinadas reglas, sin responder a otros intereses que los sancionados legalmente.

Esto último me llevaba a rechazar en línea de principio la vinculación del fiscal al ejecutivo¹³ —y más al ejecutivo del actual Estado hiperintervencionista— de cuyos inconvenientes prácticos experiencias entonces recientes, menos llamativas por cierto que las que ahora podrían invocarse, daban cuenta sobrada. Y me hacía también desconfiar de la significación práctica del recurso al control parlamentario y a los mecanismos de exacción de eventuales responsabilidades políticas, que habían demostrado ser francamente inoperantes. Podría decirse que la responsabilidad política no es, precisamente, uno de los *topoi* de nuestra vida pública.

En todo caso, dejaba constancia de que la vigente disciplina constitucional del instituto del fiscal representaba un obstáculo insalvable para cualquier propuesta de extraerlo del ámbito del ejecutivo; aunque sí cabrían opciones *blandas* sobre la forma de estar en él.

EL FISCAL, EL JUEZ DE INSTRUCCION Y YO MISMO, SEGUN VIVES ANTON

Lo primero que advierte el profesor en mi texto y que le parece «pintoresco» es que confundo «la política criminal que ha de dirigir el Gobierno por imperativo de la Constitución, con el fenómeno global de la política criminal, que es objeto de la disciplina auxiliar del derecho penal que lleva ese nombre» (pág. 118). Y me hace una observación, que ahora traslado al lector para que también pueda beneficiarse de ella: de haber leído, en este punto, el manual que Vives Antón ha escrito en colaboración con su maestro Cobo del Rosal¹⁴, podría haberme enterado —mejor que por Hassemmer— de cuál es hoy el estado de la cuestión al respecto.

Después observa que mi posición se nutre de «una *desconfianza profunda* hacia el Gobierno y una *confianza excesiva* en los jueces». Esto que, en el fondo —dice— no es sino minimizar la virtualidad legitimadora de la elección popular, con menosprecio de los mecanismos de control político de la democracia, y la pretensión de erigir la investigación judi-

cial del crimen en mecanismo usual del control político, me situaría, apostilla, en la perspectiva de «un Gran Inquisidor» (págs. 123-124).

Señala también la paradoja inmanente a la idea de un «juez investigador», que sería «una contradicción viviente: tendría el nombre de juez sin serlo, se hallaría —sin necesidad— amparado en el estatuto judicial y encuadrado dentro de un poder al que no pertenecería porque la investigación criminal es administración, no justicia, *actuación primaria* y no *actividad sustitutiva* (Chiovenda, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1940, págs. 8 y ss.)». Y es que, mientras «cuando del ejercicio de la jurisdicción se trata, la independencia es una garantía inexcusable de objetividad, no sucede lo mismo con la investigación», donde lo que interesa es que el investigador «sirva con objetividad los intereses generales». Porque «la actividad investigadora es una parte de la política criminal del Estado» (pág. 117).

Por lo demás, entiende que la «dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno... no puede consistir en nada parecido a una obediencia ciega». Y no vería inconveniente en «atribuir la investigación a un juez allí donde se ventilasen intereses cuya incidencia sobre la objetividad del Ministerio Público pudiera situarle en una posición sospechosa... Pues, en tales casos —habría una diferencia *cualitativa*—, en virtud de la cual sí que cabría decir que la figura del juez puede garantizar derechos» (págs. 120-121).

CUANDO 'INSTRUIR' NO ES 'JUZGAR'; PERO LA INSTRUCCION SI 'ES' JURISDICCION

No hace falta ser un lince para descubrir contradicciones en materia de jurisdicción: un conjunto de aparatos y de prácticas institucionales que, en el Estado de derecho, se singularizan precisamente por ser instrumento de poder y garantía de espacios de *contrapoder*, al mismo tiempo. Pero no parece que, de las contradicciones posibles, las de carácter terminológico sean las más importantes; que es lo que, seguramente, aunque no sólo, explica lo tardío del *descubrimiento*. La tardía reconversión de Vives Antón a la filología política de urgencia.

En todo caso, el coeficiente de autocontradictoriedad supuestamente registrable en la vieja figura del juez instructor no parece que tenga demasiado que ver con la *naturaleza* de su actividad, que, en efecto, nunca podría ser «sustitutiva»¹⁵. Pero no, como sugiere Vives Antón (que no Chiovenda), porque lo impida la especificidad de la tarea investigadora; sino porque lo excluye el carácter *penal* de la misma; por la elemental razón, puesta de relieve por Pizzorusso, de que «no está permitido someterse voluntariamente a las sanciones penales»¹⁶. Ade-

¹³ Que en la propuesta de Vives Antón se concretaba en la consideración del fiscal como agente de la política criminal del Gobierno (en *DC*, pág. 100).

¹⁴ M. Cobo del Rosal-T. S. Vives Antón, *Derecho Penal Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

¹⁵ Calificación ésta que, a juicio de Grispigni, se ha formulado en consideración casi exclusivamente al proceso civil, con referencia a la fase de ejecución, y que no es de aplicación al pro-

ceso penal (*Diritto processuale penale*, Edizioni Italiane, Roma s. f., pág. 68) Satta, por su lado ha aludido a la misma, en general, como una obviedad [voz «Giurisdizione (nozioni generali)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán 1970, XIX, págs. 218 y 220]

¹⁶ A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia penale in Italia*, Einaudi, Turin, 1990, pág. 8: «La aplicación judicial (penal) de la norma no sustituye a la ausente o inadecuada aplicación es-

más, se da la circunstancia de que, para Chioyenda, «la instrucción (...) es propia y verdaderamente actividad jurisdiccional»¹⁷, incluso cuando se encuentre encomendada a órganos de la policía judicial, que sin duda, *juzgan* todavía menos que el juez instructor.

De ahí que no fuera lo más correcto incorporar a Chioyenda a un discurso en favor de la consideración de la investigación criminal como «administración, no justicia» (pág. 117).

Más allá de lo filológico, y como escribió Calamandrei, cualificado discípulo de Chioyenda, es en la «garantía» donde radica «el carácter distintivo de la actividad jurisdiccional»¹⁸, concebida con la amplitud que se ha visto.

Pero no es sólo en posiciones doctrinales como las aludidas donde se refleja la conciencia de una peculiaridad, sin duda la más significativa de las que distinguen a la jurisdicción penal: su penetrante incidencia en las libertades. Esta conciencia informó también el clima y la cultura jurídico-política de que se nutre nuestro vigente texto constitucional, y en particular, para lo que aquí interesa, la redacción de algunos preceptos, como el 117.3 y 4 y el 17.3, por ejemplo.

En efecto, sería difícil objetar que, el constituyente de 1978 entendió el «juzgar» del artículo 117.3 CE en un sentido lo bastante amplio como para comprender, junto a la actividad de enjuiciamiento en sentido propio, la de *instruir*, considerada como función *judicial*. Y no sólo porque así se infiere de las circunstancias precedentes, coetáneas y posteriores (incluida la LOPJ de 1985), sino también porque resulta asimismo del artículo 17.3 CE, que, por su forma de referirse a la asistencia al detenido, acredita que no se concebían otras actuaciones procesales comprometedoras para la libertad, que las «diligencias policiales y judiciales»¹⁹.

De este modo, un razonable afán de precisión conceptual, que no rompa con el contexto constitucional y legislativo vigente, permitirá distinguir una actividad jurisdiccional en sentido amplio, de una actividad jurisdiccional en sentido estricto, o actividad de enjuiciamiento. Pero siendo, ambas, actividades *jurisdiccionales por razón de garantía*, en el sentido de Calamandrei, ya citado. Esto es lo que hace imposible cualquier alteración en la naturaleza de la primera sin que la segunda resulte, por su parte, desnaturalizada.

¿Contradicción terminológica? Puede, si es que se quiere dar a los términos de referencia un sentido, inusual e inédito, de extremado rigor literal; pero extraordinaria coherencia material. Por eso, creo que nunca podría sostenerse como lo hizo Vives Antón, que «pugna con la Constitución la idea de una investigación judicial» (DC, pág. 100), más si, como

ahora sucede, gracias, por cierto, a una intervención del Tribunal Constitucional²⁰, aquélla está ya completamente separada del enjuiciamiento.

Todo parece indicar que este género de objeciones, sobrevenidas, a la figura del juez de instrucción —que tienen bien poco que ver en calidad y grado de elaboración con las que se han formulado desde hace tiempo por alguna buena doctrina comparada— no son precisamente el fruto de un decantado proceso de reflexión, que, de haberse dado, carece entre nosotros de algún estimable reflejo bibliográfico que vaya más allá de lo que pueden representar afirmaciones del tenor de las que se comentan. En efecto, parece más bien que tales intervenciones —siempre cabría alguna excepción— hicieron su aparición, de modo casi súbito, al hilo y como una suerte de apoyo de trabajos preparatorios de reformas procesales producidos en el entorno del Ministerio de Justicia, y a cargo de los propios implicados en ellos.

De otra parte, la objeción de inconstitucionalidad, a pesar de su aparente contundencia, tampoco tendría que ser motivo de alarma. Si el Tribunal Constitucional fue capaz en su día de encontrar una posibilidad de lectura constitucional del artículo 112 de la LOPJ, a pesar de las perplejidades que le suscitó el nuevo sistema de elección de vocales del Consejo General del Poder Judicial, nada permite pensar que no pudiera hacer algo semejante con los preceptos de la misma ley que confieren al juez la función instructora, de plantearse alguna vez la cuestión correspondiente. Sin contar con que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la pérdida por la instrucción sumarial de buena parte del carácter inquisitivo que la distinguía en la redacción original de la Ley de E. Criminal²¹.

UN FISCAL PARA UNA JURISDICCION INDEPENDIENTE

Como decía en mi trabajo inicialmente citado y he vuelto a señalar, *no se trataba entonces, y no se trata ahora, de reivindicar en abstracto la figura del juez de instrucción del sistema mixto; sino tan sólo de afirmar la necesidad de mantener el carácter judicial —o jurisdiccional en sentido amplio, si se quiere— de la actividad investigadora en el proceso penal. Y a partir de aquí, de postular también la necesidad de un operador cuyo estatuto profesional y configuración orgánica sea acorde con el carácter de esa función, que, no se olvide, siempre predeterminará de manera sensible el contenido y el sentido efectivo de la estrictamente jurisdiccional.*

Son evidentes, desde esa perspectiva, las limitaciones que comporta la opción constitucional en materia de Ministerio Fiscal, que excluye la idea de un

pontánea (...) sino que está confiada al juez como función exclusiva.»

¹⁷ J Chioyenda, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de J. Casas y Santaló, con notas de A. Salvador, Reus, Madrid, 1977, I, pág. 583.

¹⁸ P Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1973, I, pág. 178. Por eso, refiriéndose a la intervención del autor en la Asamblea Constituyente, ha escrito Figano, «Calamandrei sostenía la necesidad

de reconocer el carácter jurisdiccional de la actividad del ministerio público.» (En *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padua, 1982, pág. 133).

¹⁹ Cfr. al respecto el excelente trabajo de V. Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.

²⁰ Que tuvo que corregir al legislador de 1980 y también al de 1985, mediante la sentencia 145/1988, de 12 de julio.

²¹ Sentencia de 21 de mayo de 1986.

ministerio público no vinculado al ejecutivo (art. 124,4 CE), pero insistiré en que los recusables efectos de la contradicción organización/función que el Ministerio Fiscal expresa en nuestra realidad institucional, podrían ser evitados en buena parte mediante la apuesta que el propio texto constitucional demanda por los principios de *vinculación más fuerte* de entre los que configuran su estatuto: el de legalidad y el de garantía de la independencia de los tribunales, tan estrechamente ligados entre sí. Es obvio que éstos no encuentran en el modo actual de organización del ministerio público una articulación adecuada a sus exigencias básicas.

Del mismo modo, también la actual configuración del papel del juez instructor podría/debería ser replanteada en aspectos relevantes, precisamente en función de indicaciones que emanan de la propia disciplina constitucional vigente sobre el proceso. Bastaría, al efecto, con propiciar en la práctica la aproximación cronológica del juicio oral a la conclusión de la actividad investigadora; circunscribir ésta rigurosamente por ley a la realización de determinados actos: los precisos para decidir sobre la apertura del juicio y aquellos de imposible desplazamiento temporal; y limitar a la acusación y a la defensa el acceso al resultado de la actividad de investigación, salvo en el caso de las pruebas preconstituidas²². Podrían también neutralizarse de manera eficaz el obstáculo, justamente señalado por Gimeno Sendra²³, que, para la objetividad de la actividad investigadora, supone la eventual adopción por el instructor de medidas de privación provisional de libertad de los investigados; para ello podría acudir a fórmulas como las que ofrece alguna doctrina y experiencia extranjeras²⁴.

Es de común aceptación que las garantías procesales son garantías de libertad. Pero, si lo son, es precisamente porque, y en la medida en que, como ha escrito expresivamente Ferrajoli, son al mismo tiempo garantías de *verdad*²⁵; queriendo con ello significar que, en rigor, no cabría hablar de jurisdicción allí donde las estructuras orgánicas y los instrumentos procesales vigentes no se encuentren eficazmente preordenados a dar efectividad a ambos valores, en las prácticas que propician.

Es precisamente ese carácter esencialmente cognoscitivo de la función jurisdiccional —la penal, en particular— el que exige que su ejercicio se produzca al margen de cualquier otro interés que la búsqueda de la verdad; y el que ha llevado a dotarla de un principio de legitimación específico en relación a los otros poderes.

«Por eso —señala también Ferrajoli— la imposición de penas no puede ser nunca materia de administración o de gobierno; ni puede informarse en los criterios de discrecionalidad o de oportunidad que presiden la actividad administrativa y la política. A diferencia de estas actividades, la función jurisdic-

cional no interviene sobre casos generales en función de intereses generales, sino sobre casos particulares y más precisamente individuales. El interés penal general está ya satisfecho con carácter previo por la función legislativa, a la que se encuentra confiada la definición en abstracto de las figuras de delito»²⁶.

Dentro de este contexto, la separación de roles que el modelo demanda es —sólo— de carácter funcional, y responde a la necesidad de instaurar la dinámica propia de una relación controversial y dialógica que es el juicio contradictorio.

Así pues, y porque el momento de vinculación a los intereses generales se produce ya en el marco del principio de legalidad, no existe ninguna razón que demande para el órgano de investigación (y/o de la acusación) un estatuto diferente del que corresponde al juez. Antes bien, la coherencia interna del sistema exige, en línea de principio, para aquél las mismas garantías de independencia y sujeción únicamente a la ley, tomadas éstas como lo que efectivamente son: garantías de *libertad*, en tanto que garantías de *verdad*.

De ahí mi afirmación de que la tarea del fiscal, considerada «desde el punto de vista *epistemológico*, guarda una relación de esencial homogeneidad con la del juez» (MF, pág. 114); afirmación de la que discrepa Vives Antón, que, además, encuentra una petición de principio en mi conclusión de que, a tal grado de homología en la calidad esencialmente cognoscitiva de las funciones de ambos, tendría que corresponder, lógicamente, un modelo de organización equivalente. Tal implicación únicamente sería aceptable, dice, «si la búsqueda desinteresada de la verdad no fuera posible más que para quienes se hallan inscritos en el modelo de organización judicial» (pág. 122).

Pues bien, puede que Vives Antón tenga razón en una cosa: yo debería haber hecho explícita una premisa subyacente a mi razonamiento. Porque, como él mismo afirma, aunque refiriéndose exclusivamente al ejercicio de la jurisdicción en sentido estricto, «la independencia es una garantía inexcusable de objetividad» (pág. 117).

Se trata de una premisa de naturaleza *política*, pero expresa y sirve instrumentalmente a una exigencia elemental de la jurisdicción, del proceso penal como *proceso de adquisición de conocimiento*. Visto desde esta perspectiva, ¿cómo podría sostenerse la funcionalidad de una investigación criminal —sin garantías de objetividad— a un ejercicio de la jurisdicción que ha de tender inexorablemente a ella?

¿Como mediar la posición de un juez al que se reconoce una función cuyo núcleo es esencialmente cognoscitivo («objetividad») y la de un fiscal investigador confinado en el plano de las opciones políticas (aunque lo sean de «*política criminal*»)? No, desde luego, con la simple invocación de un precepto

²² Cfr. M. Valiante, *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1975, pág. 231.

²³ En *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, de varios autores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 99.

²⁴ Cfr. E. Amodio, «Nuovi valori "costituzionali" nella giustizia

penale del continente europeo», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3/1984, pág. 935 y ss.

²⁵ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2.ª ed. 1990, pág. 19. (Ed. castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid.)

²⁶ En *op. cit.*, pág. 555.

constitucional: «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103), como postula Vives Antón (pág. 117). Porque, el modo específico como el orden y la función jurisdiccional en su conjunto sirven a los intereses generales es, por imperativo constitucional, la aplicación de la legalidad en condiciones de independencia, en la que el juez y el fiscal tienen atribuidos papeles, diversos, pero de equiparable relevancia.

Es sólo en ese marco, el del principio de legalidad, donde el fiscal, lo mismo que el juez, puede ser *agente* de política criminal. Es decir, en la aplicación del ordenamiento penal y en la medida en que éste representa, al decir de Roxin, «la forma en que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica»²⁷.

UNA 'BARRERA' QUE NO LO ES

Nunca pensé que, a estas alturas, cuando —además, siguiendo a Vives Antón²⁸, al propio terreno en el que planteaba el problema— opté expresamente por el concepto de «política criminal» como «un aspecto de la política social», en expresión de Bricola²⁹, sería preciso renegar expresamente de la rancia caracterización de aquélla como «disciplina auxiliar» del derecho penal, propia de la vieja manualística y ya fuera de uso. Por eso no hubo *confusión*, sino *elección* de campo para la reflexión: el de la «política criminal». Es decir, un modo de intervención que no se agota en la acción punitiva del Estado, o sea, en la «política penal», según la conocida distinción conceptual de Baratta³⁰.

Aclarando esto, tendría que decir que advierto cierta incoherencia en la posición de mi contradictor, cuando, tras afirmar su adscripción al grupo de los «que siguen creyendo que el derecho es un "límite infranqueable" de la política criminal, como lo es *de cualquier política*» (pág. 118), reduce, sin embargo, la eficacia protectora de esa barrera al plano jurídico-abstracto, puesto que *la levanta* ostensiblemente en la práctica, hasta hacerla permeable a la infiltración de un fiscal que «pueda y deba atenerse a las preferencias asignadas por el Gobierno» (págs. 118-119).

Cierto que Vives Antón matiza que la dependencia del fiscal respecto de la disciplina gubernativa «no puede consistir en nada parecido a una obediencia ciega» (pág. 120). Pero, aparte de que *poder*, lo que se dice *poder* en términos empíricos, vaya si *puede* —y ahí está el *paradigma Hernández* para demostrarlo, en versión macroscópica—; ya es sintomático que el propio autor tenga que admitir que aceptarla atribuir «la investigación a un juez allí donde se ventilasen intereses cuya incidencia sobre

la objetividad del Ministerio Público pudiera situarle en posición sospechosa. Pues, en tales casos —habría una diferencia *cualitativa*—, en virtud de la cual si que cabría decir que la figura del juez puede garantizar derechos» (pág. 121).

No resulta fácil imaginar algún tipo de investigación criminal a cargo de un sujeto público que no se traduzca en actividad inevitablemente *agresiva* en cierto grado para derechos (fundamentales) de los concernidos. Esa inevitable ofensividad del proceso penal es lo que ha llevado a hacer de él un marco formal de garantías, en el que tiene tanta relevancia la idea de límite. De ahí, como se ha dicho, la precisión de un investigador en condiciones estatutarias adecuadas para el desarrollo de esa función con *igual eficacia erga omnes*.

Pero si de este nivel de generalidad nos trasladamos al de la realidad cotidiana de un ejecutivo, de unas administraciones, hiperintervencionistas y omnipresentes, no resultará nada difícil imaginar cuántos habrían de ser —cuántos son— los procesos en los que se ventilan intereses de esos a los que Vives Antón reconoce evidente aptitud para colocar al fiscal en una situación comprometida desde el punto de vista de la objetividad de su actuación.

¿JUDICIALISMO ULTRAMONTANO O 'JACOBINISMO' DE CONVENIENCIA?

Trata, en fin, Vives Antón, de *reforzar* sus argumentos en este punto atribuyéndome una suerte de judicialismo ultramontano, desconfianza en las instituciones democráticas y veleidades inquisitoriales.

La falta de consistencia y el carácter puramente *ad hominem* de los pretendidos argumentos sería más que suficiente para no tomarlos en consideración. Pero hay que hacerlo, aunque sea brevemente, porque representan algo más que anécdota en el discurso de Vives Antón, trufado en toda su extensión de actitudes como ésta.

Me parece, sinceramente, un despropósito que mi defensa de la independencia del fiscal³¹ como precondición de principio de la independencia del juez, trate de presentarse cual aspiración encubierta a la implantación de una suerte de *gobierno político* desde la jurisdicción. ¡Precisamente en este país y en estos años, cuando están tan cerca —y Vives Antón lo recordará seguramente— algunas demandas de supresión del Ministerio de Justicia en favor del Consejo General del Poder Judicial, por imperativo constitucional, formuladas desde posiciones socialistas; entonces de oposición, claro!

Es cierto que ahora, y no sólo en nuestro país, se ha producido un sobredimensionamiento del papel del juez penal³². Pero no sería difícil, con un poco

²⁷ C. Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. e introd. de F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1972, pág. 77.

²⁸ En *DC*, pág. 100: «La política criminal no es sino una parte de la política interior.»

²⁹ F. Bricola, «Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 núm. 152)», en *La Questione Criminale*, 2/1975, pág. 222.

³⁰ Cfr. al respecto A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bolonia 1982, pág. 203. (Hay traducción al castellano, en Siglo XXI, México 1986.)

³¹ «No se puede pretender afirmar, por una parte, el principio de legalidad, y, por otra, considerar al Ministerio Público dependiente del Ministro» (De la intervención de P. Calamandrei, el día 10 de enero de 1947, en la Asamblea Constituyente italiana, en *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma 1971, VIII, pág. 1993).

³² Sobredimensionamiento que es un fenómeno *negativo* en la medida en que se presenta como sintoma de profunda crisis de funcionamiento del Estado de derecho, las más de las veces,

de perspicacia y de buena voluntad, descubrir las raíces del fenómeno en instancias y en momentos ajenos a la propia jurisdicción.

Los jueces —y también los fiscales— tienen que ser independientes para hacer frente, con el género de garantías que se ha dicho, a sus tareas de *ordinaria justicia*. Pero, esa independencia adquiere además nuevo sentido en situaciones de crisis como la actual. No porque ésta pueda resolverse o *governarse* desde el proceso penal, sino porque este instrumento, al incidir en la realidad sociopolítica de la forma políticamente desinteresada, ocasional, no sistemática, que le es propia, contribuye a descubrir y a remover pautas de ilegalidad, que ahora, como se sabe, están también profundamente arraigadas en las instituciones y son objetivamente inaccesibles, o casi, a juzgar por la experiencia, a la incidencia de otro tipo de controles.

¿Exceso de confianza en la instancia judicial? Simplemente convicción de lo imprescindible de su contribución a la tarea de mantener y desarrollar la democracia. Y convencimiento, ahora reforzado, por instructivas experiencias, propias y ajenas, que avalen la necesidad de potenciar la proyección operativa del principio de legalidad, que se ha demostrado tan vulnerable; tan fácilmente franqueable como *barrera* para prácticas odiosas de políticos desaprensivos, que constituyen, como ha escrito lúcida-mente Flores D'Arcais³³, por desgracia, algo más que un caso atípico, puesto que parecen perfectamente instaladas en la realidad institucional, hasta el extremo de haber llegado a convertirse en un elemento *estructural* del propio modo efectivo de entender la *governabilidad* del sistema.

Por eso, encuentro rechazables las insidiosas imputaciones de Vives Antón. Por la legitimidad de la desconfianza —«la gran idea del Estado de derecho, que se desconfía a sí mismo», al decir de E. Schmidt³⁴— y porque la mía no tiene como objeto las instituciones democráticas (entre las que se encuentra el poder judicial) como tales, sino el bien perceptible deterioro de algunos de sus mecanismos esenciales. Entre éstos, de manera harto significativa, los «de control político» a que se refiere Vives Antón (pág. 128). Y de ellos a título de ejemplo, el que correspondería ejercer a las Cámaras sobre el Gobierno³⁵; o el representado por la exigencia de mayorías cualificadas (más que formales), como freno a las devastadoras consecuencias de la difusión

de la «lógica del Estado de partidos» en el interior de ciertas instituciones constitucionales, por poner sólo algunos ejemplos. ¿Será demasiado decir que son precisamente los propios responsables de que ese control resulte efectivo quienes han dado y dan, con harta frecuencia, buenos motivos para un plus de indeseable desconfianza por parte de la ciudadanía? ¿O exagerado afirmar que, de haber funcionado adecuadamente tales mecanismos, en las sedes en las que tendrían que hacerlo preventivamente y a su tiempo, no estarían los tribunales llamados a *suplir*, demasiadas veces —inevitablemente mal y tarde—, lo que habría sido razonable esperar como simples actuaciones de buen gobierno?

Vives Antón no es justo en su reproche. Y ni siquiera es original; incurre en la expresión de un *jacobinismo*³⁶ miope, reiterado hasta el aburrimiento desde 1982, consistente en oponer, a la cómoda y angélica imagen del legislativo y el ejecutivo tomados *sub especie* de *modelos ideales*, las limitaciones y disfunciones más crudamente *reales* de la instancia judicial. O lo que es lo mismo: pasar de roussoniano *naif* a mefistofélico perverso, según la oportunidad y la instancia de que se trate.

La constatación de estas y otras actitudes similares en la materia obliga a recordar lo que Ledesma Bartret escribió, con notable clarividencia política, en 1981: «La independencia del Poder Judicial (es) tanto más necesaria —como se dice en una resolución del Consejo constitucional francés— cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se confunden por coincidir la mayoría parlamentaria y la gubernamental»³⁷.

Por consiguiente, y para tranquilidad de Vives Antón, y de quienes pudieran haberse contagiado de su desasosiego, no *gobierno de los jueces*, y ni siquiera poder *de los jueces*: fórmulas puramente demagógicas y por lo mismo rechazables. Se trata sólo de independencia del poder judicial, que es la de cada juez o tribunal —individualmente considerado— en el caso concreto, y para cuyo ejercicio hay también límites formalmente previstos.

Pero insisto: el fiscal, el *realmente existente*, es inevitablemente contradictorio en su estatuto, y su *vinculación* al ejecutivo, cuando menos, tendría que ceder en intensidad frente a la que la Constitución le impone al principio de legalidad y a la garantía de la independencia judicial.

Y fiscal, como *modelo ideal*, aquél capaz de desarrollar una actividad efectivamente funcional a la

por la degradación corporativa y los brotes de ilegalidad que afloran en las prácticas de los agentes de otras instancias. Pero protagonismo del poder judicial que, en sí mismo, expresa un valor *positivo*, puesto que constituye un recurso del propio Estado de derecho, que muestra contar con capacidad de reacción frente al distanciamiento de ciertas actitudes políticas y de gobierno respecto del modelo constitucional. Aunque es obvio que se trata de problemas que no tienen una *solución judicial*.

³³ P. Flores D'Arcais, «La democracia tomada en serio», *Clares de razón práctica*, 2/mayo 1990, pág. 2 y ss

³⁴ E. Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 24.

³⁵ «Control del Gobierno en un Congreso vacío», rotulaba *El País* (18 de marzo de 1993) la demoleadora imagen de un hemicycle desierto durante una sesión de «control» al Gobierno en el Congreso de los Diputados. Sabido es que fotografías de esta índole podrían obtenerse con extraordinaria frecuencia.

³⁶ Podría hablarse de un cierto *nuevorniquismo político* de mayoría absoluta, que lleva a predicar la bondad, naturalmente también *absoluta*, de todo lo que se haga o decida por el trámite o en sede parlamentaria; y, correlativamente, a deslegitimar todo lo que signifique o se traduzca en la demanda o el ejercicio de algún tipo de control de ese género de decisiones. En tales casos suele operarse, explícita o implícitamente, con el criterio de que «a más parlamento más democracia», perdiendo de vista que a la esencia del estado constitucional de derecho corresponde, junto a la exigencia de una legitimidad originaria —no electiva en el caso de la jurisdicción— la idea de equilibrio y de límite en el ejercicio del poder, cualquiera que fuere. Idea ésta que, lamentablemente, sólo se profesa en situaciones de oposición.

³⁷ F. Ledesma Bartret, «Relaciones entre el Consejo General del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo», en *Jornadas de estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*, Editora Nacional, Madrid, 1983, pág. 498.

de la jurisdicción como instancia independiente. Un ejercicio de la acción penal con la legalidad³⁸ como único lugar de anclaje, y de carácter *difuso* como lo es la proyección y la incidencia del propio poder judicial.

Que esta opción tiene pocos adeptos en el mundo de los operadores políticos, es hoy tan cierto como que ha demostrado ser la única garantía de legalidad y eficacia en la persecución de los delitos cometidos en ese ámbito. Italia, donde ahora, por cierto, no hay político procesado que no clame públicamente por un fiscal dependiente del Gobierno, enseña³⁹. Pero también Francia —desde el polo opuesto, de la más estrecha sumisión del fiscal al ejecutivo— donde «en realidad, en lugar de una “política criminal” lo que se da en la práctica es sólo el ejercicio de un poder jerárquico por parte del Ministro, poder que ejerce principalmente en los casos “delicados”, es decir, los susceptibles de tocar el ejercicio del poder o que interesan a la opinión pública»⁴⁰.

Por lo demás y, naturalmente sólo a título de hipótesis, ¿de verdad que un fiscal con estatuto de independencia y personalización de funciones⁴¹, sería él mismo y/o contribuiría a hacer del judicial un pequeño Moloch incontrolable? ¿Incluso cuando el legislativo cumpliera con eficacia —además de la de control del ejecutivo— su función ordenadora, evitando cómodas delegaciones implícitas o explícitas⁴², vacíos normativos, elusión del tratamiento de los verdaderos nudos problemáticos en muchas cuestiones comprometedoras⁴³, y el ejecutivo ejerciera de la misma manera la preventiva de autocontrol de irregularidades que le corresponde en su propio ámbito? Pienso que no, y más si se cuenta con la existencia de resortes de control interno por parte del órgano de gobierno de la magistratura (aquí en la hipótesis incluiría al fiscal), que también podrían funcionar ¿por qué no? adecuadamente, sin perjuicio del respeto necesario al principio de independencia.

³⁸ Entiendo que el principio de legalidad a que debe ser funcional la actuación del fiscal, por imperativo de la norma contenida en el artículo 124.2 CE, demanda su sujeción solamente a la ley e igualdad en la aplicación de la misma, es decir, en el ejercicio de la acción penal, como única forma de hacer posible el juego efectivo de tales principios en la función jurisdiccional.

También en este punto Vives Antón tiene otro criterio (cfr. pág. 295).

³⁹ Conviene tener en cuenta que ya, por ejemplo, Craxi, en 1981 durante el proceso a los implicados en la logia *Propaganda 2*, acusaba a los jueces instructores de actuar con «violencia intimidatoria», como recuerda Nando dalla Chiesa en un libro revelador y de recomendable lectura: *Il giudice ragazzino (Storia di Rosario Livatino assassinato dalla mafia sotto il regime della corruzione)*, Einaudi, Turín, 1992, en especial págs. 15-18. Un libro que se abre con esta declaración del autor: «No amo particularmente a los jueces. Los he conocido en los tribunales como perjudicado y como imputado. Y en ambos casos he tenido ocasión de pensar de ellos bien y mal, unas veces todo el bien, otras todo el mal. Sin embargo, siempre he rechazado poner mi justificada desconfianza al servicio de un poder que durante todo un decenio ha buscado tenazmente y sin pudor, atacando a la magistratura, neutralizar cualquier forma de control de la legalidad para afirmar su propia impunidad» (pág. IX).

⁴⁰ J. C. Nicod, «Il Ministero pubblico in Francia», intervención en el congreso de la Associazione Nazionale Magistrati, *Chi accusa, chi giudica, chi amministra*, Bari, 19-21 de febrero de 1993, pág. 3 de la versión mecanográfica.

APROXIMACION A UN EXCURSO CON 'NERVIO'

El lector de Vives Antón, quizá sorprendido por lo recio del *pathos* de algunas de las expresiones que me dirige en el texto que se ha venido comentando, debería reservarse el juicio hasta concluir la lectura del que será objeto de consideración en lo que sigue (págs. 245 y ss.).

Digo esto porque Vives Antón hace un verdadero ejercicio de *templanza* e incluso de *magnanimidad* cuando se limita a dedicar una simple réplica airada a quien, como yo, usa con él «un tono, no ya crítico, sino descalificador» (pág. 249); rompe las reglas del juego, hasta «distorsionar»; practica la «descontextualización»; oficia una «ceremonia de la confusión»; desnaturaliza sus afirmaciones (pág. 251); le compromete «con las teorías consensuales de la verdad», y arroja sobre sus espaldas un «sambenito» (pág. 254); no cita autores, sino que más bien los inventa y les hace decir lo contrario de lo que realmente dicen, o bien, al no haber entendido los conceptos que usa, extrae de ellos las consecuencias que le vienen en gana (pág. 255); también usa arbitrariamente los conceptos que maneja y desfigura a su capricho las opiniones de los autores que cita (pág. 256); cuando no invierte la tendencia del autor de cuyas opiniones se sirve (pág. 263). (¿Habrá quién dé más?)

La *moderación* de Vives Antón es aún mayor si se repara en que no es el único *damnificado*, sino que, entre *mis víctimas*, se encuentran autores del fuste de Hassemer, Habermas, Apel y otros.

Pues bien, ahora como antes, todo empezó con la interpretación de un texto: aquel en el que Vives Antón dice que el objetivo último del proceso penal «no es alcanzar una verdad entendida como *adequatio intellectus et rei*, sino solventar “razonablemente” los conflictos entre partes». Texto que me permití poner en relación con el que le sigue en la

⁴¹ Integrado en el judicial y gobernado, conjuntamente con éste, por un Consejo de composición mixta, según el modelo italiano (permítaseme optar por él en su versión original y no la de la actual LOPJ).

De otra parte, la hipotética atomización de criterios a que esta situación pudiera dar lugar, siempre podría contrastarse eficazmente por la previsión orgánica de momentos de reflexión colectiva y de elaboración de criterios no vinculantes. Y, naturalmente, mediante una eficaz actividad unificadora en el ámbito de la casación.

⁴² Piénsese, por ejemplo, en el nuevo delito de difamación, en proyecto, y lo que supone de exasperación del poder de criminalización de los jueces, en una materia tan delicada y abierta a la discrecionalidad incontrolable, como es la de los recusables delitos de opinión.

⁴³ Recuérdese el tratamiento dado al delito de aborto mediante la Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio, que introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis. Un precepto expresivo de la falta de decisión de la mayoría gobernante para afrontar con coherencia un gravísimo problema social, cuyo tratamiento, sin embargo, paradójicamente, *confiaba* así a una magistratura al mismo tiempo tachada de ultraconservadora, a la que reprochaba su falta de sintonía con el ambicioso programa de transformación social supestamente en curso. Y de la que, curiosamente, parecía esperarse (y demandarse, incluso) un «uso alternativo» de la norma, en la línea de lo que el legislador no se había atrevido a poner explícitamente en ella.

misma página: «la verdad de las resoluciones judiciales no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una *verdad consensual*» (DC, pág. 106).

Aunque el autor afirma que «se planteaba el problema de la verdad a propósito de la satisfacción del derecho a la tutela y de la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas»; yo habría desplazado abusivamente su reflexión a «otro contexto, el de la negociación de la conformidad» (pág. 250).

Lo cierto es que, en este punto, no le falta razón, puesto que señalé la existencia de una relación *objetiva* de implicación entre esa concepción de la verdad procesal y las modalidades de justicia contratada *made in USA*. Además, algunas páginas más adelante, y en el mismo trabajo, Vives Antón expresaba, de forma matizada, una opinión favorable acerca de las mismas y sobre su posible incorporación a nuestra realidad procesal.

VERDAD PROCESAL: ¿'CORRESPONDENCIA' O 'CONSENSO'?

La adhesión a una concepción *consensual* de la verdad procesal y la consideración del proceso como un instrumento para *solventar* «razonablemente» los conflictos entre partes, unidas a alguna referencia bibliográfica del autor, me llevó a una opción de lectura que reiteraré brevemente.

Entendí que los modelos de la «situación ideal de habla»⁴⁴ (Habermas) y de la «comunidad ideal de comunicación» (Apel)⁴⁵, tenían poco que ver con el proceso penal, ni siquiera idealmente entendido, según el patrón constitucional vigente. Y suscribí la tesis expuesta por Tuori⁴⁶ de que el instrumento procesal penal tampoco se ajustaba a los presupuestos de lo que en Alexy es «un caso especial de discurso práctico general»⁴⁷. Esto porque, como ha escrito gráficamente Gianformaggio, mediante la aproximación de «proceso» a «discurso», no es sólo

que el discurso pierde los requisitos fijados previamente por el autor, sino que el proceso asume connotaciones positivas que no contiene en su uso corriente»⁴⁸.

En efecto, el proceso penal se caracteriza, incluso formalmente, por la asimetría de las posiciones de sus protagonistas (juez y partes y, en alguna medida, hasta acusación pública y defensa); porque es constitutivamente coactivo para el imputado; porque no puede presuponerse que (todos) los interesados en obtener una decisión persigan la realización de los fines del ordenamiento, y no sus particulares intereses; porque, en fin, confluye sobre él una serie de condiciones restrictivas.

Por eso, con independencia, por ahora, de otro tipo de valoraciones, me parecía que nunca podría considerarse el proceso penal, ni siquiera tendencialmente, como el cauce para la obtención de alguna verdad por la vía de un consenso de tal modo incondicionado. Ni entenderse *sub specie* de discurso⁴⁹ práctico racional, general o especial⁵⁰. Es lo que me llevaba a afirmar que la propuesta de Vives Antón (jurisdicción penal como razonable resolución de conflictos por vía de argumentación persuasiva, orientada al establecimiento de una verdad sobre los hechos, consensualmente fundada), estaba más en la línea de la perelmaniana *nueva retórica*, que de Habermas-Apel-Alexy; por cierto que unidos no por la decisión arbitraria que se me atribuye, sino en virtud de la referencia que a ellos hace mi interlocutor (DC, pág. 128)⁵¹.

Hassemer, autor preocupado por el proceso penal como fenómeno de comunicación, no lo considera, sin embargo, un espacio idóneo para officiar el «discurso libre de dominación», característico de la «situación ideal de habla»; porque, precisamente, dice, el *diálogo* procesal se produce «a costa de elementos comunicativos»⁵².

Vives Antón me invita —*amablemente*, ya se sabe— a «seguir leyendo» (pág. 262). Como ya lo había hecho, releo. Y compruebo que el autor, reiterando la constatación del «profundo abismo exis-

⁴⁴ «Llamo ideal a una situación de habla en que las comunicaciones no solamente no vienen impedidas por influjos externos contingentes, sino tampoco por las coacciones que se siguen de la propia estructura de la comunicación. Y la estructura de la comunicación deja de generar coacciones sólo si para todos los participantes en el discurso está dada una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. De esta exigencia general de simetría pueden deducirse para las distintas clases de actos de habla exigencias especiales de equidistribución de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. Las situaciones ideales de habla tienen que cumplir, primero, dos condiciones triviales: 1) Todos los participantes potenciales en un discurso tienen que tener la misma oportunidad de emplear actos de habla comunicativos, de suerte que en todo momento tengan la oportunidad tanto de abrir un discurso como de perpetuarlo mediante intervenciones y réplicas, preguntas y respuestas. 2) Todos los participantes en el discurso tienen que tener igual oportunidad de hacer interpretaciones, afirmaciones, recomendaciones, dar explicaciones y justificaciones y problematizar, razonar o refutar las pretensiones de validez de ellas, de suerte que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica» (J. Habermas, «Teorías de la verdad», en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid 1989, pág. 153).

⁴⁵ Cfr. Adela Cortina, *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K. O. Apel*, Sigueme, Salamanca, 2.ª ed. 1988, pág. 168 y ss. 207 y ss.

⁴⁶ K. Tuori, «Ética discursiva y legitimidad del derecho», trad.

de J. Aguiló Reglá, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 5, 1989.

⁴⁷ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza Rodríguez e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pág. 206 y ss.

⁴⁸ L. Gianformaggio, «El gioco della giustificazione. Ossevizioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, G. Giapicchelli, Turin, 1986, pág. 87.

⁴⁹ «En términos de Habermas, el discurso es esa forma «peculiarmente improbable» de comunicación en que todos los participantes se someten a sí mismos a la «coacción no coactiva del mejor argumento» con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre la validez o no validez de las pretensiones problemáticas» (T. McCarthy, *La leona crítica de Jürgen Habermas*, trad. de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 338.)

⁵⁰ Sobre el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general, cfr. M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 193 y ss.

⁵¹ Y más ahora, cuando, como me recuerda Vives Antón (RP, pp. 261-262), Habermas confiesa haber sido ganado por las tesis de Alexy. Aunque parece que, como se verá, la atracción fue sólo temporal.

⁵² W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 165-167.

tente entre el discurso institucional y el discurso libre de dominación en el derecho penal»⁵³, entiendo, no obstante, que de ese dato no pueden derivarse consecuencias deslegitimadoras para el proceso penal, que obtiene su justificación de la misma fuente que el propio contexto político-institucional del que forma parte.

Es decir, el proceso penal no es, ni tendría por qué ser, la encarnación de ese modelo irreal e irrealizable. Pero esto no excluye que se resuelva en una forma de diálogo y tienda idealmente a la objetivación de determinados principios bien conocidos. O lo que es lo mismo, es cierto que el proceso penal se orienta a una idealidad, pero ésta es una idealidad *practicable*, interna al propio ordenamiento constitucional, y su máxima plasmación empírica nunca tendría que suponer la disolución de la estructura triádica, que, sin embargo, vendría exigida por la plena realización de ese imposible paradigma de simetría perfecta en las posiciones de (*todos*) los sujetos implicados, que demanda la propuesta *consensual*.

A PROPOSITO DE LA 'CUESTION DE FONDO'

Hay un momento en que Vives Antón decide *rasgar el velo*, es decir, traer a primer plano el núcleo duro de las cuestiones tan maltratadas por mí. Y lo hace, renunciando ya a tomarme como punto de referencia, para evitar lo que sería, afirma, «una banalización inadmisibile» (pág. 267).

Pues bien, si, a pesar de su propósito confesado, cabe dudar que haya logrado lo primero, en modo alguno consigue lo segundo, o sea, dejar de banalizar. Veámoslo.

Para empezar, tengo que decir que a veces dudo que sepa de qué está hablando. Según él «hay que distinguir entre algún tipo de correspondencia que toda teoría de la verdad postula y la teoría de la correspondencia que postula justamente, el tipo de correspondencia especular» a que él dice referirse (pág. 274); es decir, «la verdad como adecuación del intelecto a las cosas, esto es, con el mundo existente fuera del sujeto e independientemente de su conciencia» (pág. 252) que implicaría que «toda verdad objetiva es, por ser tal, absoluta, puesto que si el intelecto, aunque sea el de un hombre aislado, refleja adecuadamente la realidad, ese reflejo ha de ser absolutamente verdadero» (pág. 253). Según Vives Antón, esta doctrina constituye el «realismo» que se manifiesta como «mentalidad espontánea del jurista» y de la que yo resulto, como el personaje de Molière, sin saberlo, un claro exponente.

Sin embargo, Vives Antón no pone un sólo ejemplo, ni hace una sola cita que permita ilustrar esa caracterización. Y no es extraño, porque la generalidad de los filósofos suelen distinguir entre varios grados de conocimiento, pero no sé si alguno afir-

ma que el intelecto humano sea capaz de reflejar la realidad adecuadamente, de un modo absolutamente verdadero, como un *espejo*. Así, es un ejemplo bien significativo, para Santo Tomás el conocer empieza con los sentidos y consiste en un proceso de abstracción llevado a cabo por el entendimiento agente y el entendimiento paciente, algo bastante alejado del *espejo* de marras, no sé si *mágico*.

Respecto a mi posición personal, nunca he afirmado nada parecido a lo que Vives designa como «realismo»: pensar, como pienso, que los enunciados de hechos probados, en cuanto afirman la realidad de un acontecimiento pasado, pueden ser considerados verdaderos o falsos, no implica ni mucho menos un planteamiento de tipo especular.

Quizá haya incurrido Vives Antón en el viejo truco del cura de aldea de inventarse una herejía fácil para poder combatirla ante sus feligreses. Pero, cada uno tiene su estilo, y yo no quiero caer en escenificaciones perversas.

Tampoco parece muy logrado que se apele al «ámbito del saber social» contrapuesto al conocimiento de los acontecimientos naturales, afirmando que «puede sostenerse una teoría de la correspondencia en el ámbito del saber acerca de la naturaleza y otra muy distinta (v. gr. una teoría consensual) en el ámbito del saber acerca de la sociedad» (pág. 255). A mi entender, la diferencia no consiste en el tipo de teoría de la verdad aplicable sino en las dificultades metódicas que afectan a las ciencias sociales, que no parecen haber tomado en muchos casos «el seguro camino de la ciencia». Paradójicamente, sin embargo, Vives Antón acude a teóricos de las ciencias naturales para defender su interpretación de la «evolución unitaria» del pensamiento filosófico como un abandono inexorable de la teoría de la correspondencia, p. ej., Kuhn, Lakatos, etc.

Y no duda en *echar mano* de Popper, como preclaro exponente de lo que llama «abandono de la teoría de la correspondencia» (pág. 274). Aunque, seguramente no será el Popper que escribe que «la teoría de Tarski nos permite *definir la verdad* como correspondencia con los hechos, pero también podemos utilizarla para definir la realidad como aquello a lo que corresponde un enunciado verdadero»⁵⁴. Ni tampoco el que señala que, «gracias a la obra de Tarski, la idea de verdad objetiva o absoluta —esto es, de verdad como correspondencia con los hechos— parece ser aceptada con confianza en la actualidad por todos los que la comprenden»⁵⁵, entre los que, naturalmente, se incluye; ignorando, con toda seguridad, que se trata de una teoría que, al decir de Vives Antón, sólo puede ser concebida en «un contexto estrictamente escolástico» (pág. 280). De modo que Popper, no sólo hace suya la concepción de Tarski, sino que la lleva mucho más lejos de lo que cabría en las previsiones de su formulador, desbordando el horizonte puramente semántico, para atribuirle implicaciones ontológicas⁵⁶.

⁵³ En *op. cit.*, pág. 168, página de la que se toman las referencias que siguen.

⁵⁴ K. Popper, «Comentarios filosóficos en torno a la teoría de la verdad en Tarski», en *Conocimiento objetivo*, trad. de Carlos Solís Santos, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 296.

⁵⁵ K. Popper, «La verdad, la racionalidad y el desarrollo del conocimiento científico», en *Conjeturas y refutaciones*, trad. de N. Miguez, Paidós, Barcelona, 3.ª reimpresión 1991, pág. 275.

⁵⁶ Por eso la conocida cita que Vives Antón toma de un trabajo autobiográfico del autor (R. R. Popper, *Búsqueda sin término*

Y no sólo eso, además, el autor dejará constancia expresa de que el redactor de un artículo de la *Encyclopedia of Philosophy* —en la que Vives Antón dice haber hallado «un gran vacío» durante su, al parecer, tan desoladora como intensa búsqueda de «representantes de la teoría de la correspondencia» (pág. 275)— interpreta erróneamente su pensamiento al atribuirle la opinión de que «la propia verdad no es sino una ilusión»⁵⁷. Sin duda, vacíos como ése pueden deberse a una pluralidad de razones, entre ellas ¿por qué no? —*crimine ab uno disce omnes*— la misma que condujo al colaborador de la *Encyclopedia* a una inadecuada lectura de Popper, para quien, en fin, «no cabe duda de que es la correspondencia el sentido ordinario de “verdad” tal como se emplea en el juzgado»⁵⁸.

Tampoco Quine me parece el mejor *fichaje* por parte de Vives Antón, puesto que se trata de un filósofo que ha valorado positivamente la concepción de Tarski⁵⁹.

Por cierto, ni el mismo Tarski sale muy bien parado de su encuentro con Vives Antón, que, después de dejarle hablar largo y tendido en una extensa cita, confunde ostensiblemente los planos de su planteamiento semántico de la verdad: lenguaje objeto y metalenguaje, al referir al primero el nombre de la oración, y, en cambio, al segundo, la oración misma (pág. 270).

En fin, si Vives Antón —como demanda lo ambicioso de sus pretensiones— se hubiera preocupado de distinguir entre lenguaje prescriptivo y descriptivo, tal vez habría visto en el consensualismo una teoría de la validez de enunciados normativos, y habría evitado tener que moverse continuamente entre planos metodológicos distintos. Y quizá no se habría armado tanto lío entre los hechos y las normas en la aplicación judicial del derecho, ni hubiera pensado que el juez al fallar trata de *conocer* «lo justo» (pág. 249).

Dejando aparte la vaguedad de la terminología y la ambigüedad en la caracterización de la teoría de la correspondencia, la referencia de Vives Antón a las «dos modalidades más extendidas» de la teoría de la verdad como correspondencia: el realismo y el empirismo, son sumamente *originales*. Respecto al último, dice literalmente: «El empirismo, al operar meramente con las sensaciones, es decir, con datos internos, y no contener referencias a los objetos del mundo» (pág. 272); de donde resulta que uno de los exponentes de la teoría de la verdad como correspondencia sería la corriente filosófica que opera con datos internos no referidos a los objetos del mundo: ¿con quién se entabla la correspondencia? Curioso *empirismo* éste.

La presentación del realismo tiene, al menos, la virtud de no contener ningún sinsentido. Al parecer, consiste en propugnar una correspondencia entre el

juicio y las cosas, estados, acontecimientos de un mundo material, exterior al sujeto y realizada a partir de la intuición sensible. Lo malo es que a renglón seguido afirma que la crítica kantiana «destruyó la viabilidad de la teoría, al poner de manifiesto que el intelecto participa en la construcción del objeto, por lo que al no existir éste con independencia de los conceptos del entendimiento no puede ser percibido por la intuición sensible» (pág. 272).

Diría que ni siquiera a Kant le va bien en su encuentro con Vives Antón, si se tiene en cuenta que para aquél la distinción entre intuición y concepto, sensibilidad y entendimiento es absolutamente clave. Veamos un texto: «Los objetos nos vienen, pues, *dados* mediante la sensibilidad y ella es la única que nos suministra *intuiciones*. Por medio del entendimiento, los objetos son, en cambio, *pensados* y de él proceden los *conceptos*. Pero, en definitiva, todo pensar tiene que hacer referencia, directa o indirectamente (mediante ciertas características), a intuiciones y, por consiguiente (entre los humanos), a la sensibilidad, ya que ningún objeto se nos puede dar de otra forma⁶⁰». De ahí que, como afirma en otro lugar: «Aun siendo posibles *a priori*, todos los conceptos, y con ellos todos los principios, se refieren a intuiciones empíricas, es decir, a datos de una experiencia posible. De no ser así, carecen de toda validez objetiva y se reducen a un juego de la imaginación o del entendimiento con sus respectivas representaciones⁶¹».

Un ejemplo sencillo tomado de Kant puede resultar ilustrativo al respecto: decir que hay habitantes en la luna es admisible en cuanto posibilidad, aunque nadie los haya percibido, porque cabría llegar a percibirlos; que el mundo es eterno es algo que no cabe afirmar ni negar, porque no tiene conexión con la experiencia posible.

El propio Kant se mueve dentro de la concepción clásica de verdad: «La verdad y el error y, consiguientemente, también la ilusión en cuanto conducente al error, sólo pueden hallarse en el juicio, es decir, en la relación del objeto con nuestro entendimiento⁶²».

Nada tiene que ver esto con que la razón, en cuanto reguladora de la conducta moral, sólo pueda basarse en sí misma, lo que es una manifestación de la autonomía moral que no guarda relación con el conocimiento empírico. Del mismo modo que la cita de Kant relativa a que el dictado de la razón «nunca es sino el consenso de ciudadanos libres...» (pág. 279), aunque venga muy bien aquí por lo del «consenso», no versa sobre el problema de la verdad, sino sobre las consecuencias que desde el punto de vista práctico (habla explícitamente del «bien público») pueden derivarse de su teoría del conocimiento.

No sin razón dijo Heidegger: «Se pasa por alto algo sobre lo que ya Brentano llamara la atención,

no. *Una autobiografía intelectual*, trad. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 198), referida a la cuestión de la justificación de la inducción, ampliamente desarrollada en otras partes de su extensa obra, es bien poco significativa en este lugar

⁵⁷ K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., pág. 290.

⁵⁸ K. R. Popper, *Conocimiento objetivo*, cit., pág. 286, en la que también se lee: «No hay duda de que lo que ordinariamente llamamos “verdad” es la correspondencia con los hechos.»

⁵⁹ W. V. Quine, *La búsqueda de la verdad*, trad. de Javier Rodríguez Alcázar, Crítica, Barcelona, 1992, entre otras, pág. 122 y ss. y 141 y ss.

⁶⁰ E. Kant, *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Altaguara, Madrid, 1978, pág. 65.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 261.

⁶² *Ibidem*, pág. 297.

a saber que el mismo Kant se adecua a este concepto de la verdad, y hasta tal punto que ni siquiera lo discute (...). La caracterización de la verdad como concordancia (...) es, sin duda, muy general y vacua, pero algo justo tendrá cuando se mantiene sin perjuicio de las más heterogéneas exégesis del conocimiento⁶³».

VOLVIENDO AL PROCESO

Del confuso discurso de Vives Antón, creo que pueden inferirse algunas conclusiones sobre la jurisdicción penal.

En síntesis, para mi contradictor, la idea de *verdad como correspondencia* remite —inexorablemente— a la de *verdad sustancial* (la verdad «material» de raigambre inquisitiva). La búsqueda de ésta reclama y legitima implícitamente el recurso a una lógica del género *el fin justifica (todos) los medios*, que es por lo que, en un modelo procesal de esa inspiración, *no hay espacio para las garantías*, que expresan una idea de límite. Así, de concurrir éstas, lo serían con un *fundamento externo*. Es decir, no existe relación de implicación en el plano epistemológico entre esa categoría de verdad y el modelo procesal constitucional garantista.

Otra cosa sucede, en cambio, con la *teoría consensual*, que contiene «requerimientos respecto de los derechos» (pág. 280). Aquí, «la *verdad jurídica* se halla unida indisolublemente a la *validez*, y no puede obtenerse a cualquier precio» (pág. 281). Aquí no, es decir, allí sí.

Aunque Vives Antón establece los anteriores asertos con la rotundidad de quien formula un teorema, lo cierto es que se queda en la pura afirmación, y creo que no tiene razón.

En primer lugar, históricamente, no resulta aceptable la disociación sugerida entre verdad y garantías al margen del modelo consensual.

Y no es preciso llegar a los juristas de la Ilustración, porque ya en la época medieval se pueden encontrar manifestaciones fehacientes de la existencia de una cultura del proceso penal rica en implicaciones éticas como límite a la búsqueda de la verdad, concebida como verdad probable: «no todas las probabilidades están en el mismo plano (...) algunas son preferidas por razones de carácter ético, y la preferencia está en relación a un sistema de valores⁶⁴».

También, a su vez, la reintroducción formal de la tortura en el proceso, en los siglos XII-XIII, lo que Fiorelli llama «el nuevo orden»⁶⁵, que sustituirá al de las ordalías, tiene una clara dimensión epistemológica y *ética*, por más que la valoración tenga que ser negativa, desde ambos puntos de vista. En efecto, como durante su uso en la antigüedad clásica⁶⁶, asimismo en el momento de su recuperación posterior, ese instrumento acredita evidentes implicaciones epistemológicas: la pretensión de superar las limitaciones de la verdad probable, con el fin de posibilitar el acceso a una verdad material o sustancial⁶⁷. Donde la represión del delito, no es sino un episodio de la lucha contra el mal, que es lo que hace del proceso «una diablomaquia», al decir de Cordero⁶⁸.

Ahora bien, es con el moderno garantismo procesal penal, hijo de la Ilustración, cuando el entrelazamiento de proceso, ética y epistemología aparece de forma mucho más explícita. Beccaria expresa con meridiana claridad el cambio de paradigma, que implica la renuncia al concepto de verdad propio del sistema procesal contestado. En efecto, reconociendo que «el examen de un reo se hace para conocer la verdad», denuncia la inadecuación a ese fin de un proceso con la tortura como instrumento de investigación; algo, tan claro en la experiencia de su tiempo, que estima innecesario referir «los innumerables ejemplos de inocentes que se confesaron reos por los dolores» de aquélla⁶⁹. De ahí la propuesta de un proceso «informativo, esto es, la indagación indiferente del hecho, según manda la razón», como alternativa al «proceso ofensivo», que, como hemos visto, a su juicio, no garantiza la obtención de la verdad y, además, en él «el juez se hace enemigo del reo⁷⁰».

Será difícil hallar un texto en el que la relación de coimplicación entre verdad procesal y garantías se haga más explícita, y de manera más plástica.

Este punto de vista lo expresa muy bien Pagano con su rechazo de la tortura como medio de prueba: «Una confesión hecha así (bajo tormento) es la expresión del dolor, no del indicio. ¿Qué relación tiene el dolor con la verdad?⁷¹».

Y encuentra una formulación extraordinariamente gráfica en Carmignani, que describe las pruebas criminales como «actos *legítimos* mediante los cuales algunas circunstancias sirven para descubrir un delito o para demostrar la inocencia⁷²».

⁶³ M. Heidegger, *Ser y tiempo*, trad. de J. Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1962, pag. 235-236.

⁶⁴ Cfr. A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milán, 1971, pag. 116.

⁶⁵ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, 1953, I, pag. 67.

⁶⁶ Cfr. P. Fiorelli, *op. cit.*, II, pag. 297 y ss.

⁶⁷ Cfr. A. Giuliani, *op. cit.*, pag. 185.

⁶⁸ En «*Stilus curiae* (analisi della sentenza penale)», en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara 10-12 ottobre, 1985), Cedam, Padua, 1988, pag. 297.

⁶⁹ C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pag. 55. Cfr. asimismo P. Verrì, *Observaciones sobre la tortura*, trad. prólogo y notas de M. de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977, pag. 81 y ss. Un interesantísimo análisis de un proceso del gé-

nero de los tenidos en cuenta por Beccaria y Verrì en sus alegatos críticos, puede verse en A. Manzoni, *La columna infame*, con Nota de L. Sciascia, trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

De Verrì es un acertijo sobre la tortura en el que dice de ella «soy considerada necesaria para conocer la verdad, y nadie cree en los que se dice por obra mía» (cfr. R. Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, trad. de O. Caletti, Depalma, Buenos Aires, 1946, pag. 24).

⁷⁰ *Ibidem*, pag. 59.

⁷¹ F. M. Pagano, *Principi del codice penale. Opera postuma*, (sin indicación de edición ni fecha), pag. 100. Cfr. también, en el mismo sentido, M. de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas*, facsímil de la 1.ª ed. (Madrid, 1782), Ed. Porrúa, México, 1982, pag. 244.

⁷² G. Carmignani, *Elementos de derecho criminal*, trad. A. Ferrero Otero, revisada por J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1979,

Por contraste con las que se producían en aquellos «juicios (que) han sido mirados no tanto como criterios de verdad sino como combates⁷³».

Así pues, legitimidad de los actos —no todo vale— como condición de la relevancia probatoria de los conocimientos que pudieran adquirirse en el proceso. Y si no vale todo, es porque, a diferencia de lo que sucede en la física, donde la «ignorancia» puede producir (sólo) «inconvenientes», en el proceso produce, además «iniquidad⁷⁴».

El ulterior desarrollo de este planteamiento inicial desembocará en lo que ha terminado por ser, en expresión de Ferrajoli, «un sistema coherente y unitario», en el que los diversos principios garantistas «se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal dirigido a asegurar, respecto a otros modelos de derecho penal concebidos históricamente, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio, y por consiguiente, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona frente al arbitrio⁷⁵».

Elementos estructurales de este modelo, según el autor, son, en primer lugar, el «principio de estricta legalidad en la determinación en abstracto de lo que es punible», principio, que, a su vez, requiere dos condiciones: «el carácter *formal* o *legal* del criterio de definición de la desviación y el carácter *empírico* o *fáctico* de las hipótesis de desviación legalmente definidas. Y, en segundo término, el «principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la *verificabilidad* o *falsabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo, y su *prueba empírica*, en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación⁷⁶».

El tipo de verdad que persigue —y que hace posible— un modelo formalista como el diseñado, es de carácter igualmente *formal*. En efecto, no vale cualquier verdad, sino tan sólo la que se obtiene en el respeto de las reglas del enjuiciamiento: el principio de presunción de inocencia y de la carga de la prueba para la acusación, el principio acusatorio, el principio de contradicción.

Es por lo que, como ya anticipé, también en palabras de Ferrajoli, «las garantías penales y procesales, además de *garantías de libertad*, son también *garantías de verdad*»⁷⁷.

Con esta afirmación se sale al paso de un *topos* sumamente asentado en el subconsciente de muchos profesionales de la jurisdicción, que propenden a ver en el imperativo de respeto de las garantías la *renuncia* implícita —sólo por razones políticas, es decir, extraepistemológicas— a un mayor grado o riqueza de información. De ahí, también, la frecuente

propensión a *recuperar*, por vías indirectas, con fines probatorios, datos de cargo de dudosa obtención, en virtud de una convicción *íntima* —no procesalmente motivable— de su (supuesta) pertinencia (objetiva) a los hechos. Cuando lo cierto es que, si en un hipotético supuesto concreto, la *renuncia* a la utilización de datos de ese carácter podría favorecer —en perjuicio de *la verdad*— los intereses del imputado, además del general y objetivo representado por la presunción de inocencia; el correcto funcionamiento del modelo acusatorio en su conjunto produce un resultado global de indudable superior calidad en el plano gnoseológico. Una vez suficientemente acreditado que el sistema en cuestión, además de recusable por muchas otras razones bien conocidas, producía *verdades* que sirvieron, incluso, para condenar por «un delito física y moralmente imposible», como recordaba Manzoni⁷⁸.

Parece, por lo expuesto, cuando menos un poco *fuerte* la afirmación de que el proceso penal ha permanecido huérfano de sustancia epistemológica-garantista hasta el despuntar de la llamada teoría de la verdad consensual. De ese consenso *contrafáctico*, que, al decir de Hassemmer, no se da «nunca y en ninguna parte⁷⁹».

Tal pretensión es en sí misma inaceptable, como se verá; pero, además, implica un sofisma: que no existen alternativas entre verdad como correspondencia entendida *sub specie* de realismo ingenuo («verdad objetiva absoluta») y verdad consensual (pág. 254). De este modo, al menos en materia de proceso penal, de no adscribirse al segundo paradigma, se estaría necesariamente en el de la «verdad material o sustancial», que es la que corresponde al sistema inquisitivo.

Al *razonar* de este modo, se prescinde de una etapa fundamental del desarrollo histórico y teórico del proceso penal⁸⁰, sin la que no podría entenderse nada de lo que se expresa en disciplinas constitucionales del proceso como la vigente entre nosotros; y se opera una simplificación inadmisibles, al dar por inexistente una concepción de la verdad procesal, no sólo distinta de la «material» o «sustancial», sino antagónica.

Esta es, como se ha dicho, la de la verdad procesal como verdad *siempre formal*. Una verdad que es inevitablemente limitada y que se caracteriza por ser el producto de un proceso de conocimiento que —reflexivamente— adopta como punto de partida el principio de presunción de inocencia. Esto es, como ha escrito Copi, el *argumentum ad ignorantiam*, que equivale a sostener que «una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad⁸¹». Argumento que en cualquier otro tipo de discurso sería una falacia, pero que

pág. 205. Dirá también, más adelante, que «ninguna prueba de un delito puede llamarse plena y legítima si no se deriva de las circunstancias establecidas por la misma ley con base en la certeza moral» (pág. 206). En idéntico sentido, cfr. F. Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte general*, trad. de J. J. Orega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, II, Pág. 381 y 391.

⁷³ *Ibidem*, pág. 225.

⁷⁴ A. Manzoni, *op. cit.*, pág. 11

⁷⁵ L. Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 6.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 6 y 8.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 19.

⁷⁸ A. Manzoni, *op. cit.*, pág. 10

⁷⁹ W. Hassemmer, *op. cit.*, pág. 165.

⁸⁰ «La historia del proceso penal puede leerse como la historia del conflicto entre “dos opuestas epistemologías del juicio: *dictum* de un solo sujeto, o contienda entre varios sujetos, relación vertical inquisidor-inquirido, o relación triangular entre dos partes y un tercero super partes; operación unilateral del juez, o bien *actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*» (L. Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 620).

⁸¹ I. M. Copi, *Introducción a la lógica*, trad. de N. Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 10.ª ed. 1971, pág. 65

en los tribunales de justicia cumple una doble función de garantía: en el plano epistemológico, la representada por la consideración de la acusación como simple hipótesis, que debe ser objeto de prueba por parte de quien la sostiene; en el ético-político, la dirigida a evitar la anticipación de los efectos de una eventual sentencia condenatoria.

En este contexto —y diría que sólo en este contexto— creo que puede hablarse de los «hechos probados» como conjunto de proposiciones que afirman la existencia histórica de un hecho «como real»; afirmación que, sin embargo, escandaliza a Vives Antón (pág. 253); que, por lo mismo, está en la obligación de escandalizarse ante la referencia, por ejemplo, el 18 de julio de 1936, como la fecha en que *realmente* se produjo un levantamiento militar en este país.

Taruffo ha hecho notar recientemente la relevancia de «la hipótesis teórica de la verdad absoluta como correspondencia de la comprobación judicial a los hechos del mundo real, puesto que la misma sirve para fundar conceptualmente una perspectiva en la que ese problema se sitúa racionalmente en términos de modalidades y técnicas para realizar la mejor verdad relativa, o sea, la mejor aproximación de la comprobación a la realidad⁸²».

Cuando lo que hay que acreditar es «si Fulano dio muerte a Mengano», parece que de lo que objetivamente se trata es de determinar si a esa proposición *corresponde* o no un hecho *realmente* acontecido en el pasado. Es decir, si en virtud de los datos fácticos obtenidos a través de un curso procesal, esa proposición ha de predicarse verdadera o falsa.

De ahí el interés de la incorporación del concepto de verdad como correspondencia formulado por Tarski⁸³ a la teoría de la jurisdicción, que ha defendido especialmente Ferrajoli⁸⁴. Aquélla, valorada recientemente por Quine como «una obra maestra impresionante y que, además, funciona⁸⁵», aporta el rigor que debe regir la utilización del término «verdadero»: qué significado tiene decir que una proposición es verdadera, en las prácticas de una institución que impone penas a partir de la constatación

de que un determinado acto tuvo efectivamente lugar en un momento precedente.

Por eso, la correspondencia no es un criterio de verificación (es decir, un patrón conforme al cual juzgamos como verdadera o argumentamos la verdad de una tesis), sino *el significado* del término verdadero, compatible con cualquier teoría epistémica de la verdad⁸⁶.

El rigor en la utilización del término verdadero tiene especial relevancia teórica para el derecho, el penal en particular. Ello se debe a que el derecho es un lenguaje hecho por los hombres, y a que, de cómo se le construya, depende el grado de certeza, es decir, de verificabilidad y posibilidad de control de las proposiciones judiciales⁸⁷.

CONSENSO Y 'NEGOCIO'

De las afirmaciones contenidas en mi artículo tantas veces citado, quizá la que más irritó a Vives Antón es la que asocia su idea de la verdad consensual a la de la negociación de la conformidad (págs. 250-252), a las fórmulas de justicia *contratada*, de ascendencia americana, que yo le atribuía haber tratado en clave apologética⁸⁸.

Pues bien, es un hecho que los partidarios del *plea bargaining* y, en general, de los métodos procesales fundados en el principio dispositivo, es decir, en la disponibilidad de las pruebas, suelen invocar la concepción consensualista de la verdad. Así, el nexo entre adhesión a las teorías consensualistas y legitimación del *plea bargaining* es, por tanto, objetivo e independiente de las opiniones de Vives Antón.

A propósito de estas últimas, no se ve en qué puede consistir —en el plano epistemológico— la diferencia que Vives Antón reivindica entre «consenso racionalmente fundado» y «acuerdo efectivo»; entre «acuerdo especialmente cualificado» y dotado de «valor cognitivo» y consenso ligado a un «acto de voluntad». Porque ¿cómo se «funda» el consenso cualificado de Vives Antón? ¿En qué consiste su «valor cognitivo»? Y ¿qué significa la palabra «ra-

⁸² M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milan, 1992, pág. 157.

Este punto de vista guarda relación con el expresado por Popper: «Un enunciado es verdadero si, y sólo si, corresponde a los hechos. Como señala Tarski, esta noción de verdad es objetiva o absolutista, aunque no sea absolutista en el sentido de permitirnos hablar con absoluta certeza o seguridad, pues no nos suministra un criterio de verdad... Así, aunque la idea de verdad sea absolutista, no podemos pretender alcanzar una certeza absoluta: somos buscadores de la verdad pero no sus poseedores» (*Conocimiento objetivo*, cit., pág. 53).

⁸³ Cfr. A. Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. E. Colombo, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972. También en M. Bunge (comp.), *Antología semántica*, Buenos Aires, 1969.

⁸⁴ En *op. cit.*, pág. 20-22. También puede verse: G. Ubertis, «La ricerca della verità giudiziale», en G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Fiuglrè, Milán, 1992, pág. 10-11. P. Ferrua, «Contraddittorio e verità nel processo penale», en *op. cit.*, pág. 59 y ss. M. Taruffo, *op. cit.*, pág. 145 y ss.

⁸⁵ W. V. Quine, *Quidditès Dictionnaire philosophique par intermittence*, trad. de Guy-Blanchet y T. Marchaisse, E. du Seuil, París, 1992, pág. 267.

⁸⁶ Ferrajoli ha desarrollado un modelo inductivo de búsqueda procesal de la verdad, a partir de la hipótesis acusatoria, en el

vigente régimen constitucional de garantías; rigurosamente complementario de la acepción tarskiana de la verdad como correspondencia, que suministraría el criterio de uso del término «verdadero» en el conocimiento procesal. (Cfr., sobre todo, *op. cit.*, pág. 107 y ss.).

⁸⁷ A ello se debe que L. Ferrajoli considere el «principio de estricta legalidad» como una «regla semántica metalegal de formación de la lengua legal» que impone al legislador penal un rigor exquisito en la formulación de los enunciados normativos. Esto es lo que hará posible la identificación, asimismo rigurosa, de las conductas desviadas conminadas con una pena, y que las tesis judiciales correspondientes sean, a su vez, verificables y refutables. (Cfr. *op. cit.*, pág. 98). Como el mismo autor ha escrito en otra parte (L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Ferrajoli*, G. Giappichelli, Turín, 1993, pág. 481) «De la semántica del lenguaje legal depende (...) que las decisiones de los jueces versen sobre la verdad de la aserción de un hecho y no sobre valores diversos de la verdad (de tipo ético, político, de oportunidad).»

⁸⁸ En *RP*, pág. 250, dice: «en clara apologética». Se trata de una errata, una de las innumerables que atormentan el texto, en el que, por ejemplo, un autor llega a ser Knele, Kiele, Kriete o Kriete, en tres páginas sucesivas (págs. 125-127). Un texto lamentablemente maltratado, en este caso no por mí, sino por el editor.

zonablemente» o «razón práctica», usada repetidamente, con la que trata de exorcizar el problema? Si al menos aceptase la teoría de la coherencia, podría invocar el argumento cognitivo de la relevancia de las pruebas y contrapruebas como confirmaciones y refutaciones de las hipótesis acusatorias. Pero no, se contenta únicamente con el «consenso»; con «las reglas básicas de *procedimiento* a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático» (pág. 248) mediante las que aquél se expresa y con el «respeto de las reglas» a través de las cuales la verdad es obtenida (pág. 249). De este modo confunde el método legal de adquisición de las pruebas y de formación del juicio contradictorio, con los criterios (más que el significado) de verdad. Al obrar así, ¿qué queda del pretendido carácter «cognitivo» y «racional» de la verdad fundada de este modo?

Es el propio Vives Antón quien vacía de significado el término «cognitivo» usado para excluir el carácter de simple acuerdo de su verdad consensual. Sus tesis, tal como se encuentran expuestas (págs. 248-249) no son epistémicas, sino *procedimentalistas*: lo único que exigen es que la verdad obtenida «sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja» (pág. 249). Aquí no hay argumentación ni siquiera en el sentido de Alexy. Lo acredita el que Vives Antón, hablando de las «pruebas ilícitas», asimile las decisiones judiciales —«no verdaderas», sino «justas» (pág. 249)— al procedimiento legítimo con el que las mismas se adoptan en «democracia»; correctas «si los ciudadanos han participado directa o indirectamente (en los procedimientos de decisión) y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional» (pág. 248).

De este modo, se hace patente que la legitimación de las decisiones basadas en semejante criterio de verdad no resulta cognitiva en ningún sentido, sino como he dicho, sólo *procedimental* y voluntarista, es decir, ligada (exclusivamente) al respeto de las reglas que permiten y disciplinan las posibilidades de expresarse las partes.

Esta parece ser, en fin, la aportación de Vives Antón: «El resultado del discurso, esto es, el consenso racional, que en principio sólo sería un método para alcanzar la verdad, se convierte también en criterio de verdad, con el que ha de decidirse lo que es verdadero y lo que es falso» (pág. 278). Para ello es preciso que se expongan sin limitación todos los argumentos posibles y se efectúe el acto de aceptación por todos los seres racionales concurrentes a la discusión; con lo que se extrapola el problema de un criterio de validez de normas al de juicios de hecho. Algo que en la práctica conduce al escepticismo, porque nunca se producirán las condiciones de discusión requeridas.

Por lo demás, que método y criterio se identifiquen, o que Vives Antón piense que ha encontrado una vía para superar las objeciones de Tugendhat «acerca de cómo y por qué puede el consenso (un acto de voluntad) actuar de árbitro en un tema de conocimiento» (pág. 278), sólo puede suscitar asombro. Y, claro está, respeto por la capacidad de riesgo que comporta la realización de cualquier ejercicio de funambulismo, a cierta altura y sin red.

Al fin, el mismo Vives Antón admite implícitamente que la teoría de la verdad consensual no está en condiciones de ofrecer un fundamento teórico a las pruebas, aunque cubriéndose tras de la afirmación de no hallarse «comprometido en tal intento» (pág. 263). Su único propósito, dice, era el de excluir «la validez de las pruebas ilícitamente obtenidas» (pág. 263). Pues bien, ésta es una cuestión que tiene que ver con el método legal de adquisición de las pruebas y la garantía del principio de contradicción, que es un medio y no un fin y que no se entiende —por lo ya expuesto— por qué no tendría que estar garantizado por una perspectiva epistemológica inspirada en la verdad como correspondencia, no del sentido absoluto *imaginado* por Vives Antón.

Parece bueno decirlo una vez más: nunca me he referido a esa clase de *verdad*; que no es la que subyace a la concepción del proceso acusatorio, y tampoco la supuestamente *abandonada* por tanto filósofo ilustre.

De otro lado, nada más lejos de mi propósito, entonces y ahora, que tratar de discurrir sobre la validez de un *corpus* teórico como el desarrollado por Habermas y Apel. Y ni siquiera pretender la competencia en la materia que sería necesaria para hacerlo. Porque además, al contrario que Vives Antón, no me ha cabido el privilegio de asistir —y tampoco podría hacerlo desde el dominio de su lengua materna— a algún seminario impartido por el primero⁸⁹.

Mi pretensión fue y sigue siendo mucho más modesta, y se reducía a cuestionar que algunas de las concepciones de aquellos autores, a las que se ha venido haciendo referencia, elaboradas y debatidas en el marco de la filosofía moral y, por extensión, en el de la teoría política de la democracia representativa, fueran extrapolables al campo del proceso penal, como quiere Vives Antón.

Ahora parece —y lo digo con extrema prudencia— que algunas consideraciones explícitas de Habermas apuntan en esa dirección. Es decir, en el sentido de entender que no cabe «concebir el discurso jurídico como un caso especial del discurso (de aplicación) moral⁹⁰». Y en particular cuando se trata de «la praxis de las decisiones judiciales, debido a que las exigencias ideales con respecto a los procedimientos de la argumentación, deben ser puestas en consonancia con las restricciones obligadas por las exigencias de las regulaciones fácticas⁹¹». Puesto que «los papeles de los participantes en el proceso son definidos de tal manera que la acepta-

⁸⁹ Vives Antón ofrece la información de haber asistido a clases de Habermas durante algunos meses (pág. 265). Dato de escaso valor argumental, pero seguramente útil para los biógrafos del conocido filósofo.

⁹⁰ J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pág. 286. (Debo —y agradezco— las referencias a esta obra y la traducción de las citas a J. Antonio Gimbernat.)

⁹¹ *Ibidem*, pag. 288

ción de las pruebas no está estructurada en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad de permanente carácter discursivo⁹²».

MAS AL FONDO, 'A LA DERECHA'

Vives Antón, de epistemólogo a inspector de conciencias, de Habermas-Apel-Alexy a Freud-Conan Doyle, hace, por último, un descubrimiento. Advier-te que en lo que supone mi propósito de *disociarle* de Habermas *asociándole* a Perelman (pág. 286), había más que un error: Se agazapaba una proter-va intención oculta, que no ha podido escapar a su sagacidad. Es que el asunto —asegura— no iba de ciencia sino de política.

Es decir, de derechas e izquierdas, para enten-derlos. Y yo habría manipulado su pensamiento —y, por lo que se ve, el de todo bicho pensante— única y exclusivamente para desplazarle, ¡a él!, a la *derecha*.

Esa parece ser la gran cuestión. Lo que le produ-jo la irritación que se ha mantenido viva durante años, hasta llevarle, al fin, a explotar⁹³ con tan ma-los modales. Lo que explica que diera la espalda a la *ética discursiva*, después de haberle dedicado

tantos desvelos como dice. Desvelos inútiles, pue-
to que aquella no ha llegado —al menos en este
caso— a impregnar eficazmente su práctica.

¡Acabáramos!

Así se entiende que el implacable profesor, desde su altura, no contento con hacer patentes mis limi-taciones filosóficas, jurídicas y hasta morales, haya sentido la necesidad de dejar también en cueros a mi subconsciente, al *diagnósticar* en él una profun-da tendencia a la criptopolitización de cualquier cosa.

No ha advertido que, al hacerlo, termina remitiendo el caso, *pero —jojo!— no el mío sino el suyo pro-pio*, al diván del psicoanalista; que es el destino na-tural de los mecanismos de *proyección*. Es decir, de una de esas modalidades de la conducta en las que el sedicente retratista es el único que de verdad se *retrata*.

Si en la réplica que he comentado, la ciencia hu-biera ocupado el lugar de un ego desmelenado y el *fair play* desplazado al mal estilo, Vives Antón ha-bría hecho de ella un noble ejercicio de discrepan-cia y, sólo por eso, una buena forma de magisterio. Lamentablemente no ha sido así. Ni una cosa ni otra, puesto que prevaleció al escribir la misma víscera oscura que antes había presidido la lectura del texto *criminalizado*. Una lástima.

⁹² *Ibidem*, pág. 289.

⁹³ Hay que decir que Vives Antón ya dio un amplio anticipo, no menos encendido, de su ulterior explosión escrita, al hablar del *non bis in idem* a los asistentes a un curso de Plan Estatal

de Formación del Consejo General del Poder Judicial, celebrado del 3 al 5 de marzo de 1992. Por cierto, que aquéllos todavía no han salido de su asombro y se preguntan por mi relación con el asunto. Con el asunto del *non bis in idem*, claro.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

NOVEDADES



VOL. I

Autobiografía intelectual. El Imperio Británico. Derecho constitucional comparado. El reino de Dios, arquetipo político. Mitos y símbolos políticos.

VOL. II

Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político. Las formas políticas en el Antiguo Oriente. Burocracia y tecnocracia y otros escritos. Las culturas del Libro. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Idea política y otros escritos. El Estado de partidos.

VOL. III

Artículos de Revista y otros escritos "menores"

- **ETICA CONTRA POLITICA: LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elías 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
- **LA JUSTIFICACION DEL CASTIGO.** Jerónimo Betegón
- **EL ACTO EJECUTIVO.** Andrés Betancor.
- **BEHEMOTH.** Hobbes
- **HISTORIA CRITICA DE LA REVOLUCION ESPAÑOLA.** Joaquín Costa
- **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1982-1985)**
- **EL SILENCIO DE LA ESCRITURA (2.ª Edición ampliada).** Emilio Lledó.
- **LOS SEIS LIBROS DE LA REPUBLICA DE BODINO TRADUCIDOS DEL FRANDES Y CATOLICAMENTE ENMENDADOS.** Gaspar de Añastro Isunza
- **LAS CONSTITUCIONES DE IBEROAMERICA.** Edición preparada por Luis López Guerra y Luis Aguiar
- **CULTURA, CULTURAS Y CONSTITUCION.** Jesús Prieto de Pedro
- **LA INCIDENCIA DEL SISTEMA DE FINANCIACION EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS DE LAS CC.AA.** Manuel Medina Guerrero
- **CONFLICTOS DE ATRIBUCIONES ENTRE ORGANOS DEL ESTADO.** Angel Gómez Montoro
- **LOS LIMITES DE LA COMUNIDAD.** Carlos Thiebaut
- **LAS RAZONES DEL DERECHO. TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.** (reimpresión). Manuel Atrenza
- **LA INFORMATICA Y EL ANALISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS JURIDICOS.** Mario G. Losano
- **EL INTERES COMUN.** Victoria Camps, Salvador Giner
- **LA AUTONOMIA PERSONAL.** Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires
- **SOBRE PRINCIPIOS Y NORMAS. PROBLEMAS DEL RAZONAMIENTO JURIDICO.** Luis Prieto Sanchis
- **LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.** P. Cruz Villalón; J. Jiménez Campo, L. Lopez Guerra; P. Pérez Tremps.

DISTRIBUCION Y VENTA EN LIBRERIAS • Dpto. de Publicaciones: teléf. 531 64 30

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

ESTUDIOS

El derecho como sistema de garantías*

Luigi FERRAJOLI

1. CRISIS DEL DERECHO Y CRISIS DE LA RAZON JURIDICA. EL MODELO GARANTISTA

Estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos. Distinguiré, esquemáticamente, tres aspectos de esta crisis.

Al primero de ellos lo llamaré *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia —pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España— numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz, en estos meses, un gigantesco sistema de corrupción, que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de estado paralelo, desplazado a sedes extralegales y extrainstitucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de los límites y los vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, la pérdida de contenido de la función parlamentaria, los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos.

El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es el de la inadecuación estructural de

las formas del estado de derecho a las funciones del *Welfare state*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la *crisis del estado social*. Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representa, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.

Hay un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la *crisis del estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía

* Ponencia expuesta en las jornadas sobre «La crisis del derecho y sus alternativas», organizadas por el Consejo General

del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992.

nia, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales, fuera de los confines de los estados nacionales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legítimos Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatistas de los derechos de ciudadanía, está por ahora poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario —directivas, reglamentos y, después del tratado de Maastricht, decisiones en materia económica e incluso militar— sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supranacionales.

Es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos.

Una lectura bastante difundida de semejante crisis es la que la interpreta como crisis de la misma capacidad regulativa del derecho, debida a la elevada «complejidad» de las sociedades contemporáneas. La multiplicidad de las funciones exigidas al estado social, la inflación legislativa, la pluralidad de las fuentes normativas, su subordinación a imperativos sistémicos de tipo económico, tecnológico y político y, por otra parte, la ineficacia de los controles y los amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos generarían —según autores como Luhmann, Teubner y Zolo— una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico. De aquí se seguiría un debilitamiento de la misma función normativa del derecho y, en particular, la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales, tanto de libertad como sociales¹.

Me parece que este diagnóstico podría responder a una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista: nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo. El paso irreflexivo del ser al deber ser —importa poco si en clave determinista o apologética— es el peligro que me parece está presente en muchas actuales teorizaciones de la descodificación, la deslegislación o de desregulación. No cabe duda que una aproximación realista al derecho y al concreto funcionamiento de

las instituciones jurídicas es absolutamente indispensable y previo si no se quiere caer en la opuesta y no menos difusa falacia, idealista y normativista, de quien confunde el derecho con la realidad, las normas con los hechos, los manuales de derecho con la descripción del efectivo funcionamiento del derecho mismo. Y, sin embargo, el derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto. Y nada hay de necesario en sentido determinista ni de sociológicamente natural en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos. No hay nada de inevitable y de irremediable en el caos normativo, en la proliferación de las fuentes y en la consiguiente incertidumbre e incoherencia de los ordenamientos, con las que la sociología jurídica sistémica representa habitualmente la actual crisis del estado de derecho.

Yo creo que el peligro para el futuro de los derechos fundamentales y de sus garantías depende hoy no sólo de la crisis del derecho, sino también de la crisis de la razón jurídica; no sólo del caos normativo y de la ilegalidad difusa aquí recordados, sino también de la pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el estado de derecho. La situación del derecho propia del *ancien regime* era bastante más «compleja», irracional y desregulada que la actual. La selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes que tuvieron enfrente los clásicos del iusnaturalismo y de la Ilustración, desde Hobbes a Montesquieu y Beccaria, formaban un cuadro seguramente bastante más dramático y desesperante que el que aparece hoy ante nuestros ojos. Y también entonces, en los orígenes de la modernidad jurídica, fueron muchas y autorizadas las voces que se levantaron contra la pretensión de la razón jurídica de reordenar y reconstruir su propio objeto en función de los valores de la certeza y de la garantía de los derechos: basta pensar en la oposición de Savigny y de la Escuela histórica a los proyectos de codificación y, desde una perspectiva bien diferente, en la incomprensión y la infravaloración por Jeremy Bentham de la Declaración francesa de los derechos de 1789.

El problema representado por las múltiples formas en que ahora se expresa la crisis del derecho pone a la razón jurídica ante un reto que no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por los juristas ilustrados, al emprender la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición positivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los

¹ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, (1972), trad. it. de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1977, págs. 245-254; *id.*, *Il Welfare State come problema politico e teorico*, en *Trasformazione e crisi del Welfare State*. E. Fano, S. Rodotà y G. Marramao (eds.), Angeli, Milán, 1983, pág. 352; *id.*, *The Unity of the Legal System*, en *The Self-Reproduction of the Law* Actas del congreso sobre «Autopoiesis in Law and Society», Istituto Universitario Europeo, Florencia 1984; *id.*, *Some problems with «Reflexive Law»*, *ivi*; G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in*

the Welfare State, De Gruyter, Berlín-Nueva York 1984; *After Legal Instrumentalism?*, *ivi*; H. Wilke, G. Teubner, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexive Recht*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1984, 6, n. 1; D. Zolo, *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giapicchelli, Turin, 1993; *id.*, *Citadinanza democratica e quiurisdizione*, en curso de publicación en «Questione giustizia»

progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo estado liberal— como un sistema *artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Si en virtud de la primera característica, el «ser» o la «existencia» del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, «puesto» o «hecho» por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aun, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el «deber ser» del derecho positivo, o sea sus condiciones de «validez», resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos —igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su «deber ser», y no sólo su «ser»— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

Gracias a esta doble artificialidad —de su «ser» y de su «deber ser»— la legalidad positiva o formal en el estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que también ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar «*modelo*» o «*sistema garantista*», por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los

valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia, y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no sólo descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto².

2. RACIONALIDAD FORMAL Y RACIONALIDAD SUSTANCIAL EN EL PARADIGMA GARANTISTA DE LA VALIDEZ

Comencemos por la primera alteración producida por el modelo garantista en el esquema positivista clásico: la que afecta a la teoría del derecho. Según la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del derecho —de Kelsen a Hart y Bobbio— la «validez» de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es a mi juicio el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incompreensión de la complejidad de la legalidad en el estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas —habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional— no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.

Como es sabido, Hans Kelsen trató de resolver esta aporía afirmando la validez también de las normas, comprendidas por ejemplo en leyes ordinarias,

² Estas cuatro implicaciones del modelo garantista serán desarrolladas de manera más analítica y rigurosa en un trabajo de teoría del derecho de próxima publicación. Ahora puede consultarse: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Ro-

ma-Bari, 2.ª ed. 1990, págs. 348-362, 551-556, 898-922 (edición castellana en preparación por Editorial Trotta, Madrid); y *Note critiche e autocritiche intorno alla discussione su «Diritto e ragione»*, en L. Gianformaggio, *op. cit.*, apartados 1 y 3.

cuyos contenidos se encuentren en contradicción con normas superiores, como las constitucionales; estas normas, escribe, «permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine»³. De este modo, confunde la anulación con la abrogación y, lo que es más grave, calca el deber ser sobre el ser del derecho valorando, con una suerte de presunción general de legitimidad, todas las normas vigentes como válidas. Herbert Hart, de modo más consecuente, ha negado la validez de tales normas, situando las normas sustanciales sobre su producción en el mismo plano que las formales en materia de competencia; con el resultado, todavía más insostenible, de negar la existencia de las normas formal pero no sustancialmente conformes con las relativas a su producción y, en consecuencia, de calcar el ser sobre el deber ser del derecho y de desconocer como no vigentes las normas inválidas y sin embargo aplicadas hasta que se produzca su anulación⁴.

Estas aporías desaparecen cuando se abandona la concepción paleopositivista de la validez, ligada a una estructura simplificada de la legalidad que ignora la sujeción al derecho, no sólo formal sino también sustancial, de las fuentes de producción jurídica, en los ordenamientos dotados de constitución rígida. En efecto, la existencia de normas inválidas puede ser fácilmente explicada con sólo distinguir dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas: la que se puede llamar «vigencia» o «existencia», que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación; y la «validez» propiamente dicha o, si se trata de leyes, la «constitucionalidad», que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción.

Se trata, pues, de dos conceptos asimétricos e interdependientes entre sí: la *vigencia*, guarda relación con la *forma* de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de *correspondencia* de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación; la *validez*, al referirse al *significado*, es por el contrario una cuestión de *coherencia* o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción. En términos kelsenianos: la relación entre normas producidas y normas

sobre la producción es en el primer caso de tipo *nomodinámico* y en el segundo de tipo *nomostático*; y la observancia (o la inobservancia) de las segundas por parte de las primeras se configura en el primer caso como aplicación (o inaplicación) y en el segundo como coherencia (o contradicción). Carecería de sentido decir que una ley no promulgada o un testamento sin forma escrita son incoherentes o contradicen las normas formales que imponen la promulgación de las leyes o la forma escrita de los testamentos; así como no tendría sentido decir que una ley lesiva para el *habeas corpus* o para el principio de igualdad no es subsumible en (o no aplica) las normas constitucionales sustanciales que contradice.

El paradigma del estado constitucional de derecho —o sea, el modelo garantista— no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la «racionalidad formal» y la «racionalidad material» weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción a dos tipos de reglas diferentes de ambas dimensiones, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una «racionalidad formal»; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una «racionalidad material» orientada a fines, como lo sería la propia del moderno estado social. Todos los derechos fundamentales —no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones— equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fines* a que está orientado ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho.

3. DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

Se comprende —y con ello entro en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en

cita» de la primera por parte de la segunda en el mismo sentido en el que se afirma que una norma es implícitamente abrogada por otra sucesiva de significado incompatible *Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Turin, 1958, págs. 37-38, hay trad. cast. de E. Roza Acuña en *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991). De este modo, no queda claro si para Bobbio una norma semejante, cuya incompatibilidad se produce con una norma superior a ella por lo general precedente, existe (como para Kelsen) hasta su implícita abrogación por el intérprete, o no existe (como para Hart) al resultar implícitamente abrogada *ab origine*. En ambos casos queda sin explicitar el fenómeno de la norma inválida y no obstante vigente (o existente) hasta el pronunciamiento que determina su invalidez: que no consiste, en efecto, en una abrogación implícita por vía de interpretación asimilable a la de la norma en contradicción con otra norma sucesiva de nivel equivalente, sino de un acto de jurisdicción con el que (la existencia de) la norma inválida queda formalmente anulada.

³ H. Kelsen: *General Theory of Law and State*, (1945), trad. de E. García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pág. 137.

⁴ H. Hart: *The Concept of Law*, trad. de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, cap. IV, apartado 3, págs. 82 y ss. También Bobbio, como Kelsen, identifica la validez con la «existencia» y se priva así de la posibilidad de dar cuenta de la existencia de normas inválidas. Es cierto que distingue entre «validez formal» y «validez material», identificando esta última con la coherencia lógica de la norma «con otras normas válidas del ordenamiento» (*Sul ragionamento dei giuristi*, en «Rivista di diritto civile», I, 1955, ahora en P. Comanducci y R. Guastini, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1989, vol. II, págs. 167-169). Sin embargo, su identificación de la validez con la existencia y por tanto de la invalidez con la inexistencia, le construye, a propósito de la norma formalmente pero no sustancialmente válida por ser «incompatible con una norma jerárquicamente superior», a hablar de «abrogación implí-

el modelo paleopositivista— que una dimensión sustancial del estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales, constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial, no sólo en el derecho, sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que ayer Neil MacCormick hizo una apasionada defensa, es no tanto, como él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. En efecto, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido —las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez*— garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la «*democracia política*», que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse «*democracia sustancial*», puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizada por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.

Es claro que semejante estructura del estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia: a causa de la posible *incoherencia* generada por normas que resulten inválidas al contrariar prohibiciones impuestas por normas superiores a la esfera de lo decidible; o, a la inversa, por la posible *falta de plenitud* debida a la omisión de normas o de decisiones en contraste con obligaciones impuestas a la misma esfera. Estos son los dos posibles vicios del ordenamiento: las *antinomias* y las *lagunas*, determinados, respectivamente, en virtud de su diversa estructura, por los *derechos de libertad*, que consisten en *expectativas negativas* a las que corresponden límites negativos, y por los *derechos sociales*, que, a la inversa, consisten en *expectativas positivas* a las que corresponden vínculos positivos para los poderes públicos.

Ambos tipos de vicios son en alguna medida fisiológicos, y sería ilusorio suponer su total eliminación. Un estado constitucional de derecho es por su naturaleza un ordenamiento imperfecto, resultando impensable, a causa del fundamento nomodinámico de la vigencia de las normas, una perfecta coherencia y plenitud del sistema en sus diversos niveles. Es más: la posible imperfección es, paradójicamente, su mayor mérito. Una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas sólo sería posible si no se hubiera incorporado a las normas sobre la producción algún vínculo sustancial: que es lo que sucede en el estado absoluto —poco importa si políticamente democrático— donde cualquier norma existente, en cuanto producida en las formas establecidas por el ordenamiento, es por eso solo válida.

De este modo, a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponde una concepción asimismo formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia, que, puede decirse, representa el presupuesto de la primera; mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del «derecho inválido» o «lagunoso» —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.

De otra parte, los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas *garantías*. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfac-

ción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

4. EL PAPEL DEL JUEZ Y LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DE SU INDEPENDENCIA

Esta concepción de la validez de las normas en el estado constitucional de derecho, y al mismo tiempo de la relación entre las que he llamado «democracia política» (o «formal») y «democracia sustancial», se refleja además en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia. Esta es la tercera implicación del modelo garantista: los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de normas inválidas y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad, por parte de los poderes públicos.

En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa —dicho sea incidentalmente— entendíamos hace veinte años con la expresión «jurisprudencia alternativa», recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acritico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su reinterpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.

En esta sujeción del juez a la constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o justamente porque son— poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos. En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen. Este es el sentido de la frase «¡existen tribunales en Berlín!»: debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso la totalidad de los otros se uniera contra él, a absolver por falta de pruebas cuando la opinión general querría la condena o a condenar, cuando existan pruebas, aun cuando esa misma opinión quisiera la absolución.

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No deriva de la voluntad de la mayoría. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado «democracia sustancial». En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan —como la otra faz de la misma medalla— con el segundo fundamento de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso.

Aquí, de nuevo, no juega el principio de mayoría. Es más, no sólo resulta extraño, sino que está en contradicción con el fundamento específico de la legitimación del poder judicial. Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso, y sobre todo del proceso penal, las doctrinas «consensualistas» y «discursivas» de la verdad que —nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas)— algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones aberrantes que son las negociaciones de la pena. En efecto, ningún consenso —ni el de la mayoría, ni el del imputado— puede valer como criterio de formación de la prueba. Las garantías de

los derechos no son derogables ni disponibles. Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.

5. LA CIENCIA JURÍDICA Y EL RETO DE LA COMPLEJIDAD

La cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista es la que afecta al papel de la cultura jurídica. Y permite, a mi juicio, reaccionar frente al excesivo pesimismo alimentado, como he recordado al comienzo, por muchos análisis de la actual crisis del derecho.

Se ha dicho que incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el estado constitucional de derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal. Es cierto que estos vicios, más allá de tales límites, pueden llegar a ser patológicos y tienen el peligro de resolverse en una crisis de la democracia. Pero ello no depende de su supuesta incompatibilidad con las formas —en efecto, bastante más complejas que las paleopositivas y clásicamente liberales— del estado constitucional de derecho, como lamentan cuantos ven en ellos los síntomas de la crisis de la función normativa del derecho. Por el contrario, como he tratado de hacer ver, la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del estado democrático de derecho, que, por su naturaleza, excluye formas de legitimación absoluta y permite siempre, más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas y difíciles formuladas en sus normas constitucionales.

Lo que sí entra en crisis a causa del paradigma garantista es el esquema positivista tradicional de la ciencia y del conocimiento jurídico. Una legalidad compleja como la que aquí se ha ilustrado de forma esquemática, con los dos posibles vicios virtualmente unidos a ella, retroactúa, en efecto, sobre la ciencia del derecho, confiriéndole un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocidos para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas por las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento, o bien de elaborar y sugerir *desde fuera* nuevas formas de garantía aptas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al derecho vigente, el de la falta de plenitud le confía además un papel de elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez más vinculantes.

Que la incoherencia del ordenamiento haga de la *crítica del derecho* el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a que

pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de este conflicto —virtualmente generado por límites negativos, como los *derechos de libertad*, impuestos por las constituciones como condiciones de validez de las normas puestas en vigor— hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad: una presunción, como se ha visto, enormemente reforzada por las teorías de la democracia que identificaban el fundamento de la legitimidad democrática de las decisiones con el simple respeto de las reglas procedimentales sobre la forma mayoritaria del «quién» y del «cómo». Una vez caída semejante presunción, es precisamente el «derecho inválido» o «ilegítimo» producido por la contradicción con normas superiores a él, y por tanto por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido, dirigida a propiciar su anulación, lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica.

Por el contrario, la falta de plenitud atribuye a la ciencia jurídica un cometido, sobre todo, de innovación y de proyecto. El reconocimiento de las *lagunas* generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionales impuestas al legislador, indica, generalmente, no sólo una falta de normas, sino también de técnicas apropiadas de garantía. Es el caso de la mayor parte de los *derechos sociales* —a la salud, la educación, la subsistencia, la asistencia y otros semejantes— cuya desatención por parte del Estado no es reparable con técnicas de invalidación jurisdiccional análogas a las previstas para las violaciones de los derechos de libertad, y que requieren el establecimiento de técnicas de garantía diversas y normalmente más complejas. El paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos. En algunos casos —piénsese en el salario mínimo garantizado, las pensiones, la educación o la asistencia sanitaria gratuitas— la técnica garantista es relativamente simple, al fundarse en obligaciones *ex lege* de los poderes públicos. En otros casos, como todos aquellos en los que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción, no existe una técnica garantista o bien se da en formas bastante rudimentaria. En efecto, hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos, nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un estado social de derecho equiparable al viejo estado de derecho liberal y han permitido que el estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y con-

templán ahora como «crisis de la capacidad regulativa del derecho».

Además de la incoherencia y la falta de plenitud generadas por las violaciones, en positivo o en negativo, de la legalidad constitucional, hay un tercer vicio que he recordado al comienzo como el tercer aspecto de la actual crisis del derecho: la crisis del constitucionalismo, subsiguiente a la alteración del sistema de fuentes producida por el ingreso de fuentes de carácter internacional en nuestro ordenamiento. Es claro que la formación de un sujeto político nuevo como la Comunidad Europea, en cuyo marco se han instituido organismos ejecutivos cuyas decisiones prevalecen —o al menos lo pretenden— sobre las leyes y a veces sobre las constituciones de los estados miembros, lleva consigo el riesgo de deformar la estructura constitucional de nuestras democracias, que, como se ha visto, está en la base de la función misma del derecho como sistema de garantías. Pero esto quiere decir que hoy es tarea urgente de la cultura jurídica y política avanzar, como exigencia primaria e inaplazable, la estipulación de una constitución europea. Yo creo que está dentro de la misma lógica del actual proceso de integración europea, llegar, en más o menos tiempo, a la unificación jurídica de Europa y, quizá, a la emanación de una constitución europea. Pero depende de la cultura jurídica de nuestros países que esto se produzca a través de un proceso constituyente no confiado exclusivamente a la clase política, sino abierto a la aportación de los juristas —y no sólo de los juristas, sino en general de las fuerzas de la cultura y los movimientos sociales— y, sobre todo, rígidamente orientado a la salvaguardia y la garantía de los valores democráticos de nuestro tiempo: igualdad, derechos de libertad, derechos sociales, derecho al medio ambiente y similares. En particular, depende esencialmente de la cultura jurídica y politológica, que llegue a superarse la antinomia entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, que atormenta desde siempre la historia de los derechos fundamentales, y que éstos, sean finalmente garantizados, fuera del viejo esquema estatalista, también frente a sus estados.

En esta perspectiva, el compromiso por un constitucionalismo europeo se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos, si no tomamos finalmente «en serio» —según la feliz fórmula de Dworkin— la Declaración Universal de Derechos de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la «fortaleza Europa»; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay

coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma.

Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales, quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas. Ante todo, reconocer el carácter supraestatal de los derechos fundamentales y, en consecuencia, disponer, en sede internacional, garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus estados: un código penal internacional contra los crímenes contra la humanidad; una reforma de la actual jurisdicción internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los estados y de sus gobernantes por las violaciones de los derechos fundamentales de sus ciudadanos; un sistema de obligaciones internacionales impuesto para tutela de los derechos sociales también en los países más pobres; el desarme progresivo de los estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos⁵.

En segundo lugar, tomar en serio los derechos fundamentales quiere decir tener el coraje de disociarlos de la ciudadanía: tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, más que —como sucedió en el origen de los estados modernos— de inclusión e igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales. Es claro que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación, crearía problemas enormes para nuestros países, hoy asediados por la presión de la inmigración del resto del mundo. Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relecciones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el «*ius communicationis*», el «*ius migrandi*», el «*ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*», así como de «*accipere domicilium in aliqua civitate illorum*»⁶. Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido, y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el ham-

⁵ Cfr. sobre el particular: L. Ferrajoli, S. Senese, *Quattro proposte per la pace*, en «Democrazia e diritto», 1992, 1, págs. 243-257.

⁶ Francisco de Vitoria, *Relecciones de Indis recenter inventis* (1539), en *De indis et de iure belli relecciones*, ed. de Ernest Nys,

Oceana, Nueva York, 1964, III, 3-5, págs. 256-260. Para un análisis más profundo de las tesis de Francisco de Vitoria y del paradigma de legitimación por él inaugurado, cfr. mi trabajo: *La conquista dell'America e la nascita del diritto internazionale*, en «Mediana. Revista di storia e scienze sociali», n. 15, 1992.

bre hacia nuestros opulentos países, esos derechos, sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias.

La superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales, representa pues la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial. La crisis actual —de por sí saludable y en todo caso imparable— del Estado nacional puede ser afrontada, en esta dirección, sólo repensando los *topoi* del constitucionalismo, dentro y fuera de nuestros ordenamientos, y al mismo tiempo aquellos a los que hay que confiar la rigidez normativa de los derechos fundamentales y sus garantías. Es cierto que no cabe pensar en una reforma del sistema de fuentes que reproduzca la vieja jerarquía vertical basada en la primacía de las fuentes centrales sobre las locales y periféricas. Esta jerarquía, podría muy bien invertirse, para tutelar de las autonomías en todos los niveles, aunque fuera reservando una rígida preferencia de las normas que garantizan derechos fundamentales, sobre cualquier otra fuente.

Naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero, si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una «*garantía*»⁷: precisamente, como una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática —crítica y proyectiva— de la ciencia jurídica contradice el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimiento de un papel semejante como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social, si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es, sino en el que debe ser, «el objeto común de los que piensan»⁸ vuelve a ser «crítica del derecho»

existente y al mismo tiempo «ciencia de la legislación» y «ciencia de las constituciones».

Se puede muy bien seguir asumiendo, como tarea de la ciencia jurídica, la señalada por Norberto Bobbio hace más de cuarenta años, en un célebre ensayo de 1950⁹: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud —en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho— de hecho *no existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimismo excluida por la posible no producción de las normas o actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya colocación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente, no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vigente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional.

Se comprende que una ciencia jurídica así entendida limita y enlaza con la política del derecho; incluso con la lucha por el derecho y por los derechos tomados en serio. También puede suceder que una perspectiva semejante se base en una excesiva confianza en el papel garantista del derecho. Pero yo creo que, con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

⁷ La Gianformaggio: *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, en *id.*, *op. cit.*, págs. 24-27.

⁸ G. Filangieri, *La scienza della legislazione* (1783), en *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Tipografía della Società Belgica, Bruselas, 1841. Introducción, pág. 57.

⁹ N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en «Ri-

vista trimestrale di diritto e procedura civile», 2, 1950, págs. 342-367, ahora en *Diritto e analisi del linguaggio*, ed. de Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, págs. 287-324; en *Contribución a la teoría del derecho*, trad. y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 2.ª ed. 1990.

Autonomía individual y derecho a la propia vida*

Alfonso RUIZ MIGUEL

UNA TRADICION JURIDICA PATERNALISTA

Los conflictos entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal pueden ser de dos tipos: de una parte, *interpersonales*, cuando los titulares de uno y otro derecho son distintos individuos, como ocurre en la legítima defensa entre la vida del agresor y la autonomía del agredido o, según ciertos puntos de vista, en el aborto entre el derecho a la vida del no nacido y el derecho a la autonomía de la mujer; y, de otra parte, *intrapersonales*, cuando el conflicto se plantea entre los derechos del propio individuo, como ocurre con diversas formas de suicidio consumado o intentado —entendiendo por suicidio, en un sentido amplio, cualquier disposición voluntaria de la propia vida—, entre las que destacan la eutanasia consentida, la negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas, ciertos casos o estadios de drogadicción libre y consciente o, en fin, las huelgas de hambre hasta sus últimas consecuencias como forma de presión política o social. En estas páginas me refiero únicamente a los conflictos intrapersonales, con el objetivo de analizar críticamente los criterios jurídicos vigentes sobre ellos en nuestro sistema.

Dejando por un momento al margen lo que dice la Constitución —y lo que los tribunales vienen diciendo que ésta dice—, ¿existe un principio general en la legislación española sobre los conflictos intrapersonales entre la vida y la autonomía? Dentro de los márgenes de apreciación y error que este tipo de generalizaciones permiten, me inclino a pensar que el principio general de nuestra regulación legal ha venido siendo, y así continúa todavía, el de la primacía de la vida y de sus condiciones y correlatos, como la integridad física o la salud, aun contra la voluntad del propio afectado, es decir, frente al derecho a la autonomía individual. Ciertamente que nuestras leyes excluyen toda pena y, por tanto, privilegian la autonomía del afectado sobre su derecho a la vida y a la salud en dos casos relevantes: la tentativa de suicidio y el consumo de drogas. Pero se trata más bien de excepciones —y precisamente concedidas porque sería peor el remedio penal que la enfermedad— que vienen a reafirmar la amplitud de la regla general.

En efecto, sea por supervivencia de las influencias religiosas y tradicionales mantenidas por la legislación franquista y actual, sea por la pervivencia o la aparición más reciente de razones paternalis-

tas, de ahorro en gastos sanitarios y de seguros, de garantismo igualitario en favor de los peor situados socialmente, etc., el caso es que las siguientes regulaciones parecen configurar una regla general menos propicia a la protección de la autonomía individual que de la vida, la salud y la integridad física: la irrelevancia penal del consentimiento en las lesiones, sólo excepcionada para casos de trasplantes de órganos, esterilización y cirugía transexual en cuyo consentimiento no intervenga precio; la prohibición del auxilio al suicidio (que, por ejemplo, no es delito en el código penal de la ex Alemania occidental y que en Suiza sólo lo es cuando hay «motivaciones egoístas» por parte de quien auxilia); la igual pena para el homicidio-suicidio que para el homicidio simple; la prohibición penal de cualquier tráfico de drogas incluso entre adultos; la sanción penal para el empresario por no exigir el cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene laboral y la propia previsión del incumplimiento de tales obligaciones por parte del trabajador como posible causa de despido; la interpretación del delito de omisión del deber de socorro incluyendo en él el deber de ayudar a quien se sabe que no desea ser socorrido; la indisponibilidad del proceso penal en todos los delitos contra la vida, la salud, etc.; la exclusión expresa por parte del artículo 10, números 6 y 9, de la Ley de Sanidad del derecho del paciente a consentir el tratamiento y a negarse a él «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»; las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y el alcohol; o, en fin, la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad en los automóviles y del casco en las motos.

El Proyecto de Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1992 parece venir a mantenerse dentro del mismo marco, pues no se puede decir que revise sustancialmente la regla general anterior. Aparte, naturalmente, de la suavización general de las penas, sólo modifica dicha regla muy morigeradamente: manteniéndose como delito el auxilio al suicidio, sólo se produce una fuerte atenuación de la eutanasia consentida en enfermedades terminales o insuportables, así como también se atenúa la pena del homicidio-suicidio en relación con la del homicidio simple y la pena de las lesiones consentidas respecto de las no consentidas.

Si el principio general de nuestra legislación pa-

* El presente texto es parte —la parte más relacionada con los aspectos jurídicos— de una investigación en curso sobre eutanasia y suicidio desde una perspectiva filosófico-jurídica. Una versión ampliada se publica en la *Revista del Centro de Estudios*

Constitucionales, n. 14, 1993. Entre las personas que lo han leído, Juan-Carlos Bayón y Liborio Hierro han evitado algunos errores y puntos oscuros, pero mi agradecimiento a todas ellas no imputa responsabilidad alguna sobre los que todavía puedan restar.

rece ser la primacía de la vida, así como de la integridad física y la salud, aun contra la voluntad del propio afectado, corresponde ya preguntar cómo encaja ese principio en el conjunto de los valores, principios y derechos establecidos en nuestra Constitución. Por mucho que se presuma la constitucionalidad de las leyes vigentes, no resulta obvio que el principio general constitucional haya de ser la vida y no la autonomía individual. De un lado, la libertad, y no la vida, es uno de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico (art. 1.1), al igual que el artículo 10 sitúa a «la dignidad de la persona» y al «libre desarrollo de la personalidad» —referencias que la STC 53/1985, de 11 de abril, relaciona con la autonomía individual en su conflicto con la vida del no nacido— como «fundamento del orden político y de la paz social». Y, de otro lado, entre los «derechos inviolables» que también se mencionan en dicho artículo 10 figura no sólo el «derecho a la vida y a la integridad física», sino también el derecho a la integridad «moral» (art. 15), «la libertad ideológica» (art. 16) y el «derecho a la libertad» (art. 17). Como es evidente, de la interpretación del alcance de los anteriores valores, criterios y derechos depende el mantenimiento del principio de primacía general, aunque no absoluta, del derecho a la vida, construido de tal forma como jurídicamente irrenunciable, o su transformación en favor de una mayor virtualidad de la autonomía individual que admita, al menos en principio, la libre disposición de la propia vida.

¿Cómo ha fundamentado la jurisprudencia el acomodo realizado hasta ahora entre legislación y Constitución para primar tan decisivamente el principio general plasmado en nuestra legislación? Básicamente, aun con algunos leves matices, por el simple procedimiento de considerar a la vida como un valor supremo o, al menos, como un bien de superior rango que la autonomía y otros posibles derechos constitucionales en juego. Conviene verlo más despacio en los dos conflictos básicos que se han presentado ante los tribunales españoles: el conflicto entre la vida y la libertad religiosa planteado por las negativas de los testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas y el suscitado por la huelga de hambre de los GRAPO de fines de 1989 y principios de 1990.

LA STS DE 27 DE MARZO DE 1990: VIDA Y LIBERTAD RELIGIOSA

Respecto de la negativa a recibir transfusiones de sangre por razones religiosas, parece firmemente asentada la tajante exclusión del derecho a objetar tales transfusiones a mayores de edad (y, por supuesto, *a fortiori*, a menores). En efecto, los Autos del TS de 14 de marzo de 1979 y de 22 de diciembre de 1983 —este último confirmado por el Auto del TC 369/1984, de 20 de junio— excluyen toda responsabilidad del juez acusado de coacciones por haber autorizado la transfusión forzosa a testigos de Jehová mayores de edad. No carece de interés señalar que el Tribunal Constitucional acepta la argumentación del juez de que la concurrencia del tipo de las coacciones resulta excluida en este tipo de casos por existir la autorización legal de la Ley Or-

gánica de Libertad Religiosa, que alude a la salud como límite al derecho a tal libertad. Es materia de conjetura, ya que no hay justificación alguna al respecto, por qué el TC no ha considerado necesario entrar a analizar si ese límite legal, tan genéricamente formulado, es conforme al contenido esencial del artículo 16.1 de la Constitución, y, en especial, si el hecho de que se trate de la salud del propio interesado que no consiente un determinado tratamiento médico no establece en todo caso una diferencia que merezca, cuando menos, una referencia expresa, aun cuando desestimatoria.

Un pronunciamiento más reciente ha confirmado, ofreciendo una fundamentación, la anterior posición: la STS 27 de marzo 1990, que revisó un caso en el que una mujer, también testigo de Jehová, hospitalizada con múltiples heridas y recibiendo transfusión de sangre, había muerto tras la desconexión de la sonda por parte de un correligionario. La sentencia de instancia había condenado a este último por delito de imprudencia temeraria. Por su parte, la Sala Segunda —aparte de casar tal sentencia por haber calificado los hechos como imprudencia en vez de como homicidio con dolo eventual (tema que dejo a un lado)— no acepta la menor relevancia atenuatoria ni del consentimiento de la mujer afectada —que la sentencia da por otorgado, aun siendo sólo presunto— ni de las creencias religiosas de ella y del acusado. El tratamiento que, en sus dos sentencias, esta resolución del TS impone a la libertad en general y a la libertad religiosa en particular merece un cierto comentario.

Ante todo, la sentencia considera las creencias morales y religiosas del acusado únicamente en relación con la alegación de error de prohibición, si bien para terminar negando su concurrencia porque el acusado «conocía» el carácter ilícito de su comportamiento desde el punto de vista de las normas ético-sociales y jurídicas vigentes (primera sentencia. FD 2º). Formulada de este modo la contraposición entre las normas del Derecho y la moral socialmente vigente y las exigidas por la moral personal o la conciencia individual, esta última queda despejada de antemano fuera del marco de la licitud jurídica, que únicamente podría excusar la conducta en cuestión por una radical falta de conocimiento. De ahí que la decisión del TS en ningún momento tenga en cuenta, ni siquiera para discutirlo y terminar denegándolo, el alcance de la libertad religiosa como posible causa de justificación, aun incompleta, por el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho del 8.11 del Código Penal. Simplemente, tras dar por supuesta la preeminencia absoluta del derecho a la vida sobre esa y otras libertades y derechos, lo más que llega a reconocer en la segunda sentencia es que las creencias religiosas de los testigos de Jehová son tan dogmáticas y rígidas y dan lugar a un tan «ferviente y radical altruismo» que hacen aplicable la atenuante muy cualificada de obcecación y estado pasional (FD 3º).

Pero lo más llamativo, en mi opinión, no es tanto lo que la resolución no considera o desestima como la razón última en la que fundamenta su decisión. La primera sentencia no se limita a establecer la primacía de la propia vida sobre la libertad (genérica o religiosa), lo que habría bastado para excluir la re-

levancia del consentimiento —que, según dice, cuando «afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz» (FD 2º)—, sino que otorga en general al derecho a la vida una «preeminencia absoluta [...], por ser el centro y principio de todos los demás» derechos (*ibidem*; subr. mío). De esta posición se deduce la categórica doctrina, extensible a otros muchos casos, y muy diferentes de los considerados en la sentencia, de que la vida es un derecho que debe prevalecer sin excepciones en el conflicto con cualquier otro derecho, doctrina ésta que no deja de tener un fuerte apoyo, aunque el TS no lo diga, en la afirmación de la STC 53/1985 de que la vida «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye un derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ 3; subr. míos).

LA STC 120/1990, DE 27 DE JUNIO, SOBRE ALIMENTACION FORZOSA A LOS GRAPO

El segundo caso que he propuesto comentar, planteado por la huelga de los GRAPO, ha recibido varios pronunciamientos del TC, todos ellos sustancialmente idénticos, en las sentencias 120/1990, de 27 de junio, y 137/1990, de 19 de julio, que resuelven de forma prácticamente idéntica sendos recursos de distintos presos del GRAPO en huelga de hambre contra su alimentación forzosa, así como en la STC 11/1991, de 17 enero, que acepta un recurso de amparo del Ministerio Fiscal contra la decisión de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, confirmada por la Audiencia Provincial, de prohibir el tratamiento forzoso de otro preso en huelga de hambre. Tomaré como referencia la primera de las tres sentencias citadas porque, además de ser el modelo de las otras dos, contiene dos relevantes votos particulares que deben ser tenidos en cuenta. Entre los diversos aspectos merecedores de comentario, me limitaré a los dos que me parecen más importantes: en primer lugar, el alcance general de la sentencia y su interpretación del derecho a la vida y, en segundo lugar, el valor que concede a la autonomía individual. Dentro de este último punto, en fin, consideraré el método seguido por la sentencia, la distinción que propone entre la libertad para fines lícitos y para fines no amparados por la ley y el concepto del derecho a la libertad que el Tribunal Constitucional parece manejar.

Las dos líneas de la sentencia: del caso concreto a los principios generales

El alcance general de la sentencia es una cuestión difícil y abierta porque en ella hay una primera y profunda ambigüedad, por no decir escisión, entre dos líneas diferentes: una por la que el TC tiende a restringir sus criterios al caso concreto en exclusiva y otra por la que los argumentos que utiliza para fundamentar la mayoría de tales criterios tienen un alcance general que sobrepasa aquel caso específico. Antes de entrar en su análisis más detallado, di-

cha ambigüedad puede verse de manera resumida en el FJ 2 de la STC 11/1991, que refleja sintéticamente la doble línea argumentativa de la STC 120/1990: de un lado, la existencia de una relación de sujeción de los presos que impone deberes a la Administración penitenciaria y, de otro lado, el alcance del derecho a la vida como derecho con «contenido de protección positiva» que excluye el derecho a morir salvo como mero *agere licere*.

En la primera línea, la STC 120/1990 declara expresamente su atenuamiento estricto «al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden», para determinar sólo «si la resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución» (FJ 5). Con ello, sin duda, da a entender que no pretende sentar doctrina sobre supuestos más o menos similares, como podría ser la de ciertos tratamientos médicos no consentidos por parte de personas conscientes, o, incluso —aunque la sentencia no alude a ello—, el de ciertas formas de eutanasia voluntaria. Esta línea argumentativa puede apoyarse en la afirmación de que los presos se encuentran en una «relación especial de sujeción» que, de un lado, otorga a la Administración la potestad de mantener una medida potestativa y legítima (la dispersión de los presos del GRAPO en diferentes centros) frente a la libertad del preso de arriesgar la vida para oponerse a tal medida (FJ 7) y, de otro lado, impone a la Administración un deber de velar por la vida y salud de los presos que prevalece sobre el derecho de éstos a consentir el tratamiento médico (FJ 8).

Tal vez quepa pensar que el reflejo de los anteriores deberes y potestades administrativas es la situación de libertad de los ciudadanos en situaciones que no son de sujeción, pues el TC añade que las limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa [...] *podrían* resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas (FJ 6; subr. mío);

una idea que viene confirmada en la propia sentencia cuando vuelve a afirmar que «podría» ser ilícita la interferencia frente a «quien asume el riesgo de morir» (FJ 7). Sin embargo, en ninguno de estos dos casos resulta claro si el condicional *podría* alude a una mera cautela en la formulación de un criterio general de carácter constitucional que implícitamente se llama a modular conforme a las circunstancias concretas o si expresa una más profunda duda, y por ello una falta de compromiso, a propósito de la existencia y pertinencia constitucional de tal criterio. Esta alternativa no resulta fácil de resolver porque si la primera hipótesis es congruente con esta primera línea argumentativa de la sentencia, la segunda línea —a la que me referiré a continuación— inclina a apoyar más bien la última hipótesis.

En la otra línea de la sentencia, y contrapesando radicalmente la anterior, el TC hace una serie de consideraciones generales sobre el derecho a la vida que sin duda tienen un alcance que va mucho más allá del caso concreto de los presos en situación de sujeción especial respecto de la Administración. En efecto, dice la sentencia que «el derecho

fundamental a la vida» del artículo 15 de la Constitución, según fue ya interpretado en la STC 53/1985, obliga a una protección positiva por parte del legislador «que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte»: así, aunque la posibilidad fáctica de producir la propia muerte «constituye una manifestación del *agere licere*», tal libertad

es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho [a la vida], por lo que, en suma, «no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte» (FJ 7).

Es conforme a estos principios generales, que a duras penas cabría referir sólo a personas en situación de sujeción administrativa especial, como el TC puede desechar que la alimentación forzosa degrade el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, derecho

mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados motivos y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional (FJ 8).

Pues bien, tal justificación no estriba sólo ni sobre todo en que los recurrentes estén en situación de sujeción especial o en que la legislación penitenciaria establezca el deber de la Administración de velar por su vida, que malamente podrían ser por sí solas razones adecuadas para limitar un derecho constitucional, sino —como no podía ser menos dados los presupuestos anteriores—, porque, como dice el TC recogiendo citas literales de la STC 53/1985, tal asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ 8).

En este punto, como puede verse, la argumentación alcanza una generalidad y categoricidad que recuerda la antes citada sentencia del Tribunal Supremo y que parece conducir a la idea de que, no ya únicamente ante el simple suicidio, sino también ante la eutanasia voluntaria, la negativa a recibir transfusiones, los tratamientos médicos obligatorios en situación de riesgo vital cierto y casos similares, no sólo no cabe alegar un derecho a morir constitu-

cionalmente protegido, sino que el Estado se encuentra obligado a proteger positivamente la vida con independencia del consentimiento del afectado, de forma que una ley que viniera a reconocer la relevancia de la voluntad y la autonomía de la persona seguramente sería contraria al artículo 15 de la Constitución.

Ahora bien, la anterior conclusión resulta inconsistente con la especificidad que la sentencia quiere dar a los internos en situación de sujeción especial y con la acotación antes aludida que el Tribunal Constitucional añade enseguida de que no es lo mismo «usar de la libertad para conseguir fines no amparados por la ley», con la pretensión de forzar a la Administración desde una situación de sujeción penitenciaria, que

la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso *podría* sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad (FJ 7; subr. mío).

Acaso tal inconsistencia explique ese intrigante *podría*, que ahora cabe concluir que alude seguramente a la eventual pero incierta licitud constitucional de una legislación que estableciera derechos de rango meramente legal sobre la disposición y puesta en riesgo de la propia vida: porque aun entendiendo que las referencias al deber positivo de protección estatal de la vida sirven sólo para excluir que exista un derecho constitucional a la propia muerte, pero sin llegar a establecer su categórica prohibición constitucional, la existencia de tal simple permiso es difícilmente justificable si se considera a la vida como «valor superior» y «supuesto ontológico» de los demás derechos.

En suma, corroborando el dicho anglosajón *bad cases make bad law*, a la ambigüedad entre las dos grandes líneas de la sentencia, la relativa a los presos en situación de sujeción especial y la relativa al derecho a la vida en general, se añade la ambigüedad en la propia consideración de este último derecho. Esta segunda ambigüedad puede y debe analizarse de manera más detallada desde el punto de vista del otro derecho en concurrencia en el caso, la libertad entendida como autonomía personal: ¿cuál es el alcance y naturaleza de la libertad en relación con la disposición de la propia vida? A discutir varios de los aspectos de ese problema se dedican las páginas que siguen.

El valor de la autonomía personal

Las ambigüedades que alrededor del derecho a la vida manifiesta la sentencia vienen confirmadas y aumentadas en su tratamiento del otro derecho básico en juego, la autonomía personal, donde la posición del TC es digna de preocupación por tres aspectos en buena medida relacionables: su método no liberal, su discutible desprotección de toda libertad para los que llama «objetivos no amparados por la ley» y su poco clara concepción sobre la relación entre libertad y derechos.

Un método jurisprudencial restrictivo e inverso al liberal: sobre el derecho general a la libertad

En primer lugar, es llamativo y rechazable el método que la sentencia utiliza para resolver el recurso, según el cual va eliminando alegaciones, una tras otra, conforme a un análisis específico e independiente de cada derecho examinado que recuerda a la táctica bélica del «divide y vencerás». Esta técnica, que acaso podría defenderse como una pura y aséptica consecuencia formal derivada de la regulación del recurso de amparo, en este caso al menos parece exceder con mucho ese formalismo hasta convertirse en parte protagonista y sustancial de la resolución. De tal modo, en primer término, y frente al proclamado y asentado criterio de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales, el análisis específico de cada derecho es de contenido más bien restrictivista, hasta el punto de que excluye en todo momento la existencia de cualquier criterio o principio general que ampare las actividades individuales fuera del estrecho marco que esa cicatera lectura deja. Pero en segundo término, y complementando la discutible técnica anterior, el TC se ha apartado del sensato criterio de la interpretación sistemática de la Constitución, puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, que evita su interpretación unitaria y global y, en concreto, toda conexión de los respectivos preceptos de la sección primera del capítulo II con otros evidentemente relacionados, como algunos del título preliminar (el art. 1.1 o el 9.3) u otros del mismo título I.

Así, la sentencia afirma que la «libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona», no está comprendida en el artículo 17.1, que se limita a proteger

la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales [...] y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones «de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles» (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero que «no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo» (FJ 11);

en realidad, parece identificarse aquí dos cosas diferentes: de un lado, la razonable tesis de que *minima non curat libertas*, o *minima non curat praetor*, esto es, de que todas las concreciones específicas de la libertad, muchas de ellas menores, no pueden ser objeto de protección constitucional (por la vía del amparo ni por ninguna otra), pues de lo contrario prácticamente cualquier iniciativa legislativa o admi-

nistrativa podría resultar inconstitucional (desde la prohibición de fumar hasta la reordenación del tráfico de vehículos en una ciudad); y, de otro lado, la desprotección de la libertad individual tanto en manifestaciones que pueden afectar a aspectos importantes de la autonomía personal, especialmente cuando entran en juego medidas estatales de carácter coercitivo, cuanto como conjunto amplio y sustancial de posibilidades de acción y de vida.

Y, precisamente, la sentencia 89/1987 es un precedente que pone de relieve la necesidad de revisar una doctrina deficiente y peligrosa, cuyos fundamentos son especialmente discutibles. También esta sentencia resuelve un recurso de amparo sobre derechos de determinados internos en prisión, a los que la Ley General Penitenciaria permite excluir de las comunicaciones especiales o *vis à vis* con familiares y allegados íntimos. El razonamiento fundamental del TC para rechazar el recurso, en vez de alegar la excepcionalidad de tal exclusión y su verosímil razonabilidad por razones de seguridad y similares, elabora toda una teoría general sobre la libertad protegida por la Constitución, que termina afectando tanto a los ciudadanos en general como a los internos:

Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones [íntimas] no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales que garantiza la libertad no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo. Aseguran que nadie puede ser privado de libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley (art. 17.1 C.E.) y protegen el ejercicio de libertades concretas (por ejemplo, arts. 19, 20, 21, 22, 27 y 28 C.E.) o de aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (verbigracia, artículo 18 C.E.) [...] el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido esencial de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas (FJ 2).

Difícilmente podría haberse elegido una manifestación de la libertad humana más inapropiada que la sexual para los propósitos restrictivistas del Tribunal Constitucional. Porque, en efecto, si semejante doctrina fuera aceptable resultaría jurídicamente posible para el legislador prohibir no sólo las relaciones de carácter homosexual entre adultos, sino las relaciones íntimas pre y extramatrimoniales, así como cualesquiera relaciones sexuales no estrictamente coitales, ejemplos de todo lo cual pueden encontrarse en Occidente en legislaciones pasadas y aún en la actualidad en algunos Estados federados de los Estados Unidos de América. Y no se diga que la sustancia de algunas de tales conductas puede ser salvaguardada acudiendo no al principio de libertad sino al de igualdad, porque, aparte de que, en efecto, ese principio sólo sería aplicable para excluir la prohibición de las relaciones homosexuales, lo verdaderamente injustificado en tal eventual prohibición

no estaría en que aplicaría dos medidas distintas, sino en la propia naturaleza de limitación a una libertad valiosa que comporta. Piénsese, por lo demás, que con semejante doctrina no existiría una garantía constitucional de otras manifestaciones valiosas de la autonomía individual de personas adultas no específicamente protegidas, como la utilización de anticonceptivos, el estar libre de restricciones sobre el máximo de hijos que se pueden tener, el negarse a un tratamiento médico incluso no vital, el residir fuera del país por razones profesionales, el consumir productos y formas de ocio que, como las bebidas alcohólicas o el juego, son susceptibles de un uso sin abuso, etc.

Ha de reconocerse que la naturaleza del control judicial y constitucional —que es más bien caso por caso que genérico, incluso en el análisis más abstracto propio del recurso de constitucionalidad de las leyes— hace difícil una consideración global o totalizadora del grado de libertad y autonomía individuales del que una sociedad disfruta en un momento determinado de su historia. De esta manera, y por la vía del poco a poco, tanto los ciudadanos como los jueces podrían ser prácticamente inconscientes de si van perdiendo la sustancia de la libertad y cómo y cuánto la van perdiendo. Pero sí, frente al método del TC en las dos sentencias citadas, se propicia una interpretación sistemática y coherente de la Constitución y se conectan los distintos preceptos que en ella se refieren a la libertad, las medidas que afecten de manera significativa a la autonomía personal podrían ser sometidas a un examen de constitucionalidad. Piénsese que tal autonomía está indisolublemente conectada, según el propio TC lo ha dicho en otras ocasiones, a la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10, precepto que también menciona «el libre desarrollo de la personalidad» como «fundamento del orden político y de la paz social» (así, la STC 53/1985, FJ 8), y que además debe interpretarse a la luz de la referencia al valor de la libertad que enumera en primer lugar el artículo 1.1 y corroboran más específicamente los artículos 9.2 y 16 y siguientes.

Desde el punto de vista del control de constitucionalidad, la interpretación anterior conduce, a mi modo de ver, a mantener la existencia en la Constitución Española de un principio general de libertad, con dos manifestaciones fundamentales: de un lado, la que consagra una reserva general de ley para establecer limitaciones a la libertad genérica de los ciudadanos, donde el segundo inciso del artículo 17.1 de la Constitución sería el mejor argumento en favor de la garantía de la exigencia en nuestro Derecho de contar con una cobertura legal previa a cualquier reglamentación administrativa (salvo para los reglamentos *ad intra*, siempre que, en efecto, sean realmente tales y no afecten a derecho alguno de los administrados); y, de otro lado, como ha propuesto Luis Prieto, la que garantiza un «derecho general de libertad», que impide al legislador establecer limitaciones a la autonomía de los individuos no suficientemente justificadas; en este segundo aspecto, el derecho general a la libertad vendría protegido —y me aparto de Prieto en esta colocación, según comentaré enseguida— por el primer inciso del artículo 17.1 y contaría con un contenido parale-

lo al del principio de igualdad del artículo 14, de forma que debería permitir someter a examen, y a un examen estricto en ciertos casos especiales, cualquier restricción seria de la autonomía personal de los ciudadanos.

La operatividad del principio como derecho fundamental depende de que, más allá de su carácter de criterio abstraído a partir de normas constitucionales como las citadas, su reconocimiento se haga residir específicamente en alguno de los preceptos de la Constitución que reconocen derechos. Así lo vio, a mi juicio con todo acierto, el magistrado Leguina Villa en su voto particular a la sentencia que se viene comentando, que viene a situarlo en el artículo 17.1. En efecto, aun sin mencionarlo expresamente como principio ni como derecho, en ese voto particular se parte de la afirmación de que la coacción,

aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás.

Y a partir de ese criterio, el voto particular proporciona excelentes argumentos para hacer residir como derecho en el artículo 17.1 de la Constitución el principio general de libertad:

La Sentencia niega que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limite la libertad personal de los recurrentes. Mi opinión es contraria a esta tesis. El artículo 17.1 de la Constitución reconoce a todos «el derecho a la libertad», entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como «libertad física» que protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos.

La colocación del derecho general a la libertad en el primer inciso del artículo 17.1 resulta sistemáticamente apropiada en relación con la otra vertiente del principio general de libertad, la relativa a la reserva general de ley, que vendría consagrada especialmente en el segundo inciso de ese mismo número. Y, por cierto, que la expresa inclusión en este inciso de la frase «y en los casos y en la forma previstos en la ley» sería redundante e innecesaria si fuera aceptable la reductiva interpretación avanzada por el Tribunal Constitucional de la libertad del primer inciso como mera libertad física frente a la detención y la prisión, pues ya el resto del artículo 17, así como el artículo 25, que se refieren a esas dos formas específicas de privación de la libertad, hacen las oportunas remisiones a la ley cuando es necesario.

Esa colocación del derecho general a la libertad en el artículo 17.1 me parece preferible a la tesis de Luis Prieto, que lo sitúa en el ámbito de «la libertad de conciencia implícitamente comprendida en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1». Aunque Prieto explica que la libertad de conciencia es «una libertad eminentemente práctica que consiste

no sólo en pensar y creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones», aun así tal precepto no me parece el mejor candidato que nuestra Constitución ofrece como fundamento de un derecho general de libertad. Aparte de que la vertiente práctica también puede predicarse de la libertad ideológica, tal vez más amplia que la de conciencia, restringir ese derecho general al ejercicio de la libertad de pensamiento no capta el elemento de configuración de la personalidad y la vida de cada individuo con arreglo a sus propios deseos que caracteriza a la autonomía *personal*, sin que sea necesario que dichos deseos respondan al tradicionalmente más exigente, bien que vagoroso, concepto de conciencia, asociado a la idea de deberes morales (y en tal sentido parece aceptarlo Prieto), y ni siquiera al más social y comprometido concepto de ideología, que se correlaciona con representaciones ideales socialmente compartidas y estructuradas en concepciones globales.

En todo caso, la configuración del principio general de libertad como derecho reconocido dentro de la sección primera del capítulo segundo de nuestra Constitución conllevaría la consecuencia de que, al igual que ocurre con el principio de igualdad del artículo 14, su protección no sólo sería ejercible a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, sino también mediante el recurso de amparo. De tal modo, y salvo casos que sería poco sensato plantear —precisamente aquellos de los que la libertad no debe preocuparse—, y que el TC podría rechazar a *limine*, la existencia de dicho principio tendría la consecuencia observada por Luis Prieto de «destruir o, cuando menos, atenuar la presunción de constitucionalidad que acompaña a todas las disposiciones legislativas y, en concreto, a las que imponen mandatos y prohibiciones». Además de anotar que ese efecto habría de afectar no sólo a las leyes sino también a cualesquiera normas y actos, administrativos o judiciales, merece la pena desarrollar la diferencia apuntada entre *atenuación* y *destrucción* de la presunción de constitucionalidad de los actos y normas limitativos de la libertad personal, que, con todo, me parece preferible formular de otra manera, mediante la diferencia entre el examen ordinario y el examen estricto de constitucionalidad.

El examen ordinario a propósito de la constitucionalidad de cualquier limitación a la libertad —que, insisto, se habría de realizar en todos los casos que no fueran clara o manifiestamente infundados— debería calibrar la *razonabilidad* del acto o norma en términos de protección o promoción no sólo de cualquiera de los derechos fundamentales, incluida la propia libertad individual de las personas, sino también de los demás derechos y bienes constitucionalmente reconocidos. En cambio, el examen estricto —que habría de exigirse en cuanto un acto o norma afecte a aspectos sensibles como las creencias religiosas, la ideología, la intimidad, etc., o, aun no afectándolos, en cuanto comporte las formas más graves de limitación de libertad, como la utilización directa de la coacción o la amenaza de sanciones penales—, supondría que la presunción favorable al mantenimiento de la libertad no podría ser destruida más que de probarse la *necesidad perentoria* de la

limitación a la libertad para la salvaguardia del núcleo básico de algún derecho fundamental o de algún valor constitucional esencial. Aunque ambos aspectos deben relacionarse con la exigencia de *proporcionalidad*, que es doctrina declarada del TC para la valoración de las limitaciones a los derechos fundamentales, el examen estricto forma parte de nuestro sistema jurídico constitucional efectivo a través de principios como el del contenido esencial de los derechos fundamentales y el de intervención mínima en materia penal. Únicamente sería preciso el reconocimiento expreso o, en todo caso, el uso claro del examen ordinario frente a las limitaciones de la libertad personal. Sólo con ello se podrá evitar el cicatero regateo en la interpretación de la libertad que es tan llamativo en la sentencia 120/1990 y, lo que es todavía más de temer, la exclusión de una reserva general por parte de la Constitución en materia de libertad que, como en el caso que aquí nos ocupa, deje escapar sin el debido examen importantes manifestaciones de la autonomía personal aparentemente no reconocidas de forma expresa en la Constitución.

Cabe insistir, con todo, en que el reconocimiento constitucional de dicho derecho general a la libertad no precluye necesariamente la posibilidad de que la ley establezca limitaciones justificadas, sea por su carácter razonable o sea por su interés perentorio, en caso de afectar a materias sensibles o de recurso a la coacción. En particular, dicho sea a modo de ejemplo, no es por completo excluible la constitucionalidad de la prohibición legal de las huelgas de hambre de presos y la correspondiente previsión de la alimentación forzosa, pues tal vez pueda apreciarse un interés perentorio en importantes exigencias de orden público, especialmente si se considera que tanto ceder a las peticiones de este tipo de huelguistas como abstenerse de toda ayuda para alimentarlos es previsible que tenga consecuencias muy negativas para el sistema político democrático, y no solamente en el caso concreto sino incluso en otras eventuales huelgas de esos mismos o de otros grupos de presos. No obstante —y esto es más bien lo que me inclino a defender—, también cabe poner en duda la perentoriedad de dichas exigencias, cuyos efectos negativos para la estabilidad y pervivencia del sistema democrático no se deben exagerar ni presumir o temer de forma tan genérica.

Una distinción ambigua e impugnabile: libertad para fines lícitos y para fines no amparados jurídicamente

En segundo término, para agravar aún más su restrictiva interpretación de la autonomía individual, el TC realiza la discutible distinción entre el uso de la libertad para fines lícitos y su uso para fines no amparados por la ley, por la que el segundo se reputa no protegible jurídicamente (FJ 7). Semejante distinción recibe cierta plausibilidad gracias a la ambigüedad de la expresión «fines no amparados por la ley», que puede querer decir dos cosas bien diferentes: de un lado, «fines legalmente prohibidos», caso en el que la distinción entre ellos y los fines amparados por la ley, así como las consecuencias de

ella derivadas, tienen completo sentido —siempre, claro, que la prohibición legal sea constitucional, por ejemplo porque no limite derechos fundamentales—, si bien entonces no es usual hablar de libertad (no se habla de libertad de matar, robar, evadir impuestos, etc.); y, de otro lado, «fines no expresamente autorizados», caso en el que, salvo que se defienda el principio totalitario de que lo que no está expresamente permitido está prohibido, la distinción entre tales fines y los no amparados por la ley carece de justificación.

De los dos significados anteriores, parece claro que los objetivos de la huelga de hambre de los presos del GRAPO —conseguir su reunificación en una sola prisión— no se encuentran en el primer caso, pues no se trata de fines prohibidos por la ley. Lo que la sentencia formula como «el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico» (FJ 7) podrá no estar amparado expresamente por la ley, pero en ningún caso está legalmente prohibido. No lo está como fin en sí mismo considerado, pues los ciudadanos no tienen prohibida la prosecución de ningún fin como tal, ni siquiera el de la reforma de la Constitución y, con mayor razón, el de conseguir cambios legislativos o actuaciones administrativas en uno u otro sentido. Naturalmente, la licitud no de los fines mismos aunque sí de la *búsqueda* de tales fines está sometida a la licitud de los medios empleados, pero parece claro que no es a este significado al que la sentencia pretende referirse.

Por supuesto, la licitud del fin de conseguir un cambio de criterio administrativo no es incompatible con la licitud de las potestades de la Administración. Más aún, aunque tales potestades fueran de ejercicio obligatorio —lo que probablemente no era el caso en el supuesto comentado—, la finalidad de que no se ejercieran pretendida por uno o varios ciudadanos sería perfectamente lícita siempre que se llevara a cabo por medios no ilícitos. De lo contrario, habría que considerar susceptibles de limitación los derechos de reunión, manifestación y asociación en la medida en que se usaran con el fin de cambiar una política gubernamental o una ley, por muy legítima que sea la actuación del Parlamento o del Gobierno, tanto en mantener una ley y en hacerla cumplir como en reformarla.

Así pues, el fin «no amparado» por la ley es simplemente un fin no autorizado expresamente pero tampoco prohibido, y las dificultades de esta posición se manifiestan en el confuso intento de la sentencia de presentar en términos jurídicos la dura alternativa a la que la huelga de hambre de los GRAPO enfrentaba al Estado:

en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligada a preservar y proteger (FJ 7).

Pero la expresión «en forma arbitraria» no resulta jurídicamente justificada, como he mostrado, ni por el fin de modificar la decisión del Estado ni por el me-

dio utilizado para ello, de modo que no se ve dónde reside «el injusto» de tal modificación. Y tan poco se ve que si realmente el Estado está obligado legalmente a «preservar y proteger» la vida de personas bajo su custodia aun frente a la voluntad de estos de permanecer en huelga de hambre, sobra absolutamente toda consideración a propósito del otro cuerno de la alternativa: si existe semejante obligación, por más que fuera expresamente legal el fin perseguido por los huelguistas de hambre —supongamos, que en una prisión se cubran efectivamente los puestos de personal sanitario legalmente previstos o que se ofrezca a todo interno trabajo propiamente dicho—, el Estado estaría obligado a alimentar forzosamente a los huelguistas.

Con todo, el párrafo tiene una interpretación distinta, que es la que seguramente le otorga verosimilitud desde una lectura no técnico-jurídica, por más que no sea propiamente lo que el TC dice: que al Estado le resulta difícilmente soportable el ser enfrentado a la alternativa de ceder a las peticiones de un conjunto de personas bajo la amenaza de que esas mismas personas se van a producir voluntariamente un daño a sí mismas. Ahora bien, la difícil soportabilidad de esa alternativa recibe una parte de su fuerza moral y psicológica precisamente del hecho de que la interferencia en la huelga de hambre mediante la alimentación forzosa no resulta palmariamente una obvia acción permitida o, todavía con menor razón, obligatoria ni desde un punto de vista moral ni, sobre todo, desde el jurídico. La otra parte de su fuerza, a mi modo de ver, la recibe de la discutible suposición —con la que los huelguistas de hambre han de contar necesariamente— de que la responsabilidad moral por los daños producidos por no ceder a las peticiones pasará al Estado de forma plena o, en todo caso, será relevantemente compartida por él. No es necesario analizar debidamente esta conclusión desde un punto de vista moral para caer en la cuenta de que, de aceptarse como fundamentación de la solución jurídica a la que llega el TC, su alcance sería mucho mayor del que allí se sugiere.

En efecto, supuesto que no existe una obligación de preservar la vida ajena mediante la alimentación forzosa —pues, como he indicado, si tal obligación existe sobra toda consideración a propósito de la presión que el huelguista hace en el obligado—, el problema reside en calibrar los efectos morales de la presión que cualquier huelga de hambre produce en terceros. Pues bien, si la presión bajo huelga de hambre tiene la virtud de hacer pasar en algún grado hasta el presionado la responsabilidad por los resultados dañosos de aquella, entonces, tanto si se acepta que el presionado debe sopesar la conveniencia de ceder a sus presiones en aras del mal menor como si se considera que es la huelga de hambre misma la que no puede constituir un derecho, una u otra solución rezará no sólo para quienes se encuentran en situación de sujeción, como los presos, sino también para cualquier ciudadano que sitúe al Estado en la alternativa de ceder o de alimentar forzosamente (el caso no es meramente académico, pues se recordará el del director de un ballet regional que se opuso a su despido por una Comunidad Autónoma mediante una huelga de

hambre). ¿O es que se podría admitir que el traspaso de responsabilidad al Estado es mayor cuando se trata de presos que en el resto de los casos? De todas formas, como ya se vio, el TC parece ser relictante, y con razón, ante la posibilidad de limitar tan drásticamente el derecho de los ciudadanos ordinarios a negarse a tratamientos médicos y si esa forma de paternalismo no es jurídicamente defendible, ello conduce a concluir que el argumento del traspaso de responsabilidad tampoco puede tener consecuencias jurídicas para los ciudadanos sometidos a prisión.

Libertad y derechos correlativos: *agere licere*, privilegios que no son derechos y norma general excluyente

El último grupo de argumentos de la STC 120/1990 que voy a considerar se refiere a la tesis de la correlatividad entre derechos subjetivos y deberes de abstención por parte de terceros, que la sentencia utiliza para negar que exista un «derecho» a morir (concepto en el que en adelante, por abreviar, incluyo también el de poner en serio riesgo la propia vida). Intentaré mostrar que, tanto por la poca claridad de las categorías utilizadas por el TC como por lo indeciso de las conclusiones que a fin de cuentas cabe colegir de ellas, tampoco en este tercer punto se puede decir que la sentencia adopte una posición favorable a la autonomía individual.

El TC afirma que todo derecho subjetivo implica «la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia» a su ejercicio por parte de terceros y, además, por supuesto, que en todo derecho fundamental tal posibilidad «se extiende incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho». De ahí que el

derecho a la vida [tenga] un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un *derecho de libertad* que incluya el derecho a la propia muerte.

El TC adopta así un significado restringido y exigente del término «derecho» —lo que en principio es perfectamente aceptable desde un punto de vista técnico—, para situar la posibilidad para una persona de «*fácticamente disponer* de su propia muerte» (subr. mio) en lo que llama el círculo de la libertad del individuo o del *agere licere*: así, la disposición sobre la propia vida, según el TC,

es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental (FJ 7);

no obstante, para complicar aún más las cosas, el TC dice en otro punto de la sentencia, a propósito ahora de la libertad ideológica del artículo 16.1, que tal libertad comprende no sólo una dimensión interna de derecho a pensar, sino

además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito *ni padecer la compul-*

sión o la injerencia de los poderes públicos (FJ 10; subr. mio).

Como puede verse, en la sentencia se deslizan al menos dos distintas ambigüedades (si no contradicciones) en la descripción de la noción del *agere licere*: primera, cuando se considera el suicidio a la vez como una posibilidad *fáctica* y, también, como un acto jurídicamente *licito*; segunda, cuando se habla del *agere licere* como esfera de libertad que en un caso —el suicidio— no da lugar a un derecho y en otro —la libertad ideológica— sí. Veámoslo por partes.

La dualidad entre actuar fáctico y actuar no prohibido podría suscitar la duda de si el TC trata la disposición sobre la propia vida como un hecho ajurídico o como un hecho regulado y conforme a Derecho. Estoy planteando así la vieja distinción entre el poder fáctico (*posse, can, können* = capacidad) y el poder normativo (*licere, may, dürfen* = licitud). Desde un punto de vista interno al Derecho, el poder fáctico puede ser considerado bien como una esfera no regulada, jurídicamente indiferente o, si acaso, lagunosa, bien como una condición para la existencia y la aplicación de las normas, en el sentido de que para regular una conducta con sentido es necesario que sea fácticamente posible (para prohibir matar debe ser físicamente posible matar, etc.). Sólo en este segundo aspecto, como condición fáctica de toda regulación, pero, naturalmente, no en el primero, la existencia de un poder fáctico es compatible con la existencia de un poder normativo (jurídico), que confiere una esfera de licitud en la que el individuo puede actuar normativamente con cierta cobertura por parte del Derecho, por mínima que sea. Pues bien, a mi modo de ver, en la medida en que en ningún momento la sentencia trata el asunto como una materia indiferente para el Derecho o como una laguna, parece razonable sostener que el TC está presuponiendo el segundo significado, de condición fáctica de toda regulación, y no el de esfera no regulada jurídicamente. Es decir, que considera a la libertad de matarse a sí mismo como una manifestación de licitud jurídica, de forma que el *agere licere* es un actuar lícito para el Derecho y no una mera posibilidad fáctica.

La otra dualidad plantea la pregunta sobre qué tipo de *agere licere* o actuar lícito es ese que, siendo manifestación de la libertad (de un «derecho de libertad», como el propio TC dice en el mismo FJ 7), no es sin embargo un derecho, y no ya fundamental, sino ni siquiera ordinario. Aquí parece claro, sea cual sea el grado de rigor en el uso de expresiones idénticas por parte del TC, que lo que éste afirma expresamente es que el supuesto derecho a morir no es estrictamente un derecho en el sentido de que esté correlativamente prohibida la interferencia ajena, incluida la de los poderes públicos, por más que cabe mantener —y recordar— la duda de si esa rigurosa situación jurídica es generalmente predicable o si ha de referirse únicamente a los presos en situación de sujeción especial, en la medida en que, «si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas», las limitaciones de terceros a aquel derecho «podrían» ser inconstitucionales (FJ 6). En todo caso, para el TC tiene sentido hablar de la capacidad de poner en

riesgo la propia vida como ejercicio de un *agere licere* que no da derecho a ello en el sentido de que obligue a terceros a respetar tal conducta y al Estado a garantizarla.

Así pues, resumiendo, el TC parece estar construyendo la esfera del *agere licere* relacionada con el «derecho» a morir como un ámbito de libertad jurídica pero no protegida como derecho, es decir, no protegida frente a interferencias ajenas que, por tanto, exijan la protección positiva del Estado a través de las sanciones y demás mecanismos jurídicos necesarios. ¿Es sostenible la existencia de esta categoría? Lo analizaré en dos aspectos, ambos de carácter técnico-jurídico: uno conceptual (de teoría general del Derecho) y otro jurídico-positivo (de dogmática jurídica).

Para empezar, y aunque pudiera parecer lo contrario, no hay ninguna objeción sólida desde un punto de vista conceptual a la idea de que puedan existir conductas (o situaciones jurídicas subjetivas) lícitas respecto de las que no existe ningún deber (ni positivo ni negativo) por parte de terceros, esto es, que no conllevan deberes correlativos. Los ejemplos pueden ser muy numerosos, muchos de ellos encuadrables en la esfera de las relaciones competitivas: aunque se les llame a veces «derechos» (en el sentido más amplio posible), situaciones como el derecho a (o la libertad de) elegir un trabajo y a tratar de conseguirlo, o como el derecho a buscar y obtener beneficios empresariales, no sólo no dan lugar a ningún deber jurídico de otros de proporcionarlos positivamente, sino ni siquiera a ningún deber de no interferir en su ejercicio, puesto que pueden ser lícitamente frustrados por la competencia deliberada de terceros que concurren en pretender lo mismo (sólo para formas de competencia ilícita existe prohibición, pero ésta establece precisamente el límite a partir del cual los derechos o libertades citadas dejan de ser tales, de modo que es dentro de la esfera de competencia lícita donde tales derechos concurren en distintas personas y pueden ser legítimamente frustrados). Y de estructura similar son —o podrían ser, si fueran reconocidos— el derecho a rechazar una transfusión cuando no existe la obligación para terceros de respetar en todo caso ese derecho, o el derecho al aborto cuando se concede a los límites de un derecho de «objeción de conciencia» sin límites, como ocurre en Francia, o, también, el «derecho» (que en realidad es una forma de impunidad) de la mujer a abortar en coexistencia con la prohibición de provocar abortos para terceros, como ocurre en algún Estado de los Estados Unidos.

Situaciones como las anteriores fueron teorizadas adecuadamente por Hohfeld bajo la categoría del «privilegio», que tiene al «deber» como opuesto o negación desde el punto de vista de la propia persona (es decir, que si una persona tiene el privilegio de hacer *x*, entonces no tiene prohibido hacer *x*, y a la inversa) y al «no-derecho» como correlato o equivalente desde el punto de vista de terceros, donde por «no-derecho» ha de entenderse la carencia de derecho por parte de terceros a propósito de que el sujeto haga *x* (es decir, que si A tiene el privilegio de hacer *x* respecto de B, B tiene el no-derecho de que A haga *x*, y a la inversa). Como bien vio Hohfeld, un derecho en sentido estricto es un privilegio

que además va acompañado de un deber correlativo de no interferir, pero cuando eso no ocurre, dándose entonces un mero privilegio y no un derecho en sentido estricto, los terceros tendrán a su vez el privilegio de interferir en la conducta de que se trate, aunque no el derecho a ello, que implicaría la prohibición correlativa de tal conducta. La situación del combate de boxeo o de cualquier juego competitivo, en la que los participantes *pueden* intentar golpearse y efectivamente golpearse o intentar marcar gol y efectivamente marcarlo, así como las relaciones de competencia económica y laboral, ejemplifican bien esta categoría del privilegio; otro ejemplo significativo que proporciona el propio Hohfeld es el derecho (privilegio, en su terminología) del inculpado a no declarar contra sí mismo, que, en efecto, no excluye la licitud de la pretensión del juez, el ministerio fiscal o la acusación privada de intentar provocar tal declaración no coactivamente, por ejemplo, señalando contradicciones, alegando que hay otras pruebas y que el silencio puede ser perjudicial, etc. (sobre lo anterior, cf. W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (1913), trad. cast. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, pp. 47 y 50-61).

Pero aceptar la posibilidad conceptual de la categoría del mero privilegio no compromete a gran cosa desde el punto de vista jurídico-positivo en relación con el «derecho» a morir: únicamente que, junto a la posibilidad abstracta de que un concreto sistema jurídico prohíba esta conducta o, por el contrario, la considere un derecho en sentido estricto, también cabe que la configure como mero privilegio. A primera vista, se diría que esta última es la opción seguida por nuestro TC en cuanto que considera la puesta en riesgo de la propia vida como manifestación del *agere licere* que no da lugar a un deber correlativo de no interferencia por parte de terceros y, por tanto, a protección estatal alguna. Sin embargo, si se analiza más despacio, la configuración de la situación normativa que presenta la sentencia es más compleja, sin corresponder por completo a la relación de concurrencia entre privilegios de diferentes sujetos, y —me temo— que al fin y al cabo termina por no ser coherente. Si la esfera del *agere licere* del ciudadano, tal y como es descrita en la sentencia, parece configurarse en general como un privilegio, en cambio, la interferencia por parte de la Administración penitenciaria mediante la alimentación forzosa no se formula como una posibilidad sino como una «obligación legal» de «velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia» que el TC reputa expresamente al art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Y aquí las cuentas ya no cuadran.

Por definición, si A tiene el deber de impedir que B haga *x*, B no puede tener el privilegio (y, por supuesto, tampoco el derecho) de hacer *x*. Ambos criterios son lógicamente incompatibles en el sentido de que no pueden ser realizados simultáneamente, pues equivalen a la proposición de un padre que le dice a su hijo: «Tienes mi permiso para ir al cine y estoy obligado a no dejarte ir.» Para evitar tal incoherencia, probablemente la interpretación más sensata de la sentencia es que intentar la propia muerte es un privilegio de los ciudadanos en general —lo

que significa que se les *puede*, también como mero privilegio, impedir esa conducta—, pero no de los presos en situación de sujeción especial, a quienes al menos la Administración penitenciaria les *debe* impedir dicha conducta y, en tal medida (aunque sólo en tal medida, pues no hay propiamente sanciones aparejadas), no actúan lícitamente o, si se quiere, es para ellos una conducta jurídicamente prohibida, esto es, que no pueden emprender sin esperar su obstaculización legal por parte del Estado. ¿Cuál es, entonces, la situación jurídica de otros terceros, en particular de los médicos que no participan de la precedente obligación por hallarse al margen de la Administración penitenciaria? En la interpretación anterior, parecen estar en la situación del simple privilegio, esto es, están simplemente autorizados a llevar a cabo la alimentación forzosa, de modo que, desde luego, no tienen prohibida tal interferencia pero tampoco se le impone de forma obligatoria, pudiendo negarse libremente a colaborar con el Estado.

Ahora bien, aceptando como más razonable la anterior interpretación de la sentencia, ¿se trata de una decisión jurídicamente correcta, consideradas las previsiones constitucionales y el resto de la legislación relevante? Además de la inadecuada interpretación del artículo 17.1 de la Constitución, conforme a las argumentos que antes se aportaron en relación con el derecho general a la libertad, resulta también muy discutible la propia argumentación que lleva a admitir al Tribunal que la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre se puede derivar de la obligatoriedad del Estado de velar por la vida y la salud de los presos. El voto particular de Rodríguez-Piñero ofrece un buen contrapunto a esa argumentación cuando afirma que la voluntariedad en la asistencia médica es un derecho fundamental que no puede entenderse limitado por la obligación genérica de la Administración de velar por la vida y la salud de los internos, pues la habilitación que otorga el artículo 25.2 de la Constitución a la Ley Penitenciaria para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos

ni de por sí justifica una limitación de derechos, que ha de ser razonable y proporcionada para ser constitucionalmente legítima, ni, en el caso concreto de la huelga de hambre, ha dado lugar, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, a una regulación específica. El silencio de la Ley sólo puede ser interpretado, también a la luz del artículo 25.2 C.E. como el reconocimiento de que en esta materia la situación del penado o del interno no ha de sufrir restricción alguna de sus derechos respecto a la situación de cualquier otro ciudadano en libertad.

No se deduce claramente de este texto si una hipotética prohibición legal de las huelgas de hambre de presos sería o no constitucionalmente razonable y proporcionada (sobre lo que ya se ha comentado algo antes a propósito del derecho general de libertad), pero donde hay una visión tajantemente opuesta a la de la mayoría del TC es en la aplicación al caso de la norma general excluyente «Lo que no está prohibido está permitido.» ¿Cuál de ambas posiciones es preferible?

No sería apropiado aquí discutir en detalle los múltiples aspectos complejos y problemáticos que presenta tal norma general excluyente. Es conveniente recordar, no obstante, que, como han mostrado conclusivamente Alchourrón y Bulygin frente a la pretensión de Kelsen (hasta la edición de 1960 de la *Reine Rechtslehre*) y de otros, dicha norma no es un principio jurídico-normativo necesario. Para aquellos autores, la alternativa básica es la siguiente: o bien el principio es una afirmación conceptualmente necesaria, que dice que en cualquier sistema jurídico lo no prohibido está permitido en el sentido en que «permitido» significa estrictamente «no prohibido», y entonces se trata de una verdad tautológica y universal, sí, pero trivial, que únicamente nos dice que lo no regulado no está regulado; o bien el principio es una norma jurídicamente existente, que afirma que las conductas que no están expresamente prohibidas se deben considerar permitidas, y entonces se trata de una norma contingente y empírica, que existirá o no según haya sido formulada o sea aceptada en un determinado sistema jurídico o en un sector de él (sobre lo anterior es básico C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, cap. VII).

¿Hasta qué punto está vigente en el Derecho español la norma general excluyente? Se puede afirmar con seguridad que no lo está en general, al menos en cuanto criterio relativo a cualquier posible conducta, incluyendo ámbitos como el de las relaciones de Derecho privado entre particulares o el de la actuación de la Administración. Hay dos sectores, sin embargo, en los que los principios de legalidad formal y de prohibición de la analogía *in malam partem* convalidan la existencia constitucional de una norma general excluyente en relación con las acciones de los ciudadanos: el Derecho penal y el tributario. Ha de observarse, con todo, que la operatividad especialmente garantizadora de la norma general excluyente en estos dos sectores procede no tanto de esa norma como tal, sino, de un lado, de su rango constitucional y, de otro, de la reserva legal y de la exigencia de taxatividad o concreción que la acompañan, que permite formularla como «Lo que no está *legal y taxativamente* prohibido está permitido para el ciudadano», o «Lo que no está establecido *expresa y concretamente* por ley como tributo no obliga al ciudadano».

Ahora bien, el problema que aquí se debate afecta al Derecho administrativo, donde la vigencia de dicha norma (como permisiva para el administrado) es más dudosa en general, pues —desde un punto de vista descriptivo al menos— la debatida cuestión de la existencia o no de una reserva general de ley en nuestro sistema deja en duda si la prohibición de que habla la norma general excluyente permisiva ha de ser de rango legal o basta que exista una norma reglamentaria que regule genéricamente una materia, esto es, si debe leerse como «Lo que no está legalmente prohibido está permitido» o como «Lo que no está reglamentariamente prohibido está permitido». Ciertamente, puede tenerse como descripción indubitada de nuestro Derecho que la Administración no puede realizar actos administrativos sin la habilitación de una norma general previa. Pero el

problema es que, aun dando por admitida la existencia de una reserva general de ley, y tanto respecto de los actos como de las normas administrativas, la vigencia del criterio de taxatividad y concreción no resulta tan clara como en el caso del Derecho penal o el tributario y, en todo caso, su exigibilidad parece ser en la práctica bastante más laxa.

Sin embargo, desde el punto de vista de una interpretación prescriptiva que dé razón de la manera más completa y aceptable del conjunto de nuestro Derecho en este punto, el voto particular de Rodríguez-Piñero apunta en la mejor dirección, pues su consideración de que la Ley Penitenciaria guarda silencio sobre la alimentación forzosa a los presos en huelga de hambre es más conforme que la posición opuesta con varios criterios relevantes de carácter constitucional: en primer lugar, con el de la identidad de razón para exigir taxatividad en el establecimiento de medidas coactivas de carácter penal y en el de la alimentación a la fuerza; en segundo lugar, con el principio de la interpretación expansiva de los derechos fundamentales; y, en tercero y más decisivo lugar, con el principio general de libertad que aquí se ha defendido como protegido por el artículo 17.1 de la Constitución, que en su segundo inciso exige forma legal para cualquier privación de la libertad. Así pues, la desconsideración que la sentencia hace de la norma general excluyente denuncia, una vez más, un punto de vista estrecho y discutible a propósito de las garantías constitucionales de la autonomía individual de los ciudadanos.

RECAPITULACION

Concluiré recapitulando críticamente las tres soluciones básicas teóricamente posibles ante los conflictos intrapersonales entre la vida y la autonomía, cada una de ellas sustentada en alguna medida por nuestra jurisprudencia ordinaria o constitucional.

En primer término, está la posición para la que no existe ni derecho ni privilegio de disponer de la propia vida, teniendo los terceros el derecho, así como, al menos los poderes públicos, el deber de interferir en tal caso. Esta es la solución general del TS conforme al criterio de la indisponibilidad de la vida, y, en principio, la del TC para los presos en situación de sujeción especial. Como solución general, se trata de una posición perfectamente posible desde un punto de vista técnico-jurídico, sea porque se sostenga que la vida no es un derecho sino un bien, sea porque se admita que no hay nada de contradictorio en la idea de derechos irrenunciables. Como posición específica, la argumentación del TC no sólo es desmesurada, debido a que muchas de sus observaciones generales más comprometidas eran in-

necesarias si lo que se quería era aceptar un régimen de excepción para las huelgas de hambre de reclusos, sino que contiene abundantes oscuridades y ambigüedades, cuando no incoherencias, seguramente como tributo a la vidriosidad tanto jurídica como moral y política del asunto resuelto.

En segundo lugar, como posibilidad abierta por una interpretación más generosa del artículo 17.1 de la Constitución, aparece la solución que configura la disposición sobre la propia vida como un derecho propiamente dicho, exento de la interferencia de terceros y protegido por el Estado. Esto es lo que, como hemos visto, la misma STC sugiere —sólo sugiere— para los ciudadanos en general, excluidos los que se hallan en situación de sujeción especial, cuando dice que la asistencia médica obligatoria o cualquier otro impedimento «podría» ser ilícita frente a «quien asume el riesgo de morir» (FJ 7; *vid.* también FJ 6).

En tercer lugar, entre las dos anteriores, también se ha formulado la posición para la que existe el privilegio, pero no el derecho, de producirse la propia muerte, que es compatible con el privilegio de terceros de interferir en esa situación. Esta es la solución del *agere licere* como esfera no especialmente protegida que cabe inferir como criterio general y más coherente de la STC 120/1990 para las situaciones genéricas de disposición de la propia vida, exceptuadas las dos anteriores, es decir, de un lado, la de las personas en situación de sujeción penitenciaria y, de otro lado, la de cualquier persona que se enfrenta a un tratamiento médico.

Ahora bien, de las tres anteriores, ¿cuál sería la mejor solución desde un punto de vista de política jurídica? Aparte de las dudas que legítimamente pueden alimentarse ante la posibilidad de legalizar abierta e indiscriminadamente conductas como las aquí comentadas —no se olvide, por ejemplo, que se ha defendido con buenos argumentos que la eutanasia debería estar jurídicamente tolerada, pero no a través de una regulación legal positiva, que establezca requisitos como la petición expresa ante testigos, uno o varios certificados médicos, etc., sino mediante la simple previsión de una eximente—, no creo que haya una única respuesta válida para todos los casos de disposición de la propia vida: interferir en el suicidio de una persona momentáneamente desesperada no es lo mismo que transfundir sangre forzosamente a un testigo de Jehová, como no es igual ayudar a morir a un enfermo terminal que así lo pide que provocar la muerte a una persona psicológicamente deprimida. Pero analizar estos y otros varios y complejos problemas que plantean las distintas formas de manifestación del «derecho» a morir exigiría ir mucho más allá del planteamiento general, más bien introductorio, desarrollado en las páginas anteriores.

La participación de los trabajadores en el proyecto comunitario de sociedad europea. Aplicación al sistema español

María Candelas SANCHEZ DE MIGUEL

I. INTRODUCCION

La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas ha sido objeto de regulación jurídica en los distintos países que forman la CEE, de forma diferente y en gran medida vinculado al poder sindical que en cada uno de ellos gozaban las organizaciones representativas de los trabajadores, es decir, de los sindicatos. En este sentido se puede señalar que no ha habido una legislación apriorística, sino que se han buscado diversas fórmulas que conectaban con los modelos sindicales existentes, y que permitirá al legislador fijar la forma de participación empresarial que más conviniera a la forma organizativa obrera.

El planteamiento de diversos modelos de participación de los trabajadores en el seno de las empresas, origina un fenómeno de rechazo en la negociación de un modelo único comunitario, siendo esta, entre otras, la causa de que la «Propuesta de V Directiva» en materia de Sociedades, que habría de regular los órganos societarios, no haya sido aprobada y la pretendida unificación legislativa en el seno comunitario haya tenido que realizarse prescindiendo de la misma, y quedando las legislaciones nacionales igual que antes de la armonización.

A raíz de la antes señalada dificultad, se han revitalizado los Anteproyectos de S. Europea (SE) que data de principios de los años setenta y que a través de los trabajos efectuados por el profesor Sanders pretendían crear un modelo único de sociedad anónima europea que permitiera la solución de múltiples problemas, que aún después de la armonización seguirían existiendo, tales como la nacionalidad conectada al domicilio, la personalidad jurídica de cada establecimiento según su inscripción registral, y, especialmente, la doble imposición en los actos de constitución o disolución de las sociedades.

En este sentido la SE resurge como respuesta a los problemas no resueltos por las Directivas Societarias, y especialmente por la no aprobación de la correspondiente a los órganos sociales y a la participación en los mismos de los trabajadores, y así en la Propuesta de Reglamento del Consejo, por la que se establece el Estatuto de Sociedad Europea (DOCE 16-10-89) se segrega la participación de los trabajadores a una Propuesta de Directiva (DOCE 16-10-89) en la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores.

El nuevo planteamiento introduce un elemento formal de gran alcance práctico, y es la diferencia de rango legislativo entre el Reglamento que regula el

Estatuto de la SE y la Directiva que regula la participación de los trabajadores ya que en el primer supuesto es de aplicación directa en todos los países comunitarios y la segunda necesita una norma de adaptación nacional, cuestión que inicialmente puede perjudicar a aquellos países, que como el nuestro, carecen de normativa y tradición al respecto con relación a las sociedades mercantiles, si exceptuamos la experiencia corta e ineficaz de las empresas públicas y Cajas de Ahorro. Sin embargo, adelante, que desde un análisis positivo, y en base a esa carencia, podría aprovecharse la realización de una norma nacional que fuera de aplicación no sólo a la SE, sino a todas las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su tipología.

Por último conviene señalar que la Propuesta Directiva sólo se aplicará a aquellas sociedades que revistan la forma de SE, y que si bien su constitución no es un fenómeno que se va a generar *ex novo*, ésta se debe de concretar a los fenómenos jurídicos que la Propuesta de Reglamento tipifica.

II. PROCEDIMIENTOS DE FUNDACION DE LA SOCIEDAD EUROPEA

La fundación de la SE se ha diseñado sobre operaciones jurídicas que implican concentración de empresas, superando los ámbitos nacionales o territoriales, a fin de reestructurar en un espacio más amplio, el de la CE, los factores de producción, que permitan una mejora social en los países en la que se sitúe, y además salvaguardando las normas de competencia de gran importancia en los fenómenos de concentración, por las prácticas abusivas que puedan acarrear.

El legislador comunitario ha considerado que el modelo sobre el que debe descansar la constitución de una SE es la sociedad de capital por acciones, y en este sentido, si bien en un inicio se eligió a la SA como modelo, en la actual propuesta queda abierta a cualquier tipo social, cuyo capital esté representado en títulos acciones, y tenga un valor mínimo, sin que suponga cerrar la ocasión de que las medianas o pequeñas empresas, PYMES, puedan también constituirse en SE.

En todo caso y como necesario, es preciso destacar que cualquier constitución de SE tiene que incorporar uno de los modelos de participación propuesto por la Directiva, siendo pues un requisito necesario para su válida fundación. Se entiende que esta necesidad es una contraoferta a las ventajas

que las sociedades que participan en la creación de la SE van a tener, especialmente en el campo fiscal y de movilidad de establecimiento, por lo que conviene sobre todo, en el último supuesto, un control de los trabajadores en las decisiones administrativas.

La Propuesta de Reglamento ha establecido los siguientes procedimientos de fundación:

1. Constitución por fusión

Se aplica en este supuesto de constitución el procedimiento de fusión por creación de una sociedad nueva en este caso la SE, siendo las características más destacadas de esta operación jurídica la disolución de todas las sociedades sin que se lleve a cabo la liquidación de las mismas, incorporándose el patrimonio activo y pasivo a la SE.

Dos cuestiones de gran importancia se regulan en este procedimiento, la situación de los accionistas en la SE y la protección de los trabajadores de las sociedades fusionadas. Con relación a los primeros se establece el canje de las acciones de las sociedades fusionadas por las de la SE pudiendo percibir una compensación en metálico del 10 por 100 como máximo del valor nominal de las acciones poseídas.

Por lo que respecta a los trabajadores de las sociedades fusionadas, será de aplicación la Directiva 77/187/CEE que regula los derechos de éstos en los supuestos de fusión y transmisión de empresas, sobre la base de defensa del puesto de trabajo en la Sociedad resultante de la fusión u otra forma jurídica que suponga el cierre total o parcial de empresas. Esta Directiva equipara a efectos de protección, la fusión con cualquier cesión contractual, en cuanto a las normas de contratos de trabajo o relaciones laborales, considerando a éstas dentro de los contratos de duración, y en consecuencia su cesión, con el resto de las obligaciones pendientes de ejecución, subsistiendo las condiciones pactadas por convenio, hasta una nueva negociación, no siendo posible, que la duración de estas condiciones sea inferior a un plazo de un año, artículo 3.2 Directiva.

Añadido a esta cesión de contratos se establece un derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores sobre unos puntos tasados tales como:

- a) Motivo del traspaso o fusión.
- b) Consecuencias previstas en la situación de los trabajadores, tanto jurídicas como económicas.
- c) medidas previstas a tal efecto, sobre la base de posterior negociación con los mismos.

Es necesario destacar que expresamente la Directiva, artículo 2.c), establece que los trabajadores que formen parte de los órganos de administración y control, como representantes de los trabajadores, no estarán legitimados a efectos de los derechos en ella establecidos, cuestión que me parece apropiada, la de no identificar representantes en los órganos de administración de las empresas, con los órganos de representación propios de los trabajadores, ya que los criterios de representatividad pueden diferir.

En el Dictamen efectuado por el CES se estable-

cía, con relación a los artículos sobre creación de SE mediante fusión que las medidas establecidas por la Directiva 77/187/CEE fueran incorporados, en parte, al Reglamento, especialmente los derechos de los representantes de los trabajadores, de información y consulta, incluso en el supuesto de creación de filiales comunes, al ser medidas jurídicas de gran impacto patrimonial.

El procedimiento de creación mediante fusión sigue el contenido legal establecido por las normas sobre sociedades anónimas, haciendo hincapié en la publicidad de los acuerdos y de las fases de la fusión, a fin de preservar los derechos de los acreedores, cuestión que en nuestro país ha reformado el TRLSA, artículos 233 y siguientes, así como los artículos 193 y siguientes del RRM, que a través de la exigencia de publicación en *BORM* establece una presunción de conocimiento por todos los terceros a las sociedades fusionadas.

Conviene destacar la importancia, como derecho supletorio, de la Directiva 78/855/CEE que regula la fusión y escisión de las sociedades mercantiles.

Por último, hay que decir que el Reglamento prevé la responsabilidad civil de los administradores o directores, que son los que asumen la dirección de la operación de fusión, sin que exonere de la misma el acuerdo de los informes presentados a la Junta General, extendiendo esta responsabilidad a los peritos que intervienen, en especial a los nombrados como evaluadores del patrimonio social.

2. Constitución de una SE holding

A efectos de la constitución de una SE se entiende por holding a la operación en la que se canjean las acciones emitidas como capital de la SE por las existentes en cada una de las sociedades fundadoras de la misma.

Este tipo de operación presupone que sólo podrán intervenir aquellas sociedades cuyo capital esté representado por títulos-acciones, quedando más limitada la participación de empresas que en el procedimiento anterior, al quedar excluidas formas societarias en uso, cual es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, comanditarias simples, etcétera.

También se altera el principio de la pluralidad en la titularidad de acciones, al ser titular de las acciones de las sociedades que han constituido la SE un único accionista, la propia SE, en este caso autorizado expresamente, quedando sin aplicación las normas nacionales que tuvieran prevista la disolución de las sociedades que devinieran a tal situación, de socio único.

Por lo que respecta a la intervención de los trabajadores en este procedimiento de fundación es de menor grado que en el supuesto de fusión, al no disolverse ninguna sociedad y en consecuencia mantenerse todas las empresas que forman dicho holding, quedando concretada la participación en un examen, junto con los administradores, de las consecuencias jurídicas, económicas o sociales de la constitución de la SE, sin que se delimite cuál sería el alcance de una oposición a tal medida, ni si va a existir un control posterior de los efectos que pue-

dan producirse puesto que la SE va a ser la que, a través de la titularidad de las acciones de todas las sociedades, lleve la dirección económica y de gestión de todas ellas, dándose con frecuencia, disoluciones de las que se consideren deficitarias para el grupo, con la consiguiente reducción de puestos de trabajo.

La única observación que se hizo a este procedimiento de fundación de la SE por el CES hace referencia a los derechos de los accionistas de las sociedades que participan en la SE, al considerar la posibilidad de que sigan siendo accionistas de sus respectivas sociedades y no exclusivamente de la SE, al considerar que no se haga entrega del 100 por 100 del capital sino una parte del mismo, el 50 por 100, que permite el control por la SE, a la vez que se mantiene la pluralidad de titulares de las acciones, y no un solo accionista, que como ya señalé, supone la contravención de normas nacionales.

3. Constitución de una filial común

Este procedimiento de constitución de una SE, supone el acuerdo ante diversas sociedades existentes, que a través de sus órganos de dirección proponen la creación en común de una nueva sociedad. No se prevé ninguna intervención de los trabajadores en el proyecto de fundación, al no ser en todos los supuestos necesaria la intervención de las Juntas Generales de cada una de las sociedades intervinientes, ya que la decisión corresponde al órgano administrativo, al no suponer jurídicamente alteración alguna en su estructura y funcionamiento.

Los problemas podrían plantearse si para la fundación de la SE se llevara a cabo una escisión parcial de su patrimonio, en cuyo caso sería necesaria la intervención de la Junta General, y aquí podría darse cabida a una intervención de los representantes de los trabajadores, puesto que el patrimonio empresarial va a ser reducido en la proporción de la participación en la SE. Sin embargo, conviene tener presente que tanto la Directiva 82/891/CEE sobre escisión de sociedades, como los artículos 2.52 y siguientes TRLSA español no hacen ninguna mención a los intereses de terceros, es decir, ni de los acreedores ni trabajadores, por lo que sería dudosa su intervención.

El resultado en este tipo de fundación será una SE participada por las sociedades fundadoras.

III. ORGANIZACION SOCIETARIA

La participación de los trabajadores está directamente conectada al sistema organizativo de la SE, y así dependiendo de los órganos existentes podrá efectuarse una participación en la dirección o en el control de la sociedad. La Propuesta de Reglamento no ha optado por un solo tipo de organización administrativa sino que recogiendo las distintas opciones nacionales, ha regulado los dos sistemas existentes, el monista, con un solo órgano de administración, y el dual, con un órgano de dirección y otro de vigilancia.

Al solo efecto de comprender los sistemas de par-

ticipación propuestos por la Directiva, voy a definir las líneas generales de ambos, destacando las diferencias prácticas que tienen en la incidencia patrimonial de la vida económica de la SE.

1. Sistema monista

El órgano único es el Consejo de Administración, que administra y representa a la SE, compuesto por un mínimo de tres consejeros, elegidos por la Junta General, que salvo agrupación, representarán a las mayorías de capital. Al ser un órgano colegiado requiere un funcionamiento formal, que incluye la elaboración de actas de sus reuniones, siendo de gran importancia éstas, para delimitar la responsabilidad de sus miembros.

Este tipo de órgano colegiado, en el que se interponían los representantes de los trabajadores, si resulta elegido para ello, puede delegar funciones en alguna de las personas que los componen, de ahí la importancia que tienen los derechos de información de todos los consejeros a fin de que en los asuntos que le competen, no revista opacidad en la información. El Reglamento establece como derechos de información los siguientes:

1. Reunión del órgano cada tres meses, para deliberar sobre la gestión de la SE y de todas las empresas que ésta controle.
2. Comunicación al presidente del órgano, por cualquier consejero, de todo acontecimiento, jurídico o económico que se produzca en el ámbito empresarial.
3. Petición por cualquier consejero de reunión del órgano, a fin de deliberar sobre asuntos societarios, siempre será obligatorio si es solicitado por un tercio de los miembros que lo compongan.
4. Todos los consejeros podrán tener conocimiento de cuantos informes, documentos e informaciones se efectúen a petición del Consejo de Administración.

2. Sistema dual

En este sistema se nombran dos órganos, con funciones distintas, un órgano de dirección que es el que representa y dirige a la SE y que es nombrado por el otro órgano, el de vigilancia, que es elegido por la Junta General, en el cual participarán los trabajadores, si es el sistema elegido.

El órgano de vigilancia no tiene poder de representación, ni de gestión, es decir, queda en una posición intermedia, entre la Junta General de quien recibe el mandato de vigilancia y control, del otro órgano, el de dirección, que va a quedar dependiente de éste por el nombramiento de sus miembros.

En este doble sistema de órganos se mantiene una permanente información sobre los asuntos que competen a cada uno de ellos, en especial, el órgano de dirección tiene que rendir información, al menos cada tres meses, de todas las gestiones efectuadas en la consecución del objeto social, pudiendo los miembros del consejo de vigilancia solicitarles informaciones complementarias o aclaracio-

nes de aquellas gestiones que no resulten satisfactorias.

En cualquier caso es necesario señalar que el órgano de vigilancia es el que efectúa el reglamento interior del órgano de dirección, a fin de que el procedimiento de relación entre ellos permita un efectivo control de la gestión efectuada.

3. Poder de representación

En función del sistema elegido, la representación recae de forma colegiada en el Consejo de Administración o de forma individual en el Órgano de Dirección, tanto en uno como en el otro supuesto el poder de vincular a la SE es un poder general, que abarca a todos los asuntos correspondientes al objeto social, sin embargo, el Reglamento ha establecido una enumeración casuística, en su artículo 72, sobre operaciones sujetas a autorización del Consejo de vigilancia, y que en uno de los modelos de participación corresponde a el derecho mínimo de información de los representantes de los trabajadores.

Los asuntos sometidos a necesaria autorización por el órgano de vigilancia, y de información por el órgano de representación de los trabajadores, son aquellos que o bien patrimonial u organizativamente inciden en gran manera en la estructura de la SE y son:

- a) Cierre o traslado de establecimientos o segregación de partes importantes de los mismos.
- b) Restricciones, ampliaciones o modificaciones importantes del objeto social de la SE.
- c) Modificaciones en la organización societaria.
- d) Realización de acuerdos de cooperación entre la SE y otras empresas, o si ya existieran, su cese.
- e) Creación de filiales o de una sociedad holding.

4. Responsabilidad civil de los miembros de los órganos de administración

Se regula con carácter general un régimen de responsabilidad civil de todos los miembros que forman los diversos órganos de administración, dirección o vigilancia, con carácter solidario e ilimitado, es decir, hasta los límites del patrimonio personal, por las faltas cometidas contra la sociedad que supongan un perjuicio, se entiende que patrimonial. El régimen de responsabilidad de los administradores se ha visto modificada en la legislación española, en el sentido de concretar más la calificación de las conductas que originarían tal responsabilidad, exigiéndose que los actos causantes del daño sean contrarios a la ley, los estatutos o sean sin la diligencia que el caso requiere (art. 133 TRSLA), mientras que en la propuesta de Reglamento de la SE se establece que serán conductas que supongan faltas contra la sociedad, quedando en este último supuesto más amplia la causa de responsabilidad contra los administradores. En todo caso es necesario el nexo de causalidad entre los conductos de los administradores y los daños patrimoniales originados a la SE.

Otra cuestión que llama la atención es la limita-

ción de la acción de responsabilidad a la acción social no regulándose la acción de responsabilidad individual, cuestión que supone que sólo la Junta General o el órgano de vigilancia, si éste existe, además de los accionistas que reúnan un 10 por 100 del capital de la SE podrán llevar a cabo su solicitud.

La acción social de responsabilidad es de contenido netamente patrimonial, evidenciándose la clara orientación, en esta materia por el legislador comunitario, frente a las acciones individuales que persiguen, en muchos casos, el restablecimiento de derechos políticos conculcados por la acción de los administradores, como ocurre con los derechos de voto en las Juntas Generales, o incluso a los derechos de información. En esta orientación patrimonialista, se reconoce dentro de la acción social la legitimación de los acreedores, sobre la base de impago de la SE de sus créditos, debido a la actuación de los administradores.

IV. MODELOS DE PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES

La propuesta de Directiva del Consejo por la que se complementa el Estatuto de SE en lo relativo a la posición de los trabajadores es la que regula los modelos de participación de éstos en los órganos de administración de la misma. Conviene recordar que el tratamiento legislativo, como ya señalé, ha variado desde la primera propuesta de Estatuto de 1970 a los posteriores, y en especial a la que está siendo en estos momentos objeto de debate.

La oposición dentro del seno de la Comisión a que se regulase en un mismo precepto ambas materias tiene un origen nacionalista de la práctica de la participación, especialmente en aquellos regímenes jurídicos en los que ésta era objeto de escasa regulación, e incluso de inexistencia práctica, países que como el nuestro, y a pesar del mandato Constitucional, artículo 129.2, y el Estatuto de los Trabajadores, sigue sin regulación, salvo en las empresas públicas, por acuerdo negociado sindicalmente.

La falta de acuerdo lleva a buscar alternativas que desbloqueen la negociación, y así se llega a la segregación en Directiva de la participación de los trabajadores, lo que posibilita que cada país establezca en su ley nacional, necesaria para la obligatoriedad de la misma, el modelo que más se adecue a sus necesidades o prácticas, o según mi entender el modelo que les permitan los sindicatos y las organizaciones empresariales, ya que no se puede olvidar que los modelos establecidos por la Directiva corresponden a los ya existentes en los países comunitarios, especialmente en Alemania y en Italia, y que son consecuencia de prácticas sindicales diferentes.

Lo que sí se pretende por la Directiva es garantizar una equivalencia de mínimos de participación en todos los países a los que va dirigida, sobre la idea de que la SE es una empresa comunitaria, que puede tener distintos establecimientos en cada país miembro, y en consecuencia las leyes nacionales pueden variar el modelo aplicable a cada uno de ellos, si bien, como luego examinaré, se pretende que en la constitución de la SE, se fije un modelo,

que supone que todas las empresas que constituyen la SE van a tener el mismo modelo de representación.

En esta misma línea, la Directiva impone con carácter obligatorio, que la constitución de una SE exige incorporar el modelo de participación para su válida constitución, artículo 3.2 PD (DOCE 16-10-89).

1. Determinación de la elección de modelo de participación

Como ya he indicado, se exige para la válida constitución de una SE la elección del modelo de participación que va a regir la gestión económica y administrativa. Esta materia ha sido modificada sobre la base del Dictamen efectuado por el Comité Económico y Social (DOCE 21-5-90) y que ha originado una Propuesta modificando la Directiva (DOCE 29-5-91).

Las modificaciones propuestas por el CES sobre la constitución de SE tiene como base filosófica una mayor participación de los trabajadores de las distintas empresas fundadoras, en especial en la constitución mediante la creación de un holding, ya que ésta puede afectar los intereses de los mismos en cada una de sus empresas. También se vela por los intereses de los accionistas, en cuanto que son las mayorías de capital representadas en los órganos decisorios las que van a decidir, quedando las minorías en una posición de inferioridad. El resultado de las propuestas, es una nueva redacción del artículo 3 Directiva, que resuelve algunos de los problemas que se observan en la antigua redacción, especialmente en la determinación previa a la constitución del modelo de participación.

Así se exige un convenio previo y por escrito, entre los órganos representativos de las sociedades fundadoras y los representantes de los trabajadores de los mismos, según se encuentre reconocido por ley o práctica. Es decir, se consagra la representación sindical existente en cada país, sin que sea necesario que esté regulada por ley siendo suficiente su existencia práctica de organismos de representación sindical.

Los representantes de los trabajadores podrán oponerse a la constitución de la SE, si consideran que perjudica sus intereses. Tanto la propuesta de modelo, como el rechazo a la constitución será presentada a las Juntas Generales de las Sociedades fundadoras, quienes deliberarán y aprobarán el modelo presentado, pudiendo, a falta de acuerdo, elegir al que más se acerque al propuesto por los trabajadores y al informado por el órgano de administración. En esta nueva redacción se da un papel decisorio a la Junta General, que debe considerarse que es el órgano competente en cada una de las Sociedades fundadoras para tomar el acuerdo de creación. En la práctica puede resultar complejo el convenio entre los trabajadores, dada la posibilidad de que en los países de los establecimientos no se dé coincidencia, en la representación de los trabajadores, y sobre todo, porque pueden primar los intereses particulares y no los generales de la SE creada.

2. Modelos integrados en la estructura administrativa de la SE

Este es el modelo, llamado alemán, en el que la participación de los representantes de los trabajadores se realiza integrada con los representantes del capital, es decir, de los accionistas, su larga aplicación posibilita un estudio detenido de sus resultados, que no siempre han correspondido a las expectativas esperadas, teniendo en cuenta que la participación numérica incide en los resultados de los órganos colegiados, y no siempre la información obtenida en los órganos de administración ha sido utilizada para una mejora en los trabajadores de las empresas.

El artículo 4 de la Propuesta Directiva regula dentro de la SE la participación en el órgano de administración, si el sistema societario es monista, como ocurre en nuestro país, y en el consejo de vigilancia, si es el dualista. Las diferencias prácticas no son efectivas, si bien jurídicamente en el segundo sistema se efectúa un control de la actuación del órgano de dirección, el nombramiento de éste por el consejo de vigilancia hace que exista una recíproca confianza entre ellos, lo que desvirtúa este sistema. Además en España el TRLSA sólo ha regulado un único órgano, lo que determina la participación en el Consejo de Administración, si resulta éste el modelo elegido.

Dentro de este modelo se pueden distinguir dos modalidades, sobre la elección de los representantes en los órganos de gestión:

a) Representación directa, que corresponde al modelo alemán, y que supone la elección directa por los trabajadores de las empresas de sus representantes, o por los órganos de representación sindical de los mismos. En este modelo se busca una proporcionalidad entre los representantes de los trabajadores y los del capital, que suele ir desde un tercio como mínimo a la mitad como máximo.

El artículo 4.1 recoge esta posibilidad, sin que se determine, el porcentaje, entendiéndose que se realizará éste por la ley nacional de cada país, donde éste no existiera.

b) Cooptación de los representantes por los órganos en los que se participa.

Este modelo, como variante del sistema anterior, es el que se regula en Holanda, y supone la libertad de nombramiento por el consejo de administración al órgano de vigilancia. En la Propuesta modificada de Directiva se produjo una mayor regulación de este sistema, artículo 4.2, al considerar que el solo derecho de oposición por parte de los trabajadores a los representantes nombrados no era efectivo, y así en el apartado a) se capacita a la Junta General (es decir, a los accionistas), y a los representantes sindicales de las empresas a realizar sus propuestas de candidatos, que deberán tener la misma oportunidad que las que pretendan cooptar los órganos. Además, en el supuesto de oposición, no podrán ser nombrados los representantes, si no media una autoridad administrativa, u otra instancia independiente, que dicte su falta

de fundamento, para ello la Propuesta de Directiva ha introducido tres causas de oposición:

- Incapacidad del candidato para cumplir sus funciones.
- Desequilibrio dentro en el seno de los órganos participados.
- Contravención del procedimiento regulado.

Como se puede ver este modelo en sus dos posibilidades, integra en la estructura empresarial a los representantes de los trabajadores, sin que se pretenda prejuzgar la capacidad de las personas nombradas para ello, sí conviene entender que la falta de medios económicos y de asistencia técnica dificultan la efectividad del mismo, sobre todo si no se da la necesaria conexión con los órganos sindicales que apoyen con medidas efectivas, la actuación de los consejeros.

3. Órgano propio

Es un modelo de representación separado de los órganos societarios, que permite la configuración del mismo según el modelo pactado entre los propios trabajadores, habiendo desaparecido en la Propuesta modificada, artículo 5.1, la necesidad de que la configuración del órgano propio venga establecido en los Estatutos de la SE.

En el órgano propio participarán los representantes de todos los centros, quedando un órgano similar al existente comité intercentros, sin que con ello se pierda la representatividad en el centro propio, permitiendo que éste se adecue a las normas nacionales de los países en los que estén situadas las empresas, lo que da origen a posibles diferencias, que hoy día ya hemos constatado en las empresas multinacionales.

Lo más importante de este modelo es los derechos mínimos que se le reconocen al organismo propio, y que en ningún caso, la posterior adaptación con las leyes nacionales podrá modificar. Se trata de un doble derecho:

- a) Derecho de información periódica que le será facilitada cada tres meses, por el órgano de administración o dirección, sobre los asuntos de su competencia, así como las correspondientes empresas controladas por la SE.

A esta información periódica hay que añadir la posibilidad de solicitud de información extraordinaria si con ella se pretende conocer aspectos relativos a las condiciones de trabajo.

- b) Derecho de consulta, sobre los asuntos que en el Reglamento de Estatuto de SE, artículo 72, se considera obligatorio que opinen los órganos de los trabajadores y que, como ya examiné, afectan a la estructura jurídica y económica de las empresas.

Esta consulta propuesta por el artículo 5.2 d) de la Propuesta modificada de Directiva, podría entenderse en su significado más estricto, el de autorización, al ser estas operaciones necesariamente sometidas a autorización del órgano de vigilancia, en el sistema dual, siendo en este órgano donde participan los

trabajadores, si resulta como modelo elegido. Análogamente podría extenderse la necesaria autorización al órgano propio de representación de los trabajadores, y no sólo al consejo de vigilancia, si es este el modelo elegido.

Por último señalar que es de aplicación a los componentes del órgano propio las normas aplicables a los consejeros sobre «informaciones de carácter confidencial», es decir, al mal llamado secreto comercial, si bien hoy día, en nuestro país, la reforma registral ha originado una mayor publicidad económica de las empresas, al exigir la publicación de las cuentas anuales, y otros informes económicos, a todas las sociedades españolas. En todo caso este tema está conectado, además, a las normas de competencia desleal, renovadas recientemente por la Ley 31/1991 de 10 de enero, y en especial el artículo 13, que tipifica la violación de secretos industriales o empresariales como actos de competencia desleal o ilícita, aunque hayan sido obtenidos legítimamente, siempre que se realice con ánimo de obtener provecho propio o de tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

4. Modelos convencionales

El artículo 6 de la Propuesta de Directiva recoge con el epígrafe de otros modelos, la posibilidad de que mediante convenio, puedan los órganos de dirección y los representantes de los trabajadores negociar un modelo que permita la representación, sin que corresponda a los dos anteriormente regulados, a fin de adecuar las situaciones existentes, muchas veces de distinta naturaleza, a la creación de una nueva sociedad.

En todo caso, la libertad negociadora tiene unos mínimos de contenido, en este sentido se exige que los derechos de información y consulta reconocidos para el modelo de órgano de representación propio, se incorporen al convenio pudiendo éste incluir mejoras, sin que con ello se altere la exigencia legislativa.

Se permite que el convenio de representación tenga una duración determinada, sin que con ello decaigan los derechos de representación, hasta la entrada en vigor de otro nuevo.

Lo más importante, desde mi punto de vista, es el mandato económico en el artículo 6.8 que prevé la falta de acuerdo en la negociación de las partes, exigiendo que los Estados nacionales hayan establecido un modelo normalizado que se aplicará de manera obligatoria a la SE.

Esta normalización de un modelo nacional supondría que la ley nacional de adaptación de la Propuesta de Directiva tendría que reconocer los tres expuestos por la misma, pues si se decidiera por uno solo de ellos, éste sería el modelo normalizado, en España y debido a la inexistencia de normativa de participación, podría aprovecharse la ocasión, para que independientemente de los modelos establecidos para la SE, se regulase de forma general para todas las sociedades españolas, cualquiera que sea la forma jurídica en que se constituyen, incluyendo los derechos mínimos garantizados en la presente Directiva.

5. Elección de los representantes de los trabajadores

La propuesta modificada de Directiva ha ampliado la regulación del sistema de elecciones de los representantes de los trabajadores de las empresas que van a constituir la SE, teniendo en cuenta la diversidad de modelos a los que va a ser aplicada y homogeneizado en normas mínimas las condiciones de celebración de dichas elecciones. Es de destacar que alguna de las observaciones que realizó el CES en su dictamen han sido incorporadas, especialmente las que hacían referencia a la votación secreta, protección de las minorías y libertad de expresión.

En este sentido el artículo 7 regula unos principios mínimos que con independencia de las normas internas de cada país, deberán ser respetadas en la elección de los representantes de los trabajadores. Estas son:

- a) Elección de representantes en cada uno de los Estados en que esté establecida la SE.
- b) Proporcionalidad en el número de representantes con relación al de trabajadores.
- c) Se consideran trabajadores con derecho de elección a todos los que estén en las empresas, con independencia de antigüedad y horas semanales que trabajan.
- d) La elección se efectuará mediante votación secreta.

Los trabajadores elegidos se someterán en su representación a las normas de la SE, con independencia de cual sea la norma nacional del país en la que se sitúe su empresa.

Además se facilita a éstos medios materiales y financieros que les permitan llevar a cabo su representación, previéndose el nombramiento de expertos que los asesoren, con cargo a los fondos societarios.

V. PARTICIPACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS EN ESPAÑA

Hasta el momento presente en España sólo existe por ley participación de los trabajadores en los Organos de las Cajas de Ahorro, que la Ley 31/1985, de 2 de agosto, consagra de manera definitiva, aunque su participación es escasa, y no tenemos desde el punto de vista sindical un análisis de esta experiencia. Por otro lado de forma convencional, en el marco de la negociación sindical del Acuerdo Económico y Social, se realizó un Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública, que fue firmado por los representantes de los distintos organismos del Estado, en las que éstas se ubican y el Secretario General de la UGT.

El acuerdo tiene unos aspectos limitativos de representación con relación a las normas comunitarias anteriormente examinadas, si bien en el aspecto general no difieren. Teniendo en cuenta que se trata de empresas públicas a las que se les exige un número mínimo de trabajadores, y cuyo régimen especial, en cuanto a su financiación, hace que el contenido de la función del órgano de administración difiera de la que generalmente tiene en las empresas

privadas, al no darse con todo rigor el riesgo empresarial, significa que su examen no aporta elementos suficientes, pero al menos es una práctica sindical.

El ámbito de aplicación, es pues, el de las empresas públicas de carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto social, además se incluyen en su ámbito las entidades de derecho público cuya actividad quede sometida al derecho privado, es decir, a las normas de contratación mercantil. También se exige que éstas tengan un número mínimo de mil trabajadores, y si tenemos en cuenta que el cómputo de trabajadores se hace de forma restrictiva, se exige una antigüedad de un año, así como doscientos días trabajados, se trata de una participación simbólica.

A este respecto la Secretaría de Acción Sindical de CC.OO. consideró la necesidad de participación en cualquier empresa, sin que la limitación cuantitativa suponga un límite al derecho reconocido, así como reducir el porcentaje del 25 por 100 al 10 por 100 de delegados para obtener representación sindical, por considerar que el acuerdo vulnera el Estatuto de los Trabajadores y la LOLS, y ser condición más beneficiosa.

El acuerdo fija la participación en el Consejo de Administración o en las Comisiones de Información y Seguimiento. En los primeros se elige un representante por cada sindicato con derecho a participar, que gozará de los mismos derechos y deberes que el resto de los consejeros, siendo, en el caso de CC.OO. elegidos por las secciones sindicales de empresa.

En cuanto a las Comisiones de Información y Seguimiento, que serán paritarias sindicatos y directivos de la empresa, tienen como función el estudio de planes industriales o económicos, la emisión de informes, y la elaboración de propuestas relativas a la organización del trabajo.

CC.OO. optó por la participación en los Consejos de Administración, a pesar de lo restrictiva de ésta, ya que se dio un valor superior a la información que se podía obtener en el Consejo de Administración al de las Comisiones.

Como podemos comprobar la experiencia en nuestro país es escasa, y consecuentemente cualquier implantación de un modelo representativo de los trabajadores pasa por un análisis de las condiciones en las que están organizativamente las empresas españolas, y por otro los modelos que más se adecuan con las organizaciones sindicales existentes.

Respecto al modelo organizativo empresarial y aun después de la adaptación legislativa a las Directivas Comunitarias, sigue siendo el sistema monista, y no necesariamente con un órgano colegiado, el Consejo de Administración, lo que excluye cualquier participación de los trabajadores, esto significa que ésta quedará limitada a las sociedades con gran número de accionistas, que permitan la constitución del Consejo, a la vez que puede pensarse, que al igual que en las empresas públicas, se exija un número mínimo de trabajadores, viéndose aún más reducida dicha participación.

Respecto a los modelos sindicales tampoco se da una identidad entre ellos, frente a la representatividad de los sindicatos se opone la de los Comités de

Delegados, Comités de Empresa, lo que puede distorsionar el número representativo de cada sindicato a la hora de la elección de los miembros de los Consejos de Administración, en cada una de las empresas, no así en el ámbito nacional en el que se produce una unificación de criterios para la elección.

En todo caso, se propicia a través de la Propuesta Sindical Prioritaria, una identidad de intereses, que es la participación, por ello, creo, que en estos momentos cualquier debate al respecto facilitará una posterior concreción del modelo a proponer, en el supuesto de que el Gobierno español, opte por uno solo de los propuestos, ya que si se mantienen al menos los dos tipificados, es cuestión de negociar el que mejor se adecue a cada empresa y organización sindical, sin dejar de tener presente aquellos derechos mínimos que se consideran inderogables para mantener una efectiva participación de los representantes de los trabajadores.

Por último me parece que las modificaciones introducidas en la Propuesta de Directiva con relación a la consideración de trabajadores computables, es necesario una fuerte defensa de la misma, sobre la base del tipo de contratación temporal que existe en la mayoría de las empresas españolas.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

A. Documentos legislativos

- Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea. 89/C 263/07.
- Propuesta de Directiva del Consejo por la que se complementa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores. 89/C 263/08.
- Dictámenes sobre: la propuesta de Reglamento

por el que se establece el Estatuto de SE, y la propuesta de Directiva del Consejo por el que se complementa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores realizado por el Comité Económico y Social (CES). 90/C 124/12.

- Propuesta modificada de la Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores. 91/C 138/08.
- Directiva del Consejo relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad. 77/187/CEE.
- Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública. Madrid, 16 de enero de 1986.

B. Autores y obras consultadas

- Almansa Pastor, S. M.: *La participación del trabajador en la administración de la empresa*. Tecnos 1965.
- Garralda Valcárcel, A.: *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*. Oviedo 1967.
- Esteban Velasco, G.: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*. Madrid 1982.
- Rodríguez Artigas, F.: *La representación de los accionistas en la Junta General de la SA*. Civitas, 1990.
- Rodríguez Artigas, F., y Esteban Velasco, G.: *Los órganos de la SA en «El nuevo régimen jurídico de la SA»*. Madrid 1991.
- Rojo, A.: *La fusión de sociedades anónimas, en la Reforma de la LSA*. Madrid 1987.
- Sequeira, A.: «La fusión y la escisión (tercera y sexta Directiva)», en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo T. III*. Civitas, 1986.

Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de Código Penal

José Luis DIEZ RIPOLLES

El presente trabajo pretende realizar un breve análisis crítico¹ del sistema propuesto por el proyecto de 1992 para las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal², orientándose fundamentalmente en el realce y valoración de las diferencias con la regulación vigente, y haciendo, en los casos que se estima procedente, propuestas de modificación del texto.

I. Ante todo se constata que el texto ha decidido, acertadamente, mantener el actual *sistema de circunstancias genéricas* atenuantes y agravantes, como se aprecia fundamentalmente en los capítulos III a V del título I.

Se asume así una tradición apenas cuestionada, por más que con limitado reflejo en el Derecho comparado³, cuyas virtualidades se han visto potenciadas en los últimos años tras la comprobación de las enriquecedoras aportaciones de tales elementos al contenido de injusto, culpabilidad u oportunidad del concepto de delito, y que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a asignarles un acomodo propio en las respectivas categorías de antijuricidad, culpabilidad o punibilidad⁴.

En cualquier caso su obligada consideración en la determinación legal de la pena⁵ fuerza a adoptar decisiones fundamentales sobre la mayor o menor gravedad del comportamiento, fomentando el análisis individualizado de éste.

II.1. El artículo 20.1 del proyecto adopta también otra decisión trascendente cual es la de mantener la actual institución de las *eximentes incompletas*.

De nuevo nos encontramos ante una regulación peculiar de nuestro ordenamiento que ha merecido de forma generalizada una valoración positiva debido a su capacidad para atender de forma correcta las disminuciones de injusto y culpabilidad ligadas a la incompleta concurrencia de las eximentes⁶.

Se ha podido apreciar recientemente cómo su ausencia en otros ordenamientos está obligando a proponer la creación en ellos de nuevas categorías dogmáticas, nunca tan eficaces y que hacen innecesariamente más compleja la teoría jurídica del delito⁷.

De todos modos cabe hacer al menos dos *objeciones* al artículo 20.1. La primera se refiere a que se sigue manteniendo, a través de la remisión a «Las causas expresadas en el capítulo anterior», la actual laguna respecto a la posibilidad de apreciar la exención incompleta en relación con aquellas eximentes no contenidas en el artículo precedente sino esparcidas por diferentes lugares de la parte especial del Código Penal⁸. Ello se resolvería sustituyendo el inciso anterior por otro que dijera «*Las causas eximentes expresadas en este Código...*».

La segunda deriva de la perplejidad que causa la adición del término «todos» en relación a los requisitos: si con ello se pretende difuminar la distinción entre elementos esenciales o inesenciales consolidada en doctrina y jurisprudencia⁹, de forma que también se pueda aplicar la exención incompleta cuando falten elementos esenciales, ha de merecer un juicio negativo dada la acertada graduación en la responsabilidad que hoy en día se consigue entre unos casos y otros a través, respectivamente, del artículo 9.1 y del 9.10 en relación al 9.1 y que podría mantenerse en la futura regulación dada la presencia igualmente del artículo 20.6. Si, por el contrario, no se pretende tal cosa, es un término superfluo y perturbador, que debiera eliminarse.

II.2. En efecto, también merece una valoración positiva el mantenimiento de las *atenuantes por analogía* en el artículo 20.6.

Como acabo de decir, ello posibilita, no sólo la apreciación de atenuantes análogas a las normales, sino igualmente crear un segundo nivel de gradua-

¹ De ahí que se me va a permitir que las referencias bibliográficas se limiten a las imprescindibles, dado que en ningún momento se pretende dar una panorámica completa de la situación doctrinal y jurisprudencial sobre los diversos temas tratados.

² La especial sustantividad de la problemática de la minoría de edad obliga a dejar fuera de nuestra consideración la atenuante de minoría de edad del artículo 20.3. Véase asimismo lo que se dice respecto a las agravaciones y atenuaciones cualificadas de los artículos 66 y 67 con motivo de la atenuante de arrepentimiento activo, *infra*.

Por otra parte, en relación al error, me ocuparé también de las circunstancias específicas que dan lugar a tipos privilegiados o cualificados.

³ Véanse al respecto Alonso Alamo: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, 1981, págs. 63-188. González Cussac: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Universidad de Valencia, 1988, págs. 35-50.

⁴ Véase por todos con una decidida actitud en esa línea así como una detenida consideración de las actuales tendencias doctrinales en Cerezo Mir: *Curso de Derecho penal español. II, Tecnos*, 1990, págs. 103-107. También Díez Ripollés: *La categoría de la antijuricidad en Derecho penal*, ADPCP, 1991, págs. 73-74, 55-56.

⁵ Véanse artículos 61 y ss. del anteproyecto objeto de estudio.

⁶ Véase al respecto Díez Ripollés: *La categoría de la antijuricidad...*, *op. cit.*, págs. 55-60.

⁷ Véase en especial la postura de Gunther, expuesta y criticada desde este punto de vista en Díez Ripollés: *Ibidem*, págs. 28-41, 51-64.

⁸ Véase sobre esta laguna en la actualidad Díez Ripollés: *Ibidem*, págs. 57-58.

⁹ Véase por todos Cerezo Mir: *Curso... II, op. cit.*, págs. 109-114.

ción de la exención parcial a través de su relación con el artículo 20.1¹⁰.

II.3. Se introduce una nueva circunstancia en el artículo 20.2 relativa a *intoxicaciones no plenas* que contiene dos *defectos sistemáticos importantes*:

En primer lugar no parece tener sustantividad propia, dada la existencia del artículo 20.1 en relación con el 19.2 que será preferido en cuanto permite que los casos de intoxicación que no tengan plenitud de efectos puedan beneficiarse de la atenuación cualificada propia de las eximentes incompletas y recogida en el artículo 68 del proyecto¹¹. Se podría pensar que quiere aludirse a casos con efectos inferiores al nivel de la intoxicación semiplena, pero tal diferencia no se expresa desde luego en el texto legal.

En segundo lugar, no alcanza a comprenderse por qué en este supuesto, a diferencia de lo que se establece en los artículos 19.1 y 2, cabe la atenuante en las hipótesis de *actio libera in causa* culposa: lo lógico sería mantener en todas las figuras pertinentes la escala de penalidad en función de la intensidad de la intoxicación, permaneciendo inalterado el contenido del límite de la *actio libera in causa*¹².

A estos defectos estructurales se añade la *incongruencia político-criminal* de que, mientras se crea un precepto para abarcar situaciones perfectamente incluibles en el trastorno mental transitorio incompleto, no se asegura un tratamiento especial de las actuaciones delictivas realizadas en un estado carencial vinculado a situaciones de toxicodependencia, que no resultan fácilmente abarcadas por el trastorno mental transitorio¹³.

De ahí que proceda hacer la siguiente *propuesta de mejora*:

- a) Supresión del artículo 19.2.
- b) Redacción del artículo 20.2 en los siguientes términos: «*La de que el culpable, sin estar comprendido en el número anterior, como consecuencia de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación, se halle en un estado carencial que altere de forma relevante su ca-*

¹⁰ Véase lo dicho por Díez Ripollés: *La categoría...*, págs. 57-59.

¹¹ En el mismo sentido véanse «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria sobre el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990. I», *Actualidad Penal*, núm. 16, 1991, pág. 238 «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura sobre el borrador de anteproyecto de parte general del Código Penal», *Actualidad Penal*, núm. 14, 1991, pág. 213.

¹² La interpretación de que el artículo 20.2 se diferencia de la intoxicación semiplena incluible en el 20.1 precisamente, y de modo exclusivo, en que abarcaría supuestos de *actio libera in causa* culposa parece poco plausible. Propone una modificación del artículo 20.2 para excluir también su apreciación en los casos de *actio libera in causa* culposa, Cerezo Mir: «Informe sobre el borrador de anteproyecto de la Parte general del Código Penal de octubre de 1990», *Actualidad Penal*, núm. 20, 1991, págs. 268-269.

¹³ Así lo ponen de relieve el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria... I», *op. cit.*, pág. 238, quien aboga por la introducción de una exención incompleta y un atenuante para tales casos, y el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura...», *op. cit.*, pág. 213.

¹⁴ El precepto propuesto se halla directamente inspirado en la propuesta de adición de un nuevo párrafo al artículo 8.1 de Código vigente formulada por el Grupo de Estudios de Política Cri-

*pacidad volitiva, siempre que dicha situación no se haya buscado con el propósito de cometer el delito.»*¹⁴

Aquí no se excluyen las conductas previas culposas pues ello supondría exigir a esas personas que mostraran diligencia en el aprovisionamiento de tales sustancias, algo contradictorio con la actual regulación jurídica.

- c) Crear un nuevo artículo 20.2 bis en los siguientes términos: «*La de que el culpable, sin estar comprendido en el artículo 20.1, se encuentre, al tiempo de cometer la infracción penal, afectado por un estado de intoxicación alcohólica o de otra índole, siempre que no haya sido buscada con el propósito de cometer el delito o se hubiere previsto o podido prever su comisión.»*

Este artículo garantiza el mantenimiento de un tercer nivel de graduación de la pena en caso de intoxicaciones.

II.4. El artículo 20.4 relativo a *estados pasionales* y coincidente con la regulación actual puede mantenerse en los mismos términos.

II.5. El artículo 20.5 ha *sido mejorado* en su redacción frente a la circunstancia de *arrepentimiento* de la que pretende ser réplica: se elimina la referencia a «por impulsos de arrepentimiento», que fomentaba exigencias moralizadoras quedando sin sentido en caso contrario¹⁵, y se ha ampliado la posibilidad de apreciación hasta el auto de procesamiento o equivalente.

Entre las *objeciones* cabe citar el mantenimiento de la alusión a la «espontaneidad», que conducía a interpretaciones desmesuradas por parte del Tribunal Supremo¹⁶, y la poco comprensible sustitución, en especial si se mantiene la referencia final a «infracción», de «delito» por «hecho»¹⁷.

II.6. Debe saludarse la desaparición de la atenuante de *preterintencionalidad* como un acertado avance en la total eliminación de la responsabilidad objetiva de nuestro Código. Ya con la actual regulación es muy dudoso que tenga un ámbito propio de aplicación¹⁸.

minal en su «Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, pág. 893.

¹⁵ Véanse por todos Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, PPU, 1990, págs. 692-694. De Vicente Remesal: *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, págs. 107-121.

¹⁶ Véase por todos Mir Puig: *Ibidem*.

Se ha vuelto a este término, aun cuando en el anteproyecto se sustituyó por el de «voluntariamente», que también era criticable, aunque en aquel caso por su carácter superfluo: quizás se introdujera para indicar el mínimo frente a la situación que se deriva del uso del «espontáneamente».

¹⁷ Por más que está en relación con la atenuante anterior, su limitada y específica aplicación a los delitos realizados por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, así como su especial problemática, aconseja no ocuparse de la atenuación cualificada o incluso remisión total de la pena que el proyecto prevé, de un modo muy discutible, en su artículo 67 para casos de colaboración activa del delincuente. Lo mismo se hace con la agravación cualificada por la relación del hecho con la actividad de tales agrupaciones, contenida en el artículo 66.

¹⁸ La reforma de 1989 de los delitos de lesiones ha privado a esta atenuante de su prácticamente exclusivo, y en realidad rechazable, ámbito de aplicación. Véanse antes de esa reforma, Cerezo Mir: «Principales reformas del Código Penal español introducidas en 1983», *La Ley*, 4-3-88, pág. 2.

II.7. También hay que alegrarse de que no se haya persistido en la idea contenida en el Proyecto de 1980 y Propuesta de anteproyecto de 1983 de reintroducir la atenuante de *obrar por motivos morales*, altruistas o patrióticos de notoria importancia, o sustituirla por la de motivos de notorio valor social, respectivamente¹⁹.

En otro lugar he tenido ocasión de aludir a los insalvables problemas que las referencias genéricas a móviles plantean desde la perspectiva de cuál de los motivos concurrentes en un mismo nivel debe ser tenido en cuenta, del nivel de motivación en el que centrarse, y de la difícilmente defendible restricción a la motivación inconsciente, sin olvidar las discutibles cualidades que deben tener los motivos para ser apreciados, crítica de la que no se libra tampoco la referencia a «notorio valor social»²⁰.

Por otra parte su ausencia es coherente, como veremos más adelante, con la supresión de la agravante de premeditación entendida según la teoría sintomática²¹.

III.1. El artículo 21.1 mantiene la *alevosía* en principio con su definición habitual, pero añadiendo un *inciso final profundamente perturbador* y que no se contenía en el borrador de anteproyecto de 1990. En concreto, habrá además *alevosía* «cuando el hecho se ejecute sobre persona absolutamente indefensa».

Tal inciso, que sin duda pretende dar satisfacción a una consolidada orientación jurisprudencial²², ignora las ineludibles referencias subjetivas de esta circunstancia: en efecto, ante todo son necesarias la conciencia y voluntad de realización de sus elementos objetivos, sin que exija para ello que el sujeto haya provocado la concurrencia de tales medios, modos o formas, ni siquiera que haya esperado hasta que se pudieran emplear, bastando incluso con que aproveche su presencia aun de improviso. Pero es que además se precisa una determinada tendencia subjetiva consistente en la finalidad de asegurar la ejecución por medio de la evitación de los riesgos que pudieran derivar de la defensa del ofendido²³.

Pues bien, esta tendencia no tiene por qué considerarse presente de modo automático en todo delito contra las personas que tenga por objetivo una persona absolutamente indefensa, como sin embargo

presume el inciso criticado. Consecuencia inmediata de esta presunción es que se da lugar a una figura de sospecha, incompatible con la prohibición de la responsabilidad objetiva²⁴. De ahí que proceda la *desaparición de inciso* tan improcedente.

III.2. El artículo 21.2 constituye una de las novedades más importantes en este campo y merece una especial atención. Con él se ha pretendido eliminar el exagerado *casuismo* existente en nuestro Código afectante a un conjunto de *circunstancias* cuya fundamentación es similar, si no idéntica. Para ello se ha llegado a una formulación única que merece en principio alabanzas por el esfuerzo de simplificación que supone²⁵, pero que, a mi juicio, todavía no ha llegado todo lo lejos que sería conveniente.

Una definitiva regulación en esta materia no debe olvidar que, además de la proximidad de esas circunstancias entre sí, todas ellas tienen problemas de diferenciación con la *alevosía*, de modo que tarea previa es asegurar su autonomía respecto a ésta, algo a lo que no ha atendido debidamente el redactor del anteproyecto.

Se puede afirmar que el punto de contacto de todas estas circunstancias, incluida la *alevosía*, es que su *fundamento* más importante es el aseguramiento de la ejecución del delito²⁶.

A partir de esta idea, la *alevosía* tiene una peculiaridad: en ella, como muestra su expresa limitación a los delitos contra las personas, estamos ante supuestos de agresiones personales en las que, al tratarse de los bienes jurídicos más primordiales, son de esperar reacciones especialmente enérgicas de la víctima. Por ello la idea básica del aseguramiento de la ejecución²⁷ sólo alcanza su plena expresión si se logran eliminar los riesgos que puedan proceder de la defensa de la víctima.

Si partimos de que todo debilitamiento de la defensa supone de algún modo un aseguramiento de la ejecución, pero no a la inversa, la concepción anterior restringe la apreciación de la *alevosía* a casos de aseguramiento que posean aquel componente. Con ello, por lo demás, no hacemos más que ajustarnos cabalmente a la definición legal de *alevosía* actual y propuesta.

Por el contrario, en las restantes circunstancias con problemas de delimitación de la *alevosía* el también presente aseguramiento de la ejecución se entiende, en coherencia con el abandono de la refe-

Valora positivamente de forma expresa su supresión el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria. I», *op. cit.* pág. 235.

¹⁹ Véanse artículo 27.5 del Proyecto 80 y 23.4 de la propuesta de anteproyecto de 1983.

²⁰ Véase Díez Ripollés: *La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, ADPCP, 1979, págs. 136-139.

²¹ Véase *infra*.

²² Véanse las referencias jurisprudenciales aludidas por Cerezo Mir: «Curso... II», 120 Asimismo abogaba por la introducción de un inciso similar en relación con el borrador de anteproyecto de 1990 el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria... II», *Actualidad Penal*, núm. 17, 1991, pág. 244.

²³ Véase por todos Cerezo Mir: «Curso... II», 119-120, con amplias referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

²⁴ La situación recordará mucho la que se planteó ante el Tribunal Constitucional (S. 105/88 de 8 de junio) en relación con el antiguo inciso del artículo 509, relativo a útiles para el robo, alu-

sivo a no dar «descargo suficiente sobre su adquisición y conservación», en la que nuestro Tribunal Constitucional consideró que violaba la presunción de inocencia al presumir la finalidad de que la tenencia de tales útiles era para cometer el delito de robo. A diferencia de ese caso, en el que cupo una interpretación distinta acorde con la Constitución, es dudoso que aquí se pueda hacer lo mismo.

²⁵ Alude también a ese plausible propósito Cerezo Mir: *Informe sobre el borrador*, *op. cit.*, pág. 269. Por el contrario el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», *op. cit.*, pág. 244 objeta que formulación tan genérica puede terminar atentando al principio de legalidad.

²⁶ Véase la importancia de esta idea en la mayor parte de las circunstancias actuales equivalentes a las incluidas en este artículo del proyecto, entre otros, en Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, págs. 122 y ss. Alonso Alamo, *op. cit.*, págs. 448 y ss.

²⁷ Han dejado de tener ya un peso significativo en la fundamentación de la *alevosía* ideas vinculadas a la cobardía o la traición. Véase al respecto Cerezo Mir, «Curso... II», *op. cit.*, págs. 121-123.

rencia a los delitos contra las personas, en un sentido genérico que sin duda incluye la variante de debilitamiento de la defensa pero que no la exige necesariamente²⁸. Sin embargo, sorprendentemente, la definición del proyecto adopta la vía opuesta y limita los supuestos de aseguramiento, de una forma aún más enfática que en la alevosía, a los supuestos de indefensión del ofendido. Con ello consigue agravar aún más los problemas de delimitación con la alevosía actualmente existentes.

Por otro lado, y a este aspecto sí que da cumplida cuenta el proyecto, en la mayoría de este conjunto de circunstancias al aseguramiento de la ejecución se suele añadir el fundamento ulterior alternativo, y conceptualmente próximo, de la facilitación de la impunidad²⁹.

En otro sentido, si la fundamentación de estas circunstancias guarda tantas similitudes con la de la alevosía parece lógico que cuando por primera vez se hace el intento de encontrar una formulación abstracta que acoja en su seno a todas ellas se tome como modelo la acreditada definición legal de aquélla. Y ello no sólo en relación a sus componentes objetivos, sino también a los subjetivos, y en particular en lo que concierne al especial elemento subjetivo tendencial.

A todo lo anterior responde la siguiente propuesta de redacción del artículo 21.2: «Ejecutar el hecho por el sujeto mediante circunstancias de lugar, tiempo o modo que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución del delito o facilitar la impunidad del delincuente.»

Una redacción como la propuesta, además de mantener el debido paralelismo con la alevosía sin por ello olvidar destacar las diferencias, es susceptible de abarcar, con leves modificaciones en su ámbito de aplicación actual que en todo caso responden a la más sólida fundamentación desarrollada, a las siguientes agravantes hoy vigentes: astucia, fraude o disfraz (núm. 7), abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa (núm. 8), ocasión calamitosa (núm. 11), auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad (núm. 12), nocturnidad, despoblado, cuadrilla (núm. 13), morada (núm. 16)³⁰.

III.3. Los artículos 21.5 y 21.6 mantienen como circunstancias independientes a las de *abuso de confianza y prevalimiento del carácter público*. Su no inclusión en el artículo 21.2, a pesar de que su principal fundamento es también el aseguramiento de la ejecución, puede admitirse por el hecho de que a él

se une la infracción de determinados deberes de lealtad que les otorgan un carácter peculiar³¹. Ello explica igualmente que no sigan en su formulación el modelo estructural desarrollado en el artículo 21.2.

III.4. El artículo 21.3 relativo a la agravante de *precio, recompensa o promesa* se mantiene prácticamente en los términos actuales, lo que parece acertado.

Cabría simplemente recordar que se sigue dejando sin zanjar el problema de si también es aplicable a quien da, como hace la jurisprudencia, o no³².

III.5. El artículo 21.4 mantiene la agravante de *males innecesarios* en sus mismos términos. Sin cuestionar su existencia cabe hacer un par de objeciones:

En primer lugar parece innecesario mantener el adverbio «deliberadamente» dado que no parece haber inconveniente en considerar que el elemento subjetivo de esta circunstancia se da con el equivalente al dolo en cualquiera de sus clases³³.

En segundo lugar quizás sea el momento de cuestionarse la procedencia de mantener tres conceptos distintos de males innecesarios o ensañamiento en el proyecto³⁴ que se convierten en cuatro en nuestra actual regulación³⁵.

III.6. Desaparece del catálogo de agravantes del proyecto la de *premeditación*. Se descarta con ello también la opción de mantenerla condicionada por la presencia de una especial malicia del autor en el caso concreto, como hacía el Proyecto de 1980, así como la de sustituirla por una agravante referida a móviles abyectos o fútiles, como preconizaba la propuesta de anteproyecto de 1983³⁶.

A mi juicio la concepción moderna de la premeditación, que adiciona un componente de especial reprochabilidad, termina poniendo el énfasis en los móviles quedando los otros elementos en un segundo plano cuando no pasan a ser perturbadores. Ahora bien, formulaciones centradas en referencias genéricas a móviles presentan muy graves problemas de delimitación, tanto si se utilizan en sentido agravatorio como atenuatorio³⁷, de ahí que sea preferible renunciar a circunstancias modificativas genéricas de ese tenor.

Ello no es obstáculo para que, en relación con determinados delitos, se establezcan figuras agravadas o atenuadas en móviles especialmente ligados al injusto específico de tales preceptos, pues en ese contexto particular descienden notablemente los problemas referentes a su delimitación y verificación³⁸.

²⁸ Alude a casos en que se puede asegurar la ejecución sin que ello implique debilitamiento de la defensa de la víctima. Cerezo Mir: «Informe...», *op. cit.*, pág. 269.

²⁹ A ello se alude expresamente en la actual circunstancia 10.12 pero está también presente cuando menos en las cometidas en los números 7, 11 y 13. Véase en la misma línea Cerezo Mir: «Curso... II», *op. cit.*, págs. 128 y ss.

³⁰ Véase el análisis, no del todo coincidente, de las que se estima que no quedarían incluidas dentro de la redacción del actual artículo 21.2 del proyecto, que realizan Cerezo Mir: «Informe...», *op. cit.*, pág. 269, 270; y el «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», *op. cit.*, pág. 245.

³¹ Véase al respecto por todos Alonso Alamo: *op. cit.*, págs. 539-567.

³² Véase una reciente recopilación jurisprudencial al respecto en Álvarez García: «Art. 10.2», en *Código Penal comentado*,

coord. Lopez Barja de Quiroga-Rodríguez Ramos, Akal, 1990, pág. 76.

³³ Véase en el mismo sentido, entre otros, Mir Puig: *op. cit.*, pág. 708.

³⁴ Véase además de ésta, su definición en el asesinato (art. 145.3) o su indefinición en las lesiones (art. 156.2).

³⁵ Además de la del artículo 10.5 y 406.5, terminan desembocando en el concepto de males innecesarios o ensañamiento, cuando menos, los términos utilizados en el artículo 421.1, inciso último, y 421.3.

³⁶ Véanse artículos 28.7 y 24.4, respectivamente. El Proyecto 80 mantenía además una agravante de móviles abyectos o fútiles.

³⁷ Véase lo dicho *supra* en relación con atenuantes vinculadas a móviles genéricos.

³⁸ Por el contrario Cerezo Mir: «Informe...», *op. cit.*, págs. 269-270 considera que, o bien debería de crearse una agra-

III.7. La agravante de *reincidencia* se ha introducido finalmente, tras no pocas vacilaciones, en el artículo 21.7 del proyecto.

La agravante no se encontraba en principio contemplada en el borrador de anteproyecto de 1990: con todo resultaba muy dudoso afirmar que hubiera desaparecido dada la presencia en el artículo 70 del citado borrador de una definición de delincuente habitual que, al no hacer referencia a la tendencia o inclinación a delinquir pero sí a la realización de tres o más delitos situados en el mismo capítulo, y al encontrarse entre las reglas generales de aplicación de penas y no entre los supuestos de aplicación de medidas de seguridad³⁹ permitía presumir si iba a hacer las veces de la reincidencia y servir de apoyo a agravaciones específicas situadas en una parte especial del Código aún desconocida⁴⁰.

A su vez el anteproyecto de 1992, aunque introdujo indubitablemente la agravante de reincidencia, tanto específica como genérica, la localizaba anómalamente en el artículo 65 entre los preceptos que se ocupan de las reglas generales para la aplicación de las penas.

Las diferencias entre el proyecto y la regulación actual se limitan a la adición en la específica al requisito sistemático el de que se trate de delito «de la misma naturaleza», y a la conversión de la reincidencia genérica en una agravante facultativa⁴¹.

Además se traslada a los preceptos que rigen las reglas generales de aplicación de penas (art. 66.2) la regulación de la reincidencia internacional en delitos relacionados con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Se constata, aparte de algunas mejoras técnicas, la desaparición de la mención a las conductas de rebeldía.

La circunstancia de reincidencia, siempre discutida en su fundamentación⁴², viene siendo objeto recientemente de un fuerte cuestionamiento desde una perspectiva constitucional⁴³. A mi juicio se han dado por buenas demasiado apresuradamente determinadas objeciones.

Así, la pretendida violación del principio de *ne bis in idem* pasa por alto que no se vuelve a valorar la conducta anterior sino la actual, que posee *en sí misma* unas connotaciones específicas en virtud de la existencia de experiencias anteriores⁴⁴.

Esto último responde igualmente a la objeción de que se abandona la culpabilidad por el hecho y se entra en una culpabilidad por la conducta vital, a lo que se puede añadir que el concepto de culpabilidad por el hecho pre-

vante basada en los móviles aunque probablemente menos imprecisa y moralizante que las propuestas en textos anteriores, o bien debería mantenerse una agravante de premeditación limitada a los delitos contra las personas, de apreciación facultativa a tenor de la teoría sintomática cuando se revelara en el caso concreto una mayor gravedad de la culpabilidad.

³⁹ Como sin embargo sucedía con la delincuencia habitual culposa en relación con vehículos de motor (art. 102).

⁴⁰ Habían llamado la atención sobre todo esto, y aconsejado la introducción de la reincidencia en el borrador de anteproyecto de 1990, el «Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura...», *op. cit.*, pág. 212; «Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria...», *op. cit.*, I, pág. 237, II, pág. 248; Cerezo Mir «Informe...», *op. cit.*, págs. 264, 270, 272-273.

⁴¹ Como se expresa en el artículo 65.

⁴² No es éste el lugar para entrar en un análisis detenido de la problemática de la reincidencia. Véase al respecto en España, además de lo citado *infra*, una panorámica doctrinal en Mir Puig: *La reincidencia en el Código Penal*, *op. cit.*, págs. 711-713. Alon-

supone la realización de un acabado análisis de la reprochabilidad del sujeto en el caso concreto, que necesariamente reflejará su experiencia vital precedente si no queremos que se nos difumine la identidad individual. Tampoco se atiende a una culpabilidad por la actitud interna, pues en ningún caso debe fundamentar la agravación en que no se ha asumido interiormente la norma.

Tampoco parece convincente la afirmación de que se viola el principio de proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad pues, tras las sucesivas reformas legales que hicieron desaparecer la doble reincidencia y la multirreincidencia, resulta difícil aceptar que los actuales efectos de la reincidencia sean desproporcionados⁴⁵. Si tal falta de congruencia se afirma partiendo de que propiamente lo que la repetición del delito manifiesta es una menor culpabilidad, la discusión se coloca en otra dimensión, sin duda digna de consideración, pero opuesta a la actualmente dominante, y en la que no se debería simplemente abogar por la supresión de la circunstancia sino por su conversión en una atenuante⁴⁶.

Un considerable menor peso tienen objeciones vinculadas al principio de seguridad jurídica, al de igualdad o a la prohibición de penas degradantes⁴⁷.

En cualquier caso la agravante de reincidencia presenta dos déficit de fundamentación importantes que deberían llevar a proponer una regulación diversa a la actual y a la proyectada: en primer lugar no resulta convincente sostener que la mera repetición del delito expresa en todo caso una mayor culpabilidad del sujeto⁴⁸.

El rechazo por parte del Tribunal Constitucional de una violación de la presunción de inocencia, basada en que se presume de manera general una mayor culpabilidad siendo así que ésta no siempre concurre, con el argumento de que la efectiva presencia de ese mayor reproche no constituye un elemento concreto de la circunstancia sino su fundamento⁴⁹, presupone no tener dudas de que la repetición del delito en los términos recogidos en la circunstancia se deriva necesariamente un mayor reproche del delincuente. En cuanto esta creencia se tambalea se tropieza con problemas para justificar una agravación de pena obligatoria a partir de la mera presencia de los actuales elementos de la circunstancia.

En segundo lugar resulta difícil eliminar la impresión de que componentes intimidatorios propios de la prevención general y especial desempeñan un papel excesivo en la fundamentación de la circunstancia.

Ambas deficiencias, recíprocamente condicionadas, aparecen estrechamente vinculadas a la natu-

so Alamo: *op. cit.*, págs. 669-675. Cobo-Vives. «Derecho Penal. Parte general», *Tirant lo blanc*, 1990, págs. 693-695.

⁴³ Una reciente recopilación de todos esos argumentos se encuentra en Zugaldía Espinar: «Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia», *Poder Judicial*, núm.-13, 1989, págs. 85 y ss.

⁴⁴ Críticamente también la S del TC 150/91, de 4 de julio, F. J. 9.

⁴⁵ En el mismo sentido la STC 150/91, de 4 de julio, F. J. 6, si bien refiriéndose exclusivamente a los efectos en la medición legal de la pena, por más que en el F. J. 2 ha resumido acertadamente los otros efectos de la reincidencia.

⁴⁶ Una convincente, y pendiente, demostración de este último planteamiento, probablemente ligada a una profunda reestructuración del concepto de imputabilidad y su graduación, conllevaría una completa transformación de la actual problemática.

⁴⁷ Véase su acertado rechazo en la STC 150/91, de 4 de julio.

⁴⁸ Sobre los efectos de una tesis que consiguiera invertir la consideración de la reincidencia respecto a la culpabilidad, véase *supra*.

⁴⁹ Véase STC 150/91, de 4 de julio F. J. 8.

raleza obligatoria de la circunstancia y podrían neutralizarse satisfactoriamente con su conversión en todo caso en una *agravante facultativa* que condicionará su aplicación y vigencia a un análisis en el caso concreto de la efectiva mayor culpabilidad del sujeto⁵⁰. Con ello se conseguirían al menos dos cosas: no aplicarla cuando hubiera dudas sobre la existencia de una mayor reprochabilidad, e impedir que los razonamientos preventivos adquieran autonomía más allá del marco establecido por la culpabilidad.

De ahí que proceda una *propuesta de mejora* que, superando la situación diferenciada contenida en el proyecto, considere agravante facultativa tanto a la reincidencia genérica como a la específica.

III.8. Se suprimen, con acierto, dos agravantes cuyo ámbito de aplicación en la actualidad, e igualmente a tenor del proyecto, es muy problemático: Por un lado, la de los *estrágos*, ya que la existencia en los artículos 330 y siguientes de los delitos de incendios y estrágos hara qué, como sucede con el Código vigente, sea difícil imaginar hipótesis en que pueda aplicarse⁵¹.

También desaparece la agravante de *publicidad*, inherente a la mayor parte de los preceptos en los que puede concurrir⁵².

Si se decidiera mantenerla, debería en cualquier caso limitar su ámbito a aquellas hipótesis en que se aumentara efectivamente el desvalor del resultado, como sucedía en el Proyecto 80 que hablaba de «realizar el hecho con alguna clase de publicidad o medio de difusión que propague el daño» (art. 28.8). A mi juicio podría hablarse de *realizar el hecho con cualquier clase de publicidad que aumente el mal del delito*.

III.9. Resulta igualmente plausible la supresión de las circunstancias de *ofensa de autoridad y desprecio del respeto a la dignidad o edad del ofendido*.

La primera, dada la más que suficiente protección de la autoridad que se consigue a través de los delitos de atentado y desacato de los artículos 499 y siguientes del proyecto en línea con lo que ya sucede en el actual Código Penal.

La segunda debido a las objeciones de inconstitucionalidad que, en especial respecto al primero de sus incisos, pueden surgir en virtud del artículo 14 de la CE⁵³.

Por lo demás su segundo inciso atiende a hipótesis en las que con frecuencia, si bien desde el punto de vista di-

verso del aseguramiento de la ejecución, ya se llegará a agravaciones de la pena basadas en un mayor injusto.

III.10. Se mantiene en el artículo 22 la circunstancia mixta de *parentesco* en los términos literales actuales. Se persiste con ello en la ampliación de su ámbito que supuso la introducción en la reforma de 1983 del inciso «persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad».

Tal referencia no estaba prevista en el Proyecto 80 ni en la propuesta de anteproyecto 83, y se ha criticado por algún sector doctrinal aludiendo a la violación de la seguridad jurídica, y de la prohibición de la analogía *in malam partem* cuando se aprecie como agravante⁵⁴.

A mi entender lo político-criminalmente procedente es precisamente profundizar en esa línea ampliadora, cubriendo determinadas lagunas hoy existentes. De ahí que la circunstancia debería rezar así:

«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor, o persona a la que se halle ligado por especiales vínculos de amistad o afecto.»

No considero que la redacción *in fine* de la circunstancia propuesta⁵⁵ viole el principio de seguridad jurídica sino que más bien incluye inequívocamente supuestos ahora quizás dudosos. Tampoco supone la utilización de analogía prohibida en casos de agravación ya que se limita a utilizar una cláusula general perfectamente asumible en nuestra legislación penal.

Por lo demás el indudable carácter «material» de este inciso resuelve simultáneamente la persistencia en el proyecto del defecto consistente en la imposibilidad de acudir a la atenuante por analogía del artículo 26.6 en relación con el artículo 22, ya que aquella no va referida a ésta⁵⁶.

IV.1. La vigencia del *principio de culpabilidad* o, si se quiere, de la imputación subjetiva, dentro del sistema de las circunstancias con especial atención a los supuestos de participación⁵⁷ se garantiza adecuadamente a través del artículo 62, que mantiene una dicción prácticamente idéntica al actual artículo 60.

IV.2. Por su parte el artículo 64, que debe sus-

concurriendo los elementos de la circunstancia de un modo en que aún no se puede hablar de tentativa de un delito de incendio o estrágos.

⁵² Singularmente las injurias y calumnias realizadas por escrito y con publicidad.

⁵³ La doctrina alude con frecuencia a estos o parecidos argumentos en relación con la actual agravante del artículo 10.16. Véase al respecto las referencias bibliográficas en Cerezo Mir: «Curso... II», *op. cit.*, pág. 152.

⁵⁴ Véase Cerezo Mir: «Curso... II», *op. cit.*, págs. 146, 149.

⁵⁵ La redacción del último inciso está tomada literalmente de parte de la propuesta realizada por Cerezo Mir: «Informe...», *op. cit.*, pág. 267, para la regulación de un estado de necesidad como causa de inculpabilidad en el anteproyecto de 1990.

⁵⁶ Que en la actualidad se produce entre el artículo 9.10 y el art. 11

⁵⁷ Como se dirá más adelante, no creo que este artículo deba utilizarse para resolver problemas de error en las circunstancias.

⁵⁰ A esta misma consecuencia es la que llega, *de lege lata*, la STS 6-4-1990, Ar. 3195, a partir de lo que considera una interpretación conforme a la Constitución de la agravante 10.15. Sin embargo, la citada interpretación de la regulación actual constituye a mi entender una clara violación del principio material de legalidad en cuanto es frontalmente contradictoria con el carácter obligatorio previsto para tal circunstancia en nuestra legislación penal, sin que el Tribunal Supremo pueda arrogarse funciones propias del Tribunal Constitucional en este punto. Véase en línea similar Jareño Leal: «Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad», *Poder Judicial*, núm. 22, págs. 253-254, quien analiza la citada sentencia también desde otros puntos de vista.

Señala igualmente los inconvenientes del carácter obligatorio de la reincidencia, si bien en un contexto, que yo no comparto, de preferencia por trasladar esta problemática al ámbito de los estados peligrosos y las medidas de seguridad, Zugaldía Espinar: *op. cit.*, pág. 88.

⁵¹ Puede decirse que sólo resulta aplicable como circunstancia genérica en las escasas hipótesis en que se realiza un delito

tituir al vigente artículo 59, contiene una regulación especialmente trascendente en relación con las *circunstancias específicas* («al describir») o *genéricas vinculadas a ciertos tipos* («o sancionar») ⁵⁸.

En primer lugar, su redacción es notablemente más cuidada que la del artículo correspondiente actual en cuanto que se alude tanto a agravantes como a atenuantes y se elimina el innecesario primer inciso.

En segundo lugar, al establecer exclusivamente la inaplicación del artículo 63 a estas circunstancias hay que deducir *a sensu contrario* que si les son aplicables los artículos 61 y 62, con la importante consecuencia de que por ello implica establecer, acertadamente, el principio de *incomunicabilidad* también para las circunstancias contenidas en la Parte especial del Código ⁵⁹.

A ello no cabe objetar que el concepto de «circunstancia» de los artículos 61 y 62 sea distinto del utilizado en el artículo 64, ya que éste se remite al artículo 63 cuyo concepto de circunstancia es evidentemente el mismo que el de los artículos 61 y 62.

Por último, el artículo 64, al excluir las reglas de aplicación de penas del artículo 63 respecto a las circunstancias en él aludidas, veda la *compensación* entre éstas y las genéricas de los artículos 20 a 22, lo cual debe considerarse correcto respecto a las circunstancias específicas, pero no en lo que concierne a las genéricas vinculadas a ciertos tipos, ya que éstas no pertenecen, a diferencia de las anteriores, al injusto específico ⁶⁰.

IV.3. El artículo 13.2 contiene una regulación sobre el *error en las circunstancias* que supone una notable mejora respecto a la situación actual ⁶¹: en primer lugar trata separadamente, en un párrafo propio, la problemática del error en las circunstancias. En segundo lugar, distingue conceptualmente, aunque no en las consecuencias, entre las circunstancias específicas y las genéricas ⁶². En tercer lugar elimina la imprecisa distinción en ellas entre error vencible o invencible.

Sin embargo, sigue manteniendo un *defecto importante*, cual es el de no abarcar las hipótesis de

error respecto a las atenuantes, tanto las que dan lugar a tipos privilegiados como las genéricas.

Dada la trascendencia de esta regulación quizás convenga que de una manera sumaria comprobemos qué resultados va a originar en las diferentes hipótesis imaginables.

Presupuesto en todo caso de lo que sigue es la renuncia a la utilización del artículo 62 como instrumento encargado de resolver los supuestos de error en las circunstancias: como ya hemos visto ⁶³, su finalidad no es ésa, lo que se ha visto corroborado desde 1983 con la inclusión, en la regulación general del error del artículo 6 bis a), de referencias, si bien muy incompletas e insatisfactorias, al error en las circunstancias, tendencia en la que se profundiza notablemente en el proyecto que estamos considerando ⁶⁴.

Respecto a las *agravantes del injusto específicas*, esto es, las que dan lugar a tipos agravados, serán casos de error aquellos en que se crea, equivocadamente, que no concurre la circunstancia: esta presencia de los elementos objetivos faltando el subjetivo se resolverá con la inapreciación del tipo agravado, en cumplimiento del artículo 13.2, inciso primero.

Por otra parte en los supuestos de error al revés, en los que se cree equivocadamente que concurre la agravación, el tipo agravado, todo lo más intentado, queda consumido por el tipo básico consumado.

El error sobre las *atenuantes del injusto específicas* se dará cuando se crea, equivocadamente, que concurre la circunstancia que da lugar a un tipo privilegiado. Sin embargo, tales casos de concurrencia del elemento subjetivo faltando los objetivos no podrán resolverse a través del artículo 13.2, inciso primero: ni la expresión «elemento del hecho que cualifique la infracción» parece ir referida a tipos privilegiados ni, aunque así fuera, tiene sentido la consecuencia que se prevé. Sólo cabría una apreciación analógica del artículo 13.2, inciso primero, que llevara a la aplicación del tipo privilegiado.

En el supuesto inverso, en que se cree equivocadamente que no concurre la atenuación, el tipo básico consumado consumirá al tipo privilegiado ⁶⁵.

⁵⁸ La distinción empleada en el artículo 64 del proyecto resulta especialmente útil a los fines de destacar la diferenciada presencia en las figuras de delito de componentes del injusto específico o genérico. Véase al respecto Díez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal», *op. cit.*, nota 174.

⁵⁹ Así también en relación con una situación equiparable del Proyecto 80, Alonso Alamo: «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal», *Cuadernos de Política Criminal*, num. 19, 1983, pág. 11.

⁶⁰ Véase al respecto *supra* Nota anteprecedente.

Llega desde un enfoque conceptual distinto a conclusiones similares, a pesar de intentos interpretativos en sentido contrario, en relación con el Proyecto 80, Alonso Alamo: «La compensación...», *op. cit.*, págs. 11-13, 17.

Véase un panorama de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre este tema dentro de la legislación vigente, en Cerezo Mir: «Curso... II», *op. cit.*, págs. 104-105, Alonso Alamo: *Ibidem*, págs. 6-11.

⁶¹ Véase una crítica a la actual situación, entre otros, en Maqueda Abreu: «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, págs. 717-718; Mir Puig: «Derecho penal...», *op. cit.*, págs. 271-274; Cobo-Vives: «Derecho penal...», *op. cit.*, págs. 513-514.

⁶² Si bien no aclara suficientemente el carácter genérico de las circunstancias vinculadas a ciertos tipos pero que no dan lugar a tipos agravados o privilegiados.

⁶³ Véase *supra*.

⁶⁴ La situación es similar a la que se planteó en relación con el error sobre las causas de justificación, que hasta 1983 se pretendía resolver a través del artículo 9.1 y que tras la reforma debe resolverse por las reglas del error del artículo 6 bis a), sin juzgar ahora por cuáles.

La doctrina española sigue registrando sin embargo una fuerte tendencia a acudir al artículo 60 para resolver las hipótesis de error en las circunstancias también tras la reforma de 1983. Véanse al respecto Maqueda Abreu: «El error...», *op. cit.*, págs. 711 y ss. Mir Puig: «Derecho penal...», *op. cit.*, págs. 271-274. Cobo-Vives: «Derecho penal...», *op. cit.*, págs. 513-514.

Excede de las pretensiones de este trabajo profundizar en las críticas a esta tendencia así como confrontar las soluciones por la doctrina dadas en el marco de la regulación vigente con las que se ofrecen a continuación en texto a partir de la regulación del proyecto de 1992.

⁶⁵ En este caso ciertamente se deja sin valorar un minus parcial de injusto, del mismo modo que en el supuesto correlativo de la agravante lo que queda sin apreciar es un plus parcial de injusto.

En cuanto a las *circunstancias del injusto genéricas* no debe olvidarse que ya no afectan al injusto específico sino al genérico⁶⁶, lo que conlleva la importante consecuencia de que los supuestos de error son conceptualmente equivalentes al error de prohibición y no al error de tipo.

Por lo que se refiere a las *agravantes* los supuestos de error se abarcarán sin problemas por el artículo 13.2, inciso segundo. Su mención en un inciso distinto al de las agravantes específicas responde acertadamente a la diversa naturaleza del error sin que ocasione mayores problemas el que se les dé un tratamiento penal idéntico.

Los supuestos de error al revés se resuelven, de modo similar a las agravantes específicas, por medio de la no apreciación de la agravante genérica.

En lo que concierne a las *atenuantes* los supuestos de error no se aluden desde luego en el artículo 13.2, inciso segundo. Tampoco puede apreciarse el artículo 13.3 pues el sujeto no actúa creyendo que obra lícitamente⁶⁷. Sólo cabría, a semejanza de lo propuesto para las atenuantes específicas, una apreciación analógica de las reglas que rigen para las agravantes genéricas, en este caso el artículo 13.2, inciso segundo, y que llevara a tener en cuenta la atenuación.

En el supuesto inverso en que se cree equivocadamente que no concurre la atenuación, el hecho de que se den los elementos objetivos faltando el subjetivo permite hablar de una atenuante incompleta que podría dar lugar a la apreciación de una atenuante por analogía del artículo 20.6⁶⁸.

Las *circunstancias atenuantes o agravantes específicas o genéricas de la culpabilidad* ven limitada la posible relevancia de los supuestos de error, dada su localización categorial, a los que versen sobre los elementos que les sirven de base y no sobre sus componentes mismos. En cualquier caso no prevé el proyecto ninguna regulación de tales hipótesis.

Con dificultad, mayor para las atenuantes que para las agravantes, podrían ser resueltas a través de la apreciación analógica del artículo 13.2, incisos primero y segundo.

Los resultados obtenidos en el análisis precedente aconsejan utilizar una *propuesta de mejora* de la regulación del error en las circunstancias, que fundamentalmente subsane las lagunas originadas en relación con las circunstancias atenuantes específicas o genéricas de lo injusto.

La laguna también originada respecto a los supuestos de error sobre los elementos que sirven de base a las circunstancias de la culpabilidad, además de ser mucho más limitada, debe quedar pendiente de una regulación más general sobre el error relativo a los presupuestos que sirven de base a las causas que excluyen la culpabilidad, aún no claramente resuelto en nuestra doctrina.

⁶⁶ Véase Díez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad...», *op. cit.*, apartado 5.4.

⁶⁷ Véase sobre el problema, en relación con el error sobre las eximentes incompletas, un intento de solución desde el actual Código Penal, en Díez Ripollés: «La categoría de la antijuricidad...», *op. cit.*, nota 117.

Tal propuesta debería ante todo, en consonancia con el doble carácter categorial de los errores relativos a las circunstancias según sean específicas o genéricas, trasladar la regulación general del error de prohibición del artículo 13.3 al 13.2 y, en segundo lugar, crear un artículo 13.3 del siguiente tenor:

«El error sobre un elemento del hecho que cualifique o privilegie la infracción, o sobre una circunstancia agravante o atenuante, impedirá la apreciación del tipo cualificado o circunstancia agravante, y no será obstáculo para la apreciación del tipo privilegiado o circunstancia atenuante.»

IV.4. El artículo 63 realiza, por lo que respecta a las reglas de aplicación de pena en las circunstancias genéricas, una labor de *depuración* de la regulación hoy vigente en el artículo 61, que debe considerarse *acertada*.

Así, además de simplificar el encabezamiento del artículo, realiza una correcta refundición de los actuales números 3 y 4 del artículo 61, relativos a la no concurrencia o concurrencia conjunta de atenuantes y agravantes, en el propuesto artículo 63.1 con una redacción mejorada. Asimismo, en los casos de concurrencia de solo agravante o atenuante se establece un sistema más simplificado en los propuestos números 2 y 3 del artículo 63, sin que se prejuzgue en principio, como el actual artículo 61.2, una agravación más intensa en casos de concurrencia de más de una agravante.

También se mantiene, con buen criterio, el concepto de atenuante cualificada así como la rebaja en uno o dos grados de la pena en tal caso o en el de pluralidad de circunstancias atenuantes, siempre que no concorra agravante alguna. Surgen dudas respecto a si la rebaja en al menos un grado será obligatoria: si por un lado pudiera pensarse que no, dada la aparente exclusión del automatismo a partir de la exigencia expresa de motivación, por otro la sustitución del «podrán imponer» del Código vigente por el «impondrán» parece abonar la opinión contraria.

El último inciso del artículo 63.1 hace una salvedad de difícil comprensión respecto a la reincidencia genérica, a la que aparentemente excluye de las reglas de compensación de circunstancias atenuantes y agravantes. El inciso tenía sentido, aunque no estaba justificado políticocriminalmente, con la regulación de la reincidencia en el anteproyecto de Código, pero ahora resulta incoherente pues la reincidencia genérica no será compensable y la específica sí. Si no se procede a la *eliminación* del inciso, que es lo procedente, habrá que forzar una interpretación por la que se entienda que la salvedad citada alude a que, antes de integrar la reincidencia genérica en la compensación, hay que comprobar si el juez o tribunal estima que concurre, dado su carácter facultativo.

IV.5. El artículo 68 mantiene acertadamente el régimen penal de las eximentes incompletas, con una redacción mejorada que atiende a toda la complejidad de la situación.

⁶⁸ Lo que da lugar a una solución distinta a la adoptada en las atenuantes específicas, lo que resulta explicable a partir de las rigideces que introduce la relación entre tipo básico y tipo privilegiado o agravado. Véase nota 65.

Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de Código Penal de 1992

Antonio MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS

1. INTRODUCCION

Desde hace ya algunos años, y desde diversos sectores sociales, se viene destacando el continuo deterioro que sufre el medio ambiente a consecuencia de la actividad humana sobre la tierra y el peligro que para el propio hombre supone esta continua agresión a la naturaleza. La gravedad de la situación viene avalada por numerosos informes científicos que advierten de la realidad y seriedad de un peligro cuya denuncia no es hoy día monopolio de grupos o personalidades más o menos marginales. Se puede afirmar que, actualmente, toda la colectividad participa de la idea de que es necesario proteger el medio ambiente, protección que exige el esfuerzo de todos los colectivos, desde el ciudadano de a pie, en la realización de sus actividades más cotidianas, hasta el más alto de los responsables políticos. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer la importancia de activar todos los mecanismos posibles de protección, entre ellos los extrajurídicos, como incrementar la responsabilidad ético-social frente al medio ambiente¹, no se puede ignorar que es al Derecho al que corresponde el papel fundamental en la salvaguarda de la naturaleza, haciéndolo de forma compatible con el desarrollo de la sociedad, lo que constituye un auténtico desafío para los juristas dada la trascendencia del objetivo, la novedad del mismo y la insuficiencia de buena parte de las soluciones ofrecidas hasta el presente.

Tradicionalmente ha sido el Derecho administrativo el que se ha encargado de ofrecer protección al medio ambiente, a través de la programación y control de actividades que puedan dañar la naturaleza, como las de tipo industrial, estableciendo además un concreto régimen de sanciones, y a través de la protección de zonas naturales, por el valor ecológico que representan, o de determinadas especies en peligro de extinción. En este punto, destacar, dentro del ordenamiento jurídico español, el excesivo incremento de la normativa existente², que no se traduce necesariamente en una mayor eficacia, así como la dispersión de las competencias en varias administraciones, y ello pese al esfuerzo que ha supuesto la Ley de 27 de marzo de 1989 de Conservación

de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, que, aunque su Exposición de motivos pudiera llevar a pensar lo contrario, no cumple con las funciones de una Ley General del medio ambiente, exigida desde todos los estamentos jurídicos³.

Sin embargo, en los últimos años, en un intento de luchar contra la degradación de la naturaleza con todos los medios jurídicos con que cuenta el Estado, la mayoría de los ordenamientos están acudiendo al Derecho penal, tipificando como delito los atentados más graves contra los valores medioambientales. Así, destacar la Ley italiana para la tutela de las aguas contra la contaminación, de 10 de mayo de 1976, conocida como «Legge Merli», que establece varias figuras delictivas; la Ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, que introdujo en 1980 en el Código Penal un título específico «Delitos contra el ambiente»; o el Código Penal austríaco de 1974, tras su reciente reforma que entró en vigor el 1 de enero de 1989, a los que se unirá en el futuro el ordenamiento portugués si llega a buen término el Proyecto de nuevo Código Penal que incluye por primera vez la figura del delito ecológico.

Esta progresiva creación de tipos delictivos contrasta con la tendencia político-criminal, en buena parte de los ámbitos del Derecho penal, de liberalización y descriminalización, que hunde sus raíces en el revalorizado principio de intervención mínima; así, por ejemplo, con relación a las infracciones de tráfico o a la criminalidad patrimonial de bagatela, como lo demuestra la Ley italiana de despenalización de 24 de noviembre de 1981, o la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal español, que suprime algunas faltas y modifica la regulación de la imprudencia. El hecho de que en materia medioambiental la tendencia sea justamente la opuesta tiene una doble explicación. Por una parte, en los ámbitos más tradicionales del Derecho penal es frecuente que exista una sobrecarga de sanciones, mientras que, por el contrario, en materia de Derecho del medio ambiente, o en general en el campo de conductas conectadas con actividades de carácter tecnológico, hay que partir prácticamente de cero⁴, como ocurre con nuevas fi-

¹ Vid. Eser, A.: «Derecho ecológico», en *Revista de Derecho Público*, 1985, págs. 626-627.

² Entre las más de 300 disposiciones de carácter general vigentes hay que destacar, por su aplicación práctica, el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del ambiente atmosférico; la ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; el Real Decreto 849/1986, de 11 de

abril, de Dominio público hidráulico; y el Real Decreto Legislativo 1163/1986, de 13 de abril, que adaptaba al Derecho comunitario la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, de recogida de residuos sólidos urbanos.

³ Vid. González-Ripoll Garzón, J. J.: «Las relaciones entre la protección penal y administrativa del medio ambiente», en *Revista Tapia*, marzo-abril de 1992, págs. 23 y ss.

⁴ En tal sentido, Vercher Noguera, A.: «Consejo de Europa y

guras delictivas introducidas en el Proyecto de Código Penal, como la manipulación genética, la inseminación artificial no consentida, o los delitos contra la intimidad cometidos por medios informáticos. En segundo lugar, el medio ambiente, al igual que la ordenación del territorio o los intereses de los consumidores, se presenta como un claro ejemplo de la evolución del moderno Derecho penal hacia la protección de bienes jurídicos nuevos, en otras épocas inexistentes, y hacia la despenalización de aquellas otras conductas que han perdido buena parte del desvalor social que justificaba su inclusión en el Código Penal⁵.

Sin perjuicio de reconocer que la conveniencia de utilizar el Derecho penal como instrumento de tutela del medio ambiente es un tema de política criminal discutible, ya que podría defenderse una tutela exclusivamente extrapenal⁶, lo cierto es que el grado de degradación ambiental es tal que la lucha contra la misma requiere de todos los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, entre ellos, como *ultima ratio*, el Derecho Penal⁷; así lo ha reconocido el Consejo de Europa, que ya en su resolución (77) 28, de 27 de septiembre de 1977, «sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente», recomendaba el recurso al Derecho penal; más recientemente, se ha pronunciado en el mismo sentido la Resolución núm. 1, relativa «a la protección del medio ambiente por el Derecho penal», adoptada por la XVII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Estambul del 4 al 8 de junio de 1990⁸. No obstante, la anterior afirmación precisa una matización fundamental, y es que de nada servirá el Derecho penal si, previamente, no existe una programación por parte de la Administración pública de todas las actividades que puedan suponer un peligro para el medio ambiente; programación que debe ir acompañada de una tutela sancionadora extrapenal cronológicamente previa a la propiamente penal⁹; el Derecho penal debe, pues, asumir el papel de *ultima ratio*, reservándose para los atentados más graves contra el medio ambiente, siendo las normas no penales las que asuman el papel primario, a través de la programación, de una política preventiva y de un sistema sancionador no penal¹⁰. Sólo así se podrá hablar de una protección penal eficaz, y evitar el peligro denunciado por Rodríguez Ramos de caer «en el no infre-

cuento defecto político-criminal de “huir hacia el Derecho penal”, criminalizando simbólicamente —no realmente— una conducta o conjunto de conductas sin que tan aparentemente definitiva y rotunda solución tenga luego eficacia»¹¹. Efectivamente, de poco sirve sancionar gravemente en el Código Penal las emisiones de gases a la atmósfera cuando las de CO₂, causantes de los cambios climáticos, va aumentando progresivamente en España al amparo del Plan energético nacional, y cuando, a nivel internacional, no se logran acuerdos, no ya para limitar estas emisiones, sino simplemente para estabilizarlas; lo mismo ocurre con los vertidos a los ríos, ya que la principal causa de contaminación son las aguas residuales de las concentraciones humanas, que todavía se vierten, en la mayoría de los casos, sin ningún tipo de depuración, o, en el mejor de los supuestos, y normalmente en las grandes ciudades, con una depuración secundaria y no total.

En España la protección penal del medio ambiente tiene su origen en la propia Constitución, ya que el artículo 45 proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establece como obligación de los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales y prevé el establecimiento de sanciones penales, o en su caso administrativas, para quienes no respeten dicha utilización racional. Con ello la Norma fundamental pone término a la polémica sobre si es necesario o no acudir al Derecho penal para tutelar el medio ambiente, circunstancia que ha sido objeto de crítica por parte de algunos autores, para quienes hubiera sido preferible que el constituyente no vinculara al legislador obligándole a fijar sanciones penales; así Oscar Lazaga considera que «los tipos penales no precisan de clavo o escarpia alguna en la Constitución de los que ser colgados»¹²; en la misma línea, Tomás Ramón Fernández estima esta previsión «contraria a la línea de tendencia que hoy parece dominante y que apunta hacia la descriminalización de conductas»¹³. Por otra parte, el Texto constituyente se refiere a las sanciones penales en primer lugar, y parece otorgar a las administrativas un carácter alternativo, deficiente redacción que no puede interpretarse como una primacía del Derecho penal en la lucha contra la degradación ecológica, ya que ello sería contrario al principio de interven-

protección penal del medio ambiente», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 30 de abril de 1991, pág. 2.

⁵ Vid. Prats Canut, J. M.: «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitona*, Vol. II, VV.AA., ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 750.

⁶ Sobre la alternativa entre acudir o no al Derecho penal, vid. Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, ed. Colex, Madrid, 1992, págs. 79-83.

⁷ Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina penal española, así Conde Pumpido Tourón, C.: «Protección penal del medio ambiente», en *Medio Ambiente, Poder Judicial*, 2.ª ep., núm. especial IV, 1988, pág. 69, asume esta postura y cita a varios autores (De la Cuesta Arzamendi, Rodríguez Ramos, Muñoz Conde, Boix Reig, Peris Riera y Vercher Noguera).

⁸ Esta resolución se puede encontrar en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1569, de 15 de julio de 1990, págs. 55 y 56. En el mismo sentido se expresan el informe presentado a esta XVII Conferencia por el Ministro de

Justicia de la República Federal de Alemania bajo el título «Protección del medio ambiente por medio del Derecho penal», y el informe de la Delegación española, «La protección penal del medio ambiente en España», págs. 24 y 15, respectivamente, del indicado Boletín.

⁹ Vid. Bricola, F.: «Carattere "sussidario" del diritto penale e oggetto della tutela», en *Studi in memoria de Giacomo Delitala*, Vol. 1, VV.AA., ed. Giuffrè, Milán, 1984, pág. 131.

¹⁰ Vid. Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 118 y ss.

¹¹ Rodríguez Ramos, L.: «Protección penal del ambiente», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, VV.AA., ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 266.

¹² Alzaga Villaamil, O.: *La Constitución española de 1978 (Comentarios sistemático)*, ed. Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 326.

¹³ Fernández Rodríguez, T. R.: «El medio ambiente en la Constitución española», en *Documentación Administrativa*, núm. 190, 1981, pág. 348.

ción mínima, que obliga a ceder el primer lugar a la normativa administrativa.

Ante este mandato constitucional y la casi nula protección penal que se ofrecía al medio ambiente en España, protección, además, de tipo indirecto¹⁴, el legislador optó por introducir, con motivo de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 de reforma urgente y parcial del Código Penal, un artículo que tutelara directamente este bien jurídico, tipificando así, en el artículo 347 bis, lo que se conoce por la doctrina como *delito ecológico*. Este precepto ha sido objeto de duras críticas por parte de todos los tratadistas que se han ocupado del mismo, abogando todos ellos por una serie de reformas, ya sean de aspectos puntuales de su redacción, o de la totalidad del mismo. Pero, quizás, lo más destacado del artículo 347 bis CP es su escasa aplicación práctica, así, hasta el 20 de febrero de 1988 no se produjo la primera sentencia condenatoria, y aún hoy, si bien va aumentando el número de sentencias, éstas siguen siendo muy escasas si se comparan con los continuos atentados que sufre el medio ambiente, lo que lleva a Prats Canut a hablar de una «cifra negra» en materia medioambiental¹⁵. En este punto es significativo que la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, territorio donde se concentra el mayor número de procesos penales por delitos ecológicos, al elaborar una Propuesta de Anteproyecto del Código Penal en materia de delitos contra el medio ambiente, que fue asumida por el VI Congreso de la Unión Progresista de Fiscales (mayo de 1991), en la Exposición de motivos afirma: «Puede constatar que las agresiones que sufre nuestro entorno natural van aumentando extraordinariamente y, frente a ello, poco pueden hacer jueces y fiscales si la normativa penal al respecto no es objeto de una verdadera modificación.»

Ante esta situación, la reciente aprobación por el Consejo de Ministros de un Proyecto de Código Penal, en el que se realiza una tipificación de los delitos contra el medio ambiente diferente de la contenida en el actual Código, crea importantes expectativas, dada la imperiosa necesidad de frenar la degradación ambiental, empeño en el que está en juego la propia subsistencia del hombre sobre la tierra. El objetivo de la presente investigación es analizar el Proyecto, para, a la luz de la experiencia otorgada por el vigente artículo 347 bis, destacar las novedades previstas en el mismo, así como aquellos aspectos susceptibles de ser mejorados.

2. UBICACION SISTEMÁTICA

El Proyecto de Código Penal de 1992 ha optado por recoger los delitos contra el medio ambiente

¹⁴ Para una exposición de las normas que, antes de la aprobación del art. 347 bis CP, ofrecían protección penal al medio ambiente, *vid.* Rodríguez Ramos, L.: «Presente y futuro de la protección del medio ambiente en España», en *Derecho y Medio Ambiente*, VV.AA., Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, CEOT-MA, Madrid, 1981, págs. 243-245. *Id.*: «Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente», en *Revista Internacional de Droit Pénal*, 1978-I, págs. 282-284.

¹⁵ Prats Canut, J. M.: «Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección del medio ambiente», en *La protección*

dentro del Título XIII del Libro II, conjuntamente con los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la vida silvestre, integrando cada uno de estos tres grupos delictivos los tres capítulos en que se divide el Título, siendo el Capítulo II el que lleva por rúbrica «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», rúbrica que, por tanto, introduce una doble referencia, a los recursos naturales y al medio ambiente, que debe calificarse de innecesaria, ya que los primeros quedan encuadrados dentro del segundo, desde el momento en que el medio ambiente se identifica con la totalidad de los recursos naturales, esto es, con el suelo, el aire, el agua, la fauna y la flora. Este Título sigue al correspondiente a los «delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico» (Tít. XII) y precede a «los delitos contra la seguridad colectiva» (Tít. XIV).

Con esta ubicación sistemática, que es la misma de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, se supera una de las críticas realizadas a la actual redacción del Código Penal, según la cual, al no situar el artículo 347 bis dentro de un capítulo o sección exclusivamente dedicado a este tipo de delitos, no se dota al bien jurídico medio ambiente de la necesaria autonomía frente a otros bienes jurídicos tradicionales, como son la salud pública e individual o la calidad de vida en general, con los que no debe confundirse aunque éstos aparezcan como conexos o concurrentes¹⁶. Ya el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 integraba los delitos contra el medio ambiente dentro de los delitos contra la salud pública (Cap. III, Tít. VII, «Delitos contra la seguridad colectiva»), lo que le valió la indicada crítica de falta de autonomía del bien jurídico medio ambiente, llegándose a hablar de inconstitucionalidad por omisión, al no cumplirse el mandato del artículo 45.3 de la Norma fundamental de proteger penalmente el medio ambiente, pues, el bien jurídico protegido era en realidad la salud pública¹⁷. La reforma operada en 1983 ha salvado esta crítica sólo de forma parcial, ya que, si bien ha situado el artículo 347 bis entre los anteriores delitos contra la salud pública (Sección 2.ª, Cap. II, «Delitos de riesgo en general», Tít. V), ha modificado, sin embargo, simultáneamente la rúbrica de la citada sección que alude a «delitos contra la salud pública y el medio ambiente».

3. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en el Proyecto en nada difiere del protegido en el vigente artículo 347 bis, siendo, por tanto, válidas todas las consideraciones que los tratadistas han venido haciendo en torno al

penal del medio ambiente, VV.AA., Agencia de Medio Ambiente, Madrid, 1991, pág. 57.

¹⁶ *Vid.* Sánchez Migallón Parra, M. V.: «El bien jurídico protegido en el delito ecológico», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 29, 1986, p. 338.

¹⁷ En tal sentido, Rodríguez Ramos, L.: «Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto)», en *La reforma penal y penitenciaria*, VV.AA., Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 473.

mismo. Las diversas definiciones que se han aportado, en mayor o menor medida, definen el bien jurídico medio ambiente en base a la idea de equilibrio ecológico, poniéndolo en relación con el hombre o con la vida, asumiendo así un antropocentrismo moderado que está presente tanto en el artículo 45 de la Constitución, con las referencias a la «calidad de vida» y «desarrollo de la persona»¹⁸, como en el artículo 347 bis y en el Proyecto de Código Penal, que se refieren a «la salud de las personas». De entre estas definiciones se puede destacar la aportada por Enrique Bacigalupo, para quien el medio ambiente se presenta como el «mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales»¹⁹.

Sentado este concepto, es conveniente hacer una doble matización. En primer lugar, como ya se ha adelantado, que la tutela ambiental no se confunde con la protección de la vida y otros bienes del hombre, sino que el medio ambiente es un bien jurídico específico que no puede identificarse con estos valores, presentándose más bien, en palabras de Rodríguez Ramos, como «un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales..., fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre todos ellos, entidad que tiene, por tanto, un carácter de síntesis o síncretismo de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro»²⁰. En segundo lugar, la fuerte dependencia del Derecho penal con respecto al administrativo en materia medioambiental, que se traduce en la utilización, tanto en el vigente Código como en el Proyecto, de la técnica de la ley penal en blanco a la hora de tipificar el delito ecológico, ha llevado a no pocos autores a entender que el bien jurídico protegido no está constituido por los valores medioambientales en general, sino por las facultades de la Administración en la ordenación y tutela de esos valores, con lo cual no nos encontraríamos frente a tipos de peligro abstracto respecto al bien ambiental, sino frente a delitos de efectiva lesión del interés institucional a configurar de una determinada manera el mismo medio ambiente. Sin poder profundizar en esta interesante cuestión²¹, hacemos nuestra la opinión contraria, afirmando, con Albin Eser, que «el Derecho penal del ambiente no persigue la mera protección de las normas administrativas y de los fines de gobierno, distribución y organización de los recursos ambientales que las caracterizan, sino de los mismos elementos biológicos que constituyen el "involucro" natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre»²².

4. LAS CONDUCTAS CONTAMINANTES

Al contrario de lo que ocurre en el vigente Código, el Proyecto dedica a los delitos contra el medio ambiente varios preceptos y no se limita a sancionar las acciones contaminantes, consistentes en realizar «emisiones o vertidos», sino que también establece penas para otros tipos de conductas, que serán analizadas a continuación, siguiendo el orden establecido en el articulado, comenzando, pues, por las contaminantes.

El artículo 312 del Proyecto, que es el equivalente al artículo 347 bis, prescribe:

- «1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses de inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, radiaciones, vertidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida silvestre, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.
2. Se impondrá la pena superior en grado si la industria o actividad funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma, o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.
También se impondrá la pena superior en grado si los actos descritos en el apartado primero de este artículo originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.
3. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal, sin que pueda exceder de cinco años, o definitiva de la industria, actividad, establecimiento o empresa.»

¹⁸ Vid. Rodríguez Ramos, L.: «El medio ambiente en la Constitución española», en *Derecho y medio ambiente*, VV.AA., Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, CEOTMA, Madrid, 1981, pág. 38.

¹⁹ Bacigalupo, E.: «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. V, VV.AA., Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 200-201.

²⁰ Rodríguez Ramos, L.: «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. 2º, ed. Ederesa, Madrid, 1985, pág. 830.

²¹ Para un análisis de la misma, vid. Mateos Rodríguez-Anas, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 56-60.

²² Eser, A.: «La tutela penale dell'ambiente in Germania», en *L'Indice penale*, 1989, pág. 237.

4.1. Los sujetos

4.1.1. Sujeto pasivo

Desde el momento en que el bien jurídico medio ambiente no pertenece exclusivamente a una persona determinada, sino que es toda la colectividad la que se ve perjudicada por la degradación ambiental, el sujeto pasivo en este delito tiene una especial configuración. La propia redacción del artículo 312 del Proyecto apoya esta afirmación al exigir que las conductas que castiga «puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, o las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», de modo que el peligro que genera la conducta típica ha de afectar o a las personas en general, a través de su salud, o a animales o cosas cuya supervivencia son esenciales para el colectivo de seres humanos²³.

4.1.2. Sujeto activo

El artículo 312 del Proyecto no introduce ninguna novedad, con relación al vigente artículo 347 bis, a la hora de configurar el sujeto activo, ni el tipo básico, ni el primero de los tipos agravados previstos en el párrafo segundo. Así, en el tipo básico, el sujeto activo puede ser cualquier ser humano, pues el precepto comienza diciendo «el que». Por el contrario, en el primero de los tipos agravados se restringe el círculo de los posibles sujetos activos, ya que se exigen unas cualidades que sólo pueden ocurrir en las industrias²⁴, lo que obliga, en base al principio *societas delinquere non potest*, a aplicar el artículo 28 del Proyecto (equivalente al actual art. 15 bis), sancionando así a la persona que actúa en representación de dicha industria.

Por el contrario, el artículo 312 sí introduce una importante novedad al describir la segunda de las agravaciones previstas en su párrafo segundo, con lo que pondrá término a las diversas interpretaciones a que actualmente da lugar la confusa redacción del artículo 347 bis. Efectivamente, este precepto prescribe: «También se impondrá la pena superior si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.» Ante esta malograda redacción caben tres posibilidades interpretativas: 1) Entender que los actos anteriormente descritos son exclusivamente los del párrafo segundo, pero no los del primero, con lo cual, al igual que en la primera agravación, la acción sólo se podría cometer a través de una industria. 2) Entender que los actos anteriormente descritos son exclusivamente los del párrafo primero, con lo cual, sujeto activo puede serlo cualquiera, como corresponde a la expresión «el que». 3) Por último, entender que la expresión actos anteriormente des-

critos se refiere a todos los anteriores y no sólo a los del párrafo primero, lo que permitiría que la agravación de párrafo tercero tuviera como punto de referencia y partida el tipo ya agravado del párrafo segundo, esto es, una acumulación de ambas agravaciones. Las posiciones doctrinales están encontradas entre quienes defienden la segunda opción y quienes son partidarios de la tercera²⁵.

Esta perturbadora ambigüedad es suprimida en el artículo 312 del Proyecto, que, al establecer la agravación para los supuestos de riesgo de deterioro irreversible o catastrófico la vincula a los «actos descritos en el apartado primero», esto es, a los del tipo básico, con lo que no es posible acumular las dos agravaciones cuando los hechos del tipo básico, con riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, sean cometidos, además, a través de una industria con alguna de las deficiencias previstas en la primera agravación. Esta redacción del Proyecto no es satisfactoria, pues, cuando una industria funciona clandestinamente y, además, origina un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, existe un doble desvalor que no siempre será tratado como tal. Así, si el riesgo de deterioro generado por una industria clandestina no es irreversible o catastrófico, dicha clandestinidad se tendrá en cuenta para elevar la pena al grado superior; por el contrario, si se ocasiona un riesgo de deterioro con estas características, la clandestinidad no se tendría en cuenta y se impondría a los responsables de esta industria la misma pena que a aquellos que, generando el mismo tiempo de riesgo, hubieren actuado al margen de toda organización o a través de una industria sin la caracterización de la clandestinidad²⁶.

4.1.3. Los funcionarios públicos

Las importantes facultades que tiene concedidas la Administración en la conservación del medio ambiente y las estrechas relaciones existentes en esta materia entre Derecho penal y Derecho administrativo, convierten al funcionario público responsable de la actividad de la Administración en un potencial colaborador, ya sea de forma dolosa o de forma negligente, con el sujeto activo del delito ecológico.

Ante esta realidad, se le presentan al legislador penal dos opciones: o bien regular la responsabilidad del funcionario público en un precepto específico, dentro de los que tipifiquen el delito ecológico, o bien acudir a los preceptos de carácter general, tal como hace nuestro vigente Código y el Código Penal alemán, este último pese a que, al introducirse en 1980, un título dedicado a los delitos contra el medio ambiente, hubo una corriente doctrinal que propuso crear un tipo para la actuación de los funcionarios²⁷. La opción que parece preferible es la señalada en segundo lugar, siempre que los precep-

²³ En tal sentido, Beltrán Ballester, E.: «El delito ecológico», en *Medio Ambiente, Poder Judicial*, 2.ª ep., núm. especial IV, 1988, pág. 95.

²⁴ En tal sentido, Beltrán Ballester, E.: ob. cit., pág. 96.

²⁵ Para un análisis de estas posiciones, vid., Mateos Rodríguez-Anas, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 250-252.

²⁶ En tal sentido, Terradillos Basoco, J.: «El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa», en *El delito ecológico*, VV.AA., ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 95.

²⁷ Vid. De la Cuesta Arzamendi, J. L.: «La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pág. 661.

tos generales sean suficientes para solucionar la cuestión, evitando así privilegiar un sector como el medio ambiente respecto a otros sectores que no contarían con un precepto similar²⁸. Y, en todo caso, si los preceptos generales se revelan insuficientes para penalizar todos los comportamientos posibles de un funcionario público con relación al medio ambiente, la solución no será crear un tipo específico, sino suplir las deficiencias dentro de los preceptos generales. De acuerdo con esta idea, Rodríguez Ramos, frente al Proyecto de Código Penal de 1980, que dedicaba un artículo a tipificar la actuación del funcionario público, y teniendo en cuenta que el problema no es exclusivo de los delitos ecológicos, entiende como mejor solución crear un precepto general donde se tipifiquen los diversos supuestos de participación del funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, en delitos no especiales para los funcionarios, sancionando esta participación de forma agravada, por concurrir la circunstancia de prevalimiento del carácter público, y previendo específicamente la pena de inhabilitación²⁹.

Sin embargo, el Proyecto de Código Penal ha optado por la solución contraria a la aquí defendida, siguiendo el criterio del Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983, y así, en su artículo 313 prescribe: «Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo anterior hubieren obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquélla sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa, y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.»

Aparte de su ya apuntada innecesariedad, este artículo, pese a su prolija redacción no prevé todos los supuestos posibles, así sanciona al funcionario público que, con motivo de su labor de inspección de una industria, haya llegado a tener conocimiento de la infracción de una norma medioambiental, y se abstenga de ponerlo en conocimiento de la autoridad competente, pero no parece tener cabida el supuesto en que el funcionario no llega a tener conocimiento de la infracción porque, por mera dejadez, no realiza la labor de inspección a que está obligado.

4.2. El resultado. La situación de peligro

El primer párrafo del artículo 312 sanciona las conductas que «puedan perjudicar gravemente las con-

diciones de la vida silvestre, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», agravando la pena cuando el riesgo de perjuicio grave lo fuere para la salud de las personas, con lo cual el Proyecto opta por tipificar este delito como de peligro. Si la anterior conclusión no ofrece ninguna duda, no ocurre lo mismo con la interpretación de la expresión *puedan perjudicar*, que puede dar lugar a entender que nos encontramos ante un supuesto o bien de peligro concreto, o bien de peligro abstracto.

Para entender esta dificultad interpretativa en toda su extensión, es necesario partir del texto del vigente artículo 347 bis, que sanciona las conductas que «pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». La utilización de estas dos alternativas (*pongan en peligro o puedan perjudicar*) ha dividido a la doctrina.

Un primer grupo de autores entiende que la segunda alternativa contiene un delito de peligro abstracto. Así, Enrique Bacigalupo, al analizar el artículo 323 del Proyecto de 1980, no dudaba en afirmar que aportaba el criterio, preferible, de conformar el supuesto de hecho típico como delito de peligro abstracto, apoyándose para ello en que la redacción del precepto resultaba clara al referirse a intervenciones en el medio ambiente que «puedan perjudicar gravemente a las personas», redacción que, en definitiva, coincide con la segunda de las alternativas del actual artículo 347 bis³⁰. Por su parte De la Cuesta Arzamendi señala, al criticar el precepto, que la perplejidad originada por el mismo llega al máximo «cuando se comprueba que, mientras que para la salud de las personas el desvalor de resultado siempre requiere un peligro concreto, basta la aptitud para la producción de un daño a «las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles» para rellenar el tipo y hacerse acreedor a las mismas penas. Y como ha indicado Tieddemann, «no se entiende muy bien por qué la vida animal, etc., se protege, así, de manera mejor que la salud de los seres humanos»³¹. Esta misma idea es defendida por Vercher Noguera, para quien el párrafo 1.º incorpora una difícilmente conjugable mezcla de un peligro concreto («pongan en peligro» grave la salud de las personas, aunque en el ámbito colectivo) y un peligro abstracto («puedan perjudicar» las condiciones de la vida animal, bosques, etc.)³². En la misma línea se sitúa Terradillos Basoco, para quien: «Hay que distinguir entre dos distintas conductas: una puesta en peligro concreto de la salud de las personas y una puesta en peligro abstracto de las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles»³³.

²⁸ En tal sentido, Fiandaca, G. y Tesitore, G.: «Diritto penale e tutela dell'ambiente», en *Materiali per una riforma del sistema penale*, VV.AA., ed. Angeli, Milán, 1984, pág. 59.

²⁹ Rodríguez Ramos, L.: «Protección penal del ambiente», cit., pág. 277.

³⁰ Bacigalupo, E.: «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», cit., págs. 203-204.

³¹ De la Cuesta Arzamendi, J. L.: «Protección de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XII, L II, PANCP 1983)», en *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la PANCP*,

Vol. II, VV.AA., Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 917, que a su vez, cita a Tieddemann, K.: «El nuevo Derecho penal español del medio ambiente en comparación con el Derecho penal alemán del medio ambiente», conferencia dictada en el Ilustre Colegio del Señorío de Vizcaya (Bilbao, 6 de abril de 1984).

³² Vercher Noguera, A.: «El delito ecológico: aplicación y problemas prácticos», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 17 de octubre de 1989, pág. 2.

³³ Terradillos Basoco, J.: «El ilícito ecológico. sanción penal-sanción administrativa», cit., pág. 98.

Frente a esta corriente doctrinal, está muy extendida entre los autores españoles la opinión de que, en ambas alternativas, el tipo exige la concurrencia de un peligro concreto, privando de toda trascendencia a las diferentes expresiones utilizadas (pongan en peligro o puedan perjudicar), ya que, en palabras de Boix Reig, nos encontramos ante meras «deficiencias del precepto legal» de las que no se pueden extraer mayores consecuencias³⁴. Este es el criterio que parece seguir el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 1990, ya que, en el Fundamento de derecho decimoséptimo, señala que «el artículo 347 bis CP describe en su apartado primero, de manera no excesivamente precisa, una conducta que puede ser incluida dentro de las modalidades de delito de peligro o de mera actividad que se consuma con la simple puesta en peligro de la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles según la literalidad del último pasaje del primer párrafo del artículo 347 bis del CP». Así pues, el TS se refiere a una sola conducta, equiparando la hipótesis de poner en peligro y poder perjudicar, a las que encuadra dentro de la categoría de lo que denomina «delito de peligro o de mera actividad», expresión esta última poco acertada, ya que podría llevar a pensar que se trata de un delito sin resultado, cuando, en realidad, el resultado lo constituye el riesgo en que se coloca al bien jurídico.

Ciertamente, en la redacción del artículo 312 del Proyecto de Código Penal no hay lugar para la discusión expuesta sobre si se prevén dos o una sola clase de peligros, ya que en el mismo se suprime la alternativa entre las dos expresiones analizadas, refiriéndose exclusivamente a conductas que puedan perjudicar a los valores medioambientales o a la salud de las personas. No obstante, los argumentos esgrimidos por el grupo de autores expuestos en primer lugar siguen teniendo suma importancia, ya que, al ubicar el supuesto de peligro concreto en la alternativa *pongan en peligro* y el supuesto de peligro abstracto en la de *puedan perjudicar*, habría que concluir, de mantenerse esta opinión, que el artículo 312 tipifica un delito de peligro abstracto, pues ha sido la segunda expresión la elegida por los autores del Proyecto. Por el contrario, parece que existen argumentos suficientes para afirmar que el artículo 312 tipifica un delito de peligro concreto, esto es, que al exigir que las acciones puedan perjudicar a los valores medioambientales o a la salud de las personas, está exigiendo la concreción del peligro en

cada supuesto específico, y ello pese a que la redacción del precepto no ayuda a mantener esta opinión, ya que el término *puedan perjudicar* da idea de cierta potencialidad en el peligro, contraria a la exigencia de que sea concreto.

Para entender que no nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, es necesario partir de las propias características de este tipo de delitos, en los cuales el legislador no requiere la presencia de un peligro concreto para el bien jurídico, sino que se conforma con la peligrosidad potencial de la acción, esto es, con que la acción sea generalmente idónea para ocasionar un daño, idoneidad que se encuentra implícita en la acción típica, pues, si el legislador ha tipificado la conducta, es, precisamente, por considerarla, de acuerdo con sus reglas de experiencia, normal y generalmente peligrosa. Por ello, el Código Penal, cuando tipifica un delito de peligro abstracto, como en el vigente artículo 340 bis a) 1.º, se limita a describir la conducta, pero sin hacer ninguna referencia a su peligrosidad con expresiones como *puedan perjudicar*, ya que el tipo describe una acción que se considera siempre peligrosa, una acción que *siempre perjudica* al bien jurídico, entendiéndose por perjudicar su mera puesta en peligro y no su efectiva lesión³⁵. Y, por ello, si, como en el presente caso del artículo 312, el legislador no se conforma con describir la acción y añade una expresión como *puedan perjudicar*, hay que entender que no la considera generalmente peligrosa, y, por ello, exige que se compruebe el peligro en cada caso concreto³⁶.

En definitiva, y partiendo de la base de que el Proyecto tipifica un delito de peligro concreto y no abstracto, resulta que el tipo no se conforma con que la emisión, radiación, vertido, vibración, inyección o depósito se haya realizado contraviniendo lo dispuesto en las «Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente», sino que exige, además, que «puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida silvestre, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», o, con pena agravada, la salud de las personas, con lo cual exige al juzgador comprobar la situación de peligro concreto para estos valores, comprobación que puede resultar especialmente difícil, cuando no imposible, y que no pasa de ser una exigencia superflua, pues, si una conducta está prohibida por una norma protectora del medio ambiente es porque la misma resulta perjudicial o tiene capacidad para serlo, conclusión a la que llega el legislador aplicando una serie de reglas de experiencia y de conocimientos tecnológicos de los que el juez normalmente carecerá, con lo cual no hace sino

³⁴ Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», en *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., VV.AA., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 388. En el mismo sentido Rodríguez Ramos, L.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 837; Ferris Riera, J. M.: *Delitos contra el medio ambiente*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1984, pág. 32; Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, ed. Ariel, Barcelona, 1986, pág. 354; Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 511, Cantarero Bandrés, R.: «El delito ecológico: análisis del actual tipo penal y sus antecedentes», en *El delito ecológico*, VV.AA., ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 76.

³⁵ Con esta afirmación no se niega la posibilidad de que una conducta abstractamente peligrosa, incriminada en cuanto tal por

el legislador, se revele inocua en el caso concreto, por carecer de una idoneidad general para la lesión, de modo que se produzca una disfunción entre presunción legal y realidad del peligro, lo que conllevaría a su no penalización, sin que pueda hablarse, por tanto, de una presunción *iuris et de iure* de peligro, y sin que ello suponga, por el contrario, transformar el peligro abstracto en peligro concreto. Sobre esta interesante problemática, cuyo análisis sobrepasa los objetivos de esta investigación, vid. Parodi Guiusino, M.: *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, ed. Giuffrè, Milán, 1990, págs. 402-413; Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 94-104.

³⁶ Vid. Mateos Rodríguez-Arias, A.: ob. cit., págs. 257-258.

allanar su labor a la hora de aplicar la norma penal³⁷, ya que no puede ignorarse que, en esta materia, resulta especialmente difícil especificar cuantitativa y cualitativamente los efectos que una conducta ocasiona sobre el medio ambiente, así como la búsqueda de la conducta particular a la cual atribuir causalmente la producción de un daño o de un peligro concreto³⁸.

Por todo lo anterior, y sin ignorar los grandes recelos que esta técnica de protección penal suscita con relación a principios como el de la determinación de la norma y ofensividad, que aconsejan una gran cautela por parte del legislador a la hora de utilizarla, hubiera sido preferible que el Proyecto optase por los delitos de peligro abstracto, cuya tipificación, a su vez, tendría que realizarse a través de una norma penal en blanco, aspecto al que se hará referencia en el apartado siguientes. En concreto, la norma penal debe tipificar comportamientos: 1) que supongan infracción de alguna norma administrativa protectora del medio ambiente; 2) que sean de por sí idóneos (cuando menos a nivel de peligro abstracto) para ocasionar un perjuicio a algún bien de valor medioambiental. Ahora bien, la exigencia de idoneidad general para ocasionar daño no exige al juzgador mayor labor de comprobación que la de acreditar que se han superado los límites fijados en las normas no penales, ya que si está prohibido superarlos es, precisamente, por la peligrosidad que entraña dicha conducta, de acuerdo con las reglas de experiencia del legislador.

Dentro de nuestra doctrina, Rodríguez Ramos es el más claro defensor de configurar el delito ecológico como peligro abstracto. Ya con anterioridad a la introducción del artículo 347 bis dentro del CP, señalaba que la opción político-criminal más adecuada es la que configura tales delitos como de mera actividad, desapareciendo así los problemas de nexos causal entre manifestación de voluntad y resultado, y, en su propuesta alternativa, optaba por castigar a «los que provocaron o permitieron emisiones o vertidos, contraviniendo lo dispuesto en las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente», pero sin exigir que se produzca ninguna situación de peligro³⁹. Esta postura, si bien cuenta con detractores, va ganando terreno dentro de la doctrina⁴⁰.

Destacar, por último, a favor de esta opción, que el Código Penal alemán, reformado por ley de 28 de marzo de 1980, que introdujo el título de los delitos

contra el ambiente, configura el mayor número de hipótesis delictivas como el peligro abstracto, aunque existe un tipo de daño, el párrafo 324, que establece pena para quien sin autorización contamine el agua o, de cualquier otro modo, altere perjudicialmente sus cualidades propias; y algún supuesto de peligro concreto, como el párrafo 330 a), que sanciona a quien esparciendo o emitiendo venenos ponga a otra persona en peligro de muerte o lesión corporal grave⁴¹. También el legislador italiano, en la Ley Merli, la más importante de las diversas normas que sectorialmente tutelan el medio ambiente, opta, básicamente, por los supuestos de peligro abstracto⁴².

4.3. La remisión del tipo a la normativa administrativa

Si el primer punto sobre el que ha de decidir el legislador a la hora de tipificar los delitos contra el medio ambiente es qué grado de peligro va a exigir, el segundo punto es cómo articular las normas penales protectoras de este bien jurídico con las de carácter administrativo que cumplen la misma misión. Se trata, pues, de decidir el grado de dependencia que el Derecho penal, en esta materia, asumirá respecto al Derecho administrativo.

Dada la imposibilidad de adentrarse en una problemática tan compleja como interesante⁴³, será suficiente partir de la base de que *la primacía en la lucha contra la degradación ecológica corresponde al Derecho administrativo*, ya que es imprescindible una normativa administrativa que programe todas las actividades que puedan suponer un peligro para el medio ambiente, determinando cualitativa y cuantitativamente cuáles son los límites permitidos en acciones de este tipo. La decisión no puede ignorarse que es de carácter político, ya que la sociedad no está en situación de perseguir una pureza total del medio ambiente, lo que obligaría a renunciar a muchos modos de actuar dañinos que son imprescindibles para mantener un cierto desarrollo económico y un nivel ocupacional lo más alto posible. En realidad, todos los comportamientos del hombre de tipo industrial afectan al medio ambiente; se trataría de prohibir aquellos que lo hacen de un modo intolerable, con un alto grado de contaminación que daña el equilibrio ecológico o con vertidos o emisiones que la propia naturaleza no es capaz de asimilar. A

³⁷ En tal sentido, Fiandaca, G.: «Note sui reati di pericolo», en *Il Tommaso Natale*, 1977, pág. 188; Grasso, G.: «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1986, pág. 717; Parodi Giusino, M.: *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 380.

³⁸ En tal sentido Sgubbi, F.: «Concorso di persone e permanenza, a proposito di alcune fattispecie in tema di inquinamenti», en *Gli inquinamenti, profili penali*, VV.AA., ed. Giuffrè, Milán, 1974, pág. 119.

³⁹ Rodríguez Ramos, L.: «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España», cit., págs. 254-256; «Protección penal del ambiente», cit., págs. 275-277. En sus obras posteriores a 1983 continúa siendo partidario de la no exigencia de producción de peligros efectivos en la tipificación del delito ecológico, así, «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 837.

⁴⁰ En tal sentido Fiandaca, G.: «La tipizzazione del pericolo»,

en *Dei delitti e delle pene*, 1984, págs. 458-459; Fiandaca, G. y Tesitore, G.: «Diritto penale e tutela dell'ambiente», cit., pág. 61; Grasso, G.: «L'anticipazione della tutela penale; i reati di pericolo e i reati di attentato», cit., pág. 725; Sgubbi, F.: «Concorso di persone e permanenza, a proposito di alcune fattispecie in tema di inquinamenti», cit., pág. 119; Bacigalupo, E.: «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», cit., pág. 203.

⁴¹ Vid. De la Cuesta Arzamendi, J. L.: «La ley alemana de reforma del Código Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente», cit., págs. 651 y ss.

⁴² Vid. Bajno, R.: «Tutela dell'ambiente nel Diritto penale», en *Digesto italiano delle discipline penali*, Tomo I (A-B), VVI.AA., ed. Utet, Turín, 1987, pág. 115.

⁴³ Para un profundo estudio de esta cuestión, vid. Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 113-136.

la autoridad política corresponde equilibrar todos los intereses conexos a la política medioambiental y fijar esos comportamientos que no son admisibles, así como las medidas que se hacen necesarias para la protección del medio ambiente, valorando el coste que estas medidas representan para las propias empresas destinatarias y los perjuicios que ocasionaría su no adopción⁴⁴.

Por todo lo anterior, y sin perjuicio de reconocer que, en determinados casos, el Derecho penal podrá actuar de forma autónoma, lo cierto es que, como señala Rodríguez Ramos, el papel del legislador penal debe reducirse a sancionar penalmente comportamientos descritos básicamente en el sector administrativo del ordenamiento jurídico, sin que le corresponda a él mismo establecer el concepto de medio ambiente o las modalidades de agresión⁴⁵.

Esta dependencia del Derecho penal del medio ambiente respecto al Derecho administrativo, que ha sido calificada por Albin Eser como «talón de Aquiles» de nuestra disciplina y como un inconveniente en parte ineliminable⁴⁶, conlleva la afirmación de que, en esta materia, *el Derecho penal cumple una función de carácter auxiliar*. Ya en el año 1977 la Resolución (77) 28 «Sobre la contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente», adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, declaraba el carácter auxiliar del Derecho penal en materia ambiental. En el mismo sentido, la Tercera Recomendación de la Sección II del XII Congreso internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Hamburgo en septiembre de 1979, afirmaba: «En la preservación del medio ambiente, corresponde el papel esencial a las disciplinas no penales. El Derecho penal debe intervenir, sin embargo, para asegurar la eficacia de la normativa de carácter no penal, principalmente de Derecho administrativo y de Derecho civil. En este ámbito el Derecho penal cumple ante todo una función auxiliar. Es preciso, no obstante, que el Derecho penal intervenga de forma autónoma en supuestos de atentado grave al medio ambiente»⁴⁷.

Pues bien, el mecanismo legal por el que optan todos los ordenamientos para articular las normas administrativas y las penales no es otro que el de las *leyes penales en blanco*, técnica legislativa que ha merecido gran atención por parte de la doctrina por las dudas que suscita su compatibilidad con el principio de legalidad y, por extensión, con el de segu-

ridad jurídica; dudas que no han sido disipadas, en un sentido o en otro, por el Tribunal Constitucional, el cual en ninguna de sus sentencias ha tratado la adecuación de este tipo de leyes al texto de la Constitución, a lo que se suma la jurisprudencia vacilante que ha generado el Alto Tribunal cuando ha afrontado las remisiones normativas en materia sancionadora⁴⁸.

Aunque algunos autores se han mostrado con toda claridad contrarios a la constitucionalidad de las leyes penales en blanco⁴⁹, la mayoría, quizás partiendo de la idea de que esta técnica legal se presenta en determinadas ocasiones como inevitable⁵⁰, entienden que la remisión normativa que conlleva toda ley penal en blanco será respetuosa con la reserva de ley en materia penal, siempre que dicha remisión se realice dentro de unos límites más o menos concretos. Así, Franco Bricola, cuya postura compartimos, señala que el reenvío a los reglamentos «debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer dejando a la fuente secundaria tan sólo la enunciación técnica, detallada, y la puesta al día de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor; a condición, además, de que la enunciación de tipo técnico sea expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa»⁵¹.

Estas consideraciones tienen interés en el presente caso desde el momento en que la estructura de la norma contenida en el artículo 312 del Proyecto es la de una ley penal en blanco, ya que el precepto requiere que la conducta típica se realice «contraviniendo lo dispuesto en las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente»; esto es, el tipo no cumple íntegramente la esencial función de expresar qué comportamientos pueden reputarse contrarios a este precepto penal, sino que, mediante una fórmula de reenvío, se remite a leyes o reglamentos no penales.

La pregunta que hay que realizarse es si el reglamento, al completar este tipo penal, cumple un papel que se limita al exclusivamente técnico de enunciación y actualización de los hechos que la ley indica como merecedores de sanción penal por el desvalor que representan, o si, por el contrario, traspasa este papel, de modo que el carácter delictivo o no de la conducta venga determinado por una autoridad distinta de la legislativa, que es la única que

⁴⁴ Vid. Fiandaca, G., y Tesitore, G.: «Diritto penale e tutela dell'ambiente», cit., pág. 53.

⁴⁵ Rodríguez Ramos, L.: «Presente y futuro de la protección del medio ambiente en España», cit., pág. 251.

⁴⁶ Eser, A.: «Derecho ecológico», cit., pág. 643; *id.*: «La tutela penale dell'ambiente in Germania», cit., pág. 242.

⁴⁷ Ambas resoluciones citadas por Rodríguez Ramos, L.: «Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente. Arts. 323 a 325 del Proyecto», cit., pág. 475.

⁴⁸ Para una análisis de esta jurisprudencia, *vid.*, Mestre Delgado, E.: «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988, págs. 512 y ss.

⁴⁹ Así, Cobo del Rosal, M., y Boix Reig, J.: «Garantías constitucionales del derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, VV.AA., ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 220, afirman: «Las leyes penales en blanco son inconstitucionales en

la medida que contravienen lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución. El desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas sólo puede tener lugar mediante ley orgánica. La remisión, por parte de la propia ley, a una disposición de rango normativo inferior supone una contradicción conceptual con lo dispuesto en los referidos preceptos y vulnera la garantía de seguridad jurídica que los mismos comportan, a modo de concreción de la formulación genérica que de la misma se hace en el artículo 9.3 de la Constitución.»

⁵⁰ Así lo cree Rodríguez Ramos, L.: «Reserva de ley orgánica para las normas penales», en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo I, VV.AA., ed. Edersa, Madrid, 1982, pág. 306; y, con respecto al medio ambiente, Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., cit., pág. 511.

⁵¹ Bricola, F.: «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XIX (TEO-UL), VV.AA., ed. Utet, Turin, 1973, págs. 42-43.

constitucionalmente está legitimada para ello. En este punto hay que mantener una postura crítica, ya que la infracción de las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente está configurada como un elemento del tipo, de modo que su ausencia conllevaría la atipicidad de la acción; crítica que aún está más justificada al comprobar que existen multitud de normas reglamentarias, tanto estatales como de las Comunidades Autónomas, a las cuales potencialmente puede estarse remitiendo el tipo penal, y que hace poner incluso en tela de juicio que dicha norma penal cumpla con el mandato de certeza⁵², cuando, en principio, una de las críticas favorables a las leyes penales en blanco es que, si la remisión es adecuada, la descripción típica puede ganar en certeza y seguridad, al limitar más correctamente el ámbito de lo ilícito⁵³. Esta postura crítica debería ser aún mayor en el caso de que, como se ha propuesto en el apartado anterior, el legislador decidiese configurar el tipo delictivo como un supuesto de peligro abstracto, ya que entonces, para considerar que la conducta integra el tipo bastaría con comprobar la infracción de una normativa administrativa, sin que el juez tenga al mismo tiempo que acreditar que esa infracción ha ido acompañada de una situación de peligro concreto.

Llegados a este punto, la única manera de hacer compatibles el principio de legalidad con la necesaria integración de la norma penal con las disposiciones administrativas, disipando así toda duda de incstitucionalidad, sería elaborar una *Ley general sobre medio ambiente* que, conjuntamente con la normativa administrativa, contuviera también la regulación penal, describiendo como comportamientos típicos las infracciones más graves de las disposiciones no penales, esto es, castigando conductas que supongan superación de los valores-límite, o infracción de las conductas fijadas en la ley para desarrollar una actividad peligrosa para el medio ambiente. De esta manera sería el legislador, a través de esos valores-límite o esas condiciones de desarrollo, el que fijaría la frontera entre aquellas infracciones a la normativa administrativa para las que estimase suficiente una sanción de este tipo, y aquellas otras que considerase merecedoras de sanción penal. Realizada por el legislador esta opción fundamental de determinar qué comportamientos están prohibidos penalmente, mediante la fijación de un criterio técnico como es señalar los límites de tolerabilidad, por debajo de los cuales tan sólo existirán sanciones administrativas, nada excluye la labor reglamentaria de su enunciación más detallada de dicho criterio técnico contenido en la ley⁵⁴.

No obstante estos argumentos a favor, la postura

aquí defendida de extraer los delitos contra el medio ambiente del Código Penal para situarlos en una ley especial, encuentra fuerte resistencia entre la doctrina penal. El primer argumento destacado por los autores para defender la opción del Código Penal es que con el mismo se incrementa el grado de conocimiento de la norma tuteladora del medio ambiente, y, en consecuencia, crece en la conciencia de los individuos y de la colectividad el significado de la protección de los recursos naturales⁵⁵, afirmación a la que coadyuva el hecho de que a la legislación especial en materia penal suele darse una importancia secundaria, lo que se traduce en su poco estudio y su escasa presencia en los planes de formación de los alumnos⁵⁶. Otra de las razones que se esgrimen a favor de la inclusión en el Código es la de las mayores garantías que puede proporcionar; así, Boix Reig entiende que el Código Penal proporciona mayores garantías, concretadas en una mayor claridad normativa y un mayor respeto al principio de igualdad, por lo que, desde el punto de vista político-criminal, es partidario de integrar estos delitos en el Código⁵⁷.

Si bien todos estos argumentos son ciertos, no puede olvidarse, respecto a la pretendida mayor fuerza preventivo-general del Código Penal, que lo verdaderamente importante no es el lugar donde el legislador sitúe las normas penales protectoras del medio ambiente, sino que las sanciones previstas en las mismas sean aplicadas siempre que se realice un comportamiento prohibido en el tipo, y será esa aplicación y el conocimiento que la sociedad tenga de la misma, lo que dotará a esas normas de una verdadera eficacia preventiva⁵⁸. En este punto hay que destacar que la aplicación y eficacia de las normas penales protectoras del medio ambiente dependerá de la correcta coordinación entre ellas y las administrativas. Efectivamente, nos encontramos ante una materia con una fuerte interconexión entre Derecho penal y Derecho administrativo, ya que la norma administrativa debe cumplir el papel de primera barrera de protección, a la que se une, en segundo lugar, el precepto penal; es por ello aconsejable la proximidad entre ambos tipos de normas, lo que ha llevado a algunos autores a inclinarse a favor de la ley especial. Entre los sostenedores de esta postura, se puede destacar a Peris Riera, según la cual «resulta mucho más acorde con las finalidades perseguidas al penalizar estas conductas, sobre todo para la consecución de una efectividad suficiente, la estructuración de estos tipos como ataques a determinadas disposiciones configuradas en una ley general del medio ambiente que contuviese su correspondiente, y precisa, regulación penal». Este autor aboga por adjuntar unas *tablas* con indi-

⁵² Vid. Hormazabal Malaree, H.: «Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal», en *El delito ecológico*, VV.AA., ed. Trotta, Madrid, 1992, pag. 59.

⁵³ En tal sentido, Rodríguez Ramos, L.: «Reserva de ley orgánica para las normas penales», cit., pág. 306.

⁵⁴ Vid. Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 159-163.

⁵⁵ En tal sentido, De la Cuesta Arzamendi, J. L.: «Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente», cit., pág. 887; Conde-Pumpido Touron, C.: «Protección penal del medio ambiente», cit., pág. 73; Stile, A. M.: «Agressioni all'ambiente

e criminalità economica», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1982, pág. 434; Fiandanca, G. y Tesitore, G.: «Diritto penale e tutela dell'ambiente», cit., pág. 61; Eser, A.: «La tutela penale dell'ambiente in Germania», cit., pág. 236.

⁵⁶ En tal sentido, Berdugo Gómez de la Torre, I.: «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, VV.AA., ed. Trotta, Madrid, 1992, pág. 49.

⁵⁷ Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 382.

⁵⁸ Vid. Bacigalupo, E.: «La instrumentación técnico-legislativa de la protección del medio ambiente», cit., pág. 197.

cación de los límites de tolerabilidad o exigencias de instalaciones⁵⁹, lo que permitiría salvar el inconveniente, tradicionalmente ligado al Derecho ecológico, de su excesivo carácter técnico, que escapaba a los conocimientos de los tribunales penales.

En definitiva, y aun cuando esta postura supone la pérdida de algunas ventajas inherentes a la tipificación dentro del Código Penal, hubiera sido preferible que el legislador afrontara la tarea de elaborar esa ley general del medio ambiente, tipificando dentro de ella los delitos contra este bien jurídico, extra-yéndolos del Código Penal, opción que el legislador descartó en la reforma de 1983, introduciendo el delito ecológico dentro del Código, siendo ésta la línea seguida por el Proyecto que se está analizando.

4.4. Las conductas

El artículo 312 del Proyecto, a la hora de describir la conducta típica, reproduce casi literalmente el actual artículo 347 bis CP, y ello tanto por lo que respecta a la conducta básica, como con relación a las dos figuras agravadas (por funcionamiento irregular de la industria y por riesgo de deterioro irreversible o catastrófico). De hecho, aparte del intrascendente cambio de denominación de vida animal por el de vida silvestre, las únicas variaciones consisten en lo siguiente: en primer lugar, la tipificación de la acción de provocar o realizar, además de emisiones o vertidos, radiaciones o vibraciones, inyecciones o depósitos; en segundo lugar, la inclusión de las aguas subterráneas y los espacios transfronterizos entre los posibles receptores de estas acciones; y, por último, la supresión de la alternativa entre pongan en peligro o puedan perjudicar, aspecto este último al que ya se ha hecho referencia, agravándose además la pena cuando el peligro afecte a la salud de las personas en vez de a los valores medioambientales, agravación que debe considerarse un acierto frente a la equiparación de ambos tipos de bienes que realiza el artículo 347 bis.

Por lo que se refiere a las *radiaciones, inyecciones o depósitos*, la inclusión de estas alternativas se presenta como un añadido innecesario, que sólo sirve para aumentar la complejidad del precepto, pues todas ellas podrían entenderse incluidas dentro del concepto genérico de emisiones o vertidos, máxime cuando éstos pueden serlo de «cualquier clase». Por el contrario, la inclusión de las *vibraciones* permitirá abrir la vía penal para la denominada contaminación acústica, como viene siendo reclamado por algunos sectores sociales. En cualquier caso,

hay que hacer una importante matización, ya que las radiaciones vibraciones, inyecciones o depósitos, así como las emisiones o vertidos, han de estar expresamente prohibidos por las normas protectoras del medio ambiente, de suerte que será preciso que la normativa administrativa se encuentre actualizada para que pueda operar el Derecho penal en los casos en que sea necesario.

Respecto a las *aguas subterráneas y los espacios transfronterizos*, es preferible esta expresa referencia a los mismos, para evitar las dudas que genera la más escueta redacción del artículo 347 bis, si bien, en cuanto a las aguas subterráneas, la doctrina ya viene sosteniendo que, aunque gramaticalmente podría entenderse lo contrario, la expresión «aguas terrestres», como contrapuesta a «aguas marítimas», incluye las subterráneas⁶⁰.

Por lo demás, y teniendo en cuenta que el objetivo del presente estudio es destacar las novedades previstas en el Proyecto, parece innecesario realizar un análisis de los elementos descriptivos del tipo, siendo suficiente destacar que al mismo le son aplicables todas las críticas realizadas por la doctrina al vigente artículo 347 bis, que se centran, básicamente, en la complejidad de la conducta típica, que se encuentra repleta de alternativas, y en la vaguedad e indeterminación de buena parte de los conceptos empleados⁶¹.

4.5. Problemas concursales

Desde el momento en que el Proyecto, al igual que el artículo 347 bis, tipifica un delito de riesgo, en el cual se adelanta la tutela penal en un intento de impedir la producción del resultado lesivo, en el caso de que efectivamente se traspase la frontera del riesgo y se produzca la lesión de la vida silvestre, los bosques, los espacios naturales, las plantaciones útiles, o la salud de las personas, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, debiendo castigarse el resultado dañoso por el precepto del Código en que esté previsto y la situación de peligro por el artículo que tipifica el delito ecológico.

Esta es precisamente la situación latente tras los hechos enjuiciados por la sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 1988, sentencia emblemática y ampliamente estudiada por haber sido la primera en que se condenó por el delito tipificado en el artículo 347 bis CP. Además, el juzgador expone el problema con toda claridad, al decir que con la creación del artículo 347 bis, «el legislador pretende adelantar las barreras de tutela para impedir que el ries-

⁵⁹ Peris Riera, J. M.: *Delitos contra el medio ambiente*, cit., págs. 49-50.

Dentro de la doctrina española optan también por una ley especial de carácter general, Alvarez García, J.: «Injusto penal e injusto administrativo en la protección del medio ambiente», en *Derecho y Medio Ambiente*, VV.AA., Ministerio de Obras Públicas y Organismo, CEOTMA, Madrid, 1981, pág. 272; Rodríguez Devesa, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 9.ª ed., ed. Dykinson, Madrid, 1983, pág. 1058; Pérez Luño, A. E.: «Medio ambiente», en *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, VV.AA., ed. Edersa, Madrid, 1984, pág. 276; Vercher Noguera, A.: *Comentarios al delito ecológico. Breve estudio del Derecho*

comparado entre España y los Estados Unidos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 126.

También el Fiscal General del Estado en su Memoria del año 1986, pág. 50, proponía una ley especial sobre la materia, sin perjuicio de que la misma pudiera luego convertirse, tras un período de aplicación, en una amplia Sección del Código Penal.

⁶⁰ En tal sentido, Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 353; Beltrán Ballester, E.: «El delito ecológico», cit., pág. 101.

⁶¹ Por todos, Peris Riera, J. M.: *Delitos contra el medio ambiente*, cit. págs. 35 y ss.; Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», cit. págs. 383 y ss.; Mateos Rodríguez-Anas, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs. 268 y ss.

go se convierta en daño» y añade, en el Fundamento de derecho quinto, que en el presente caso «nos hallamos más que ante un potencial grave peligro, a los efectos del tipo, ante un supuesto en que lo potencial ha cobrado realidad... por tanto en todo caso es indudable que se ha producido una agresión al equilibrio ecológico con esa gravedad que el legislador enuncia». Sin embargo, pese a exponer con tanta nitidez el problema, la Audiencia no llegó a las últimas consecuencias, ya que no aplicó la correspondiente figura de resultado, en los casos en que se hubiera producido, en concurso con la figura de peligro que es el delito ecológico⁶², sino que se limitó a estimar sólo ese último. Por su parte, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de noviembre de 1990, no entró a considerar esta cuestión, que no fue señalada en ninguno de los motivos alegados por la acusación particular para fundamentar el recurso de casación que dio lugar a la mencionada sentencia.

Donde introduce una novedad el Proyecto es en la agravación prevista en el párrafo segundo (por funcionamiento irregular de la industria), ya que sanciona esta conducta con la pena agravada, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», con lo que salva una de las críticas más claras que la doctrina hace al artículo 347 bis. Efectivamente, el artículo vigente, en su párrafo segundo, plantea el problema de que las conductas delictivas que se señalan, y que justifican la agravación, pueden ser incluidas en otros preceptos delictivos, por constituir de por sí delitos de resistencia o desobediencia o falsedades documentales.

Para Rodríguez Devesa, estos otros delitos quedarán consumidos por el delito contra el medio ambiente, solución que, siendo teóricamente correcta, por tratarse de un concurso de normas, dista de ser satisfactoria, según reconoce el propio autor⁶³. La insatisfacción proviene de los privilegios que conlleva en algunos casos la aplicación de esta agravación; así, por ejemplo, cuando la información falsa se cometa a través de la falsificación de un documento oficial, ya que, sino fuera por el párrafo segundo del artículo 347 bis, estos supuestos se castigarían como concurso ideal de delitos entre el de falsedad y el artículo 347 bis párrafo primero; por el contrario, la existencia de la agravación conlleva la aplicación del concurso de normas, y, con él, un efecto privilegiado en lo relativo a la pena privativa de libertad⁶⁴, privilegio que no existe en el Proyecto, gracias al último inciso introducido, el cual cobra así una especial significación, ya que, si bien algunos autores han sostenido la aplicación del concurso ideal en el párrafo 2.º del artículo 347 bis⁶⁵, esta

solución, con la actual redacción, no parece aceptable, pues la razón de la agravación no es que exista un mayor peligro para el bien jurídico medio ambiente, sino el hecho de haber aportado información falsa u obstaculizado la labor inspectora de la Administración⁶⁶.

4.6. La penalidad y otras medidas administrativas

El Proyecto de Código Penal establece las mismas consecuencias penales que el artículo 347 bis, esto es, pena privativa de libertad y multa, amén de la consiguiente inhabilitación especial, si bien agrava considerablemente la entidad de las mismas, haciéndose eco de las críticas según las cuales las actuales penas son irrisorias⁶⁷. Por lo demás, no puede ignorarse que una agravación de las penas no significa una mayor eficacia de las mismas, de modo que siguen teniendo vigencia las críticas que la doctrina ha realizado a la hora de valorar la validez de las penas privativas de libertad y las multas en la lucha contra los delitos ecológicos o, en general, contra los delitos de tipo económico.

Así, la pena de multa sufre de un generalizado desprestigio por su incapacidad para desincentivar la realización de determinadas actividades, precisamente las de mayor entidad, atentatorias contra el medio ambiente. Las razones de su descrédito se encuentran en que, normalmente, estas acciones se realizan a través de industrias, y las multas, que, además, en base al principio *societas delinquere non potest*, se imponen a una persona física y no a la empresa, es muy difícil que alcancen el montante suficiente para superar las ganancias que aquélla ha obtenido con la actividad ilícita⁶⁸, de suerte que para la empresa, en estos casos, bastará con situar la multa entre los costes de producción y obtener un beneficio que ésta no alcanzó a absorber.

Por su parte, las penas privativas de libertad se encuentran con un doble inconveniente que puede restar o anular su eficacia.

En primer lugar, como ya se ha adelantado, en el caso de que la actividad ilícita se haya realizado a través de una persona jurídica, el principio *societas delinquere non potest*, obliga a encontrar a la persona física que deba sufrir el máximo castigo con que cuenta el Estado, por ser efectivamente la responsable de la actuación desarrollada en el seno de la persona jurídica. Esta tarea de individualización de la persona física responsable será sencilla cuando la estructura de la empresa sea también sencilla, pero las dificultades aumentarán, en general, en proporción a la mayor complejidad de dicha estructura

⁶² En tal sentido, Peris Riera, J. M.: «La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?», en *Poder Judicial*, 2.º ep., núm. 11, septiembre, 1988, pág. 98.

⁶³ Rodríguez Devesa, J. M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 13.º ed., Madrid, 1990, págs. 1111-1112.

⁶⁴ En tal sentido, Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 388.

⁶⁵ En tal sentido, Beltrán Ballester, E.: «El delito ecológico», cit., pág. 105.

Por su parte, Rodríguez Ramos, L.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 840, llega a diferenciar dos posibilidades, ya

que, si como regla general entiende que se trata de concurso de normas, cuando se trata de falsedades documentales, mantiene la posibilidad de que se trate de concurso de delitos.

⁶⁶ En tal sentido, Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 388.

⁶⁷ En tal sentido, Terradillos Basoco, J.: «El ilícito ecológico. sanción penal-sanción administrativa», cit. pág. 100.

⁶⁸ Vid Bricola, F.: «Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del "caso Seveso")», en *La Questione criminale*, 1978, pág. 114.

y a la consiguiente repartición de tareas en el interior de la misma, ya que dentro de la distribución y organización de tareas y cometidos a llevar a cabo por las personas físicas que actúan en el seno de la jurídica, habrá que concretar cuál o cuáles son las que ostentan el poder de decisión sobre la realización o no de las actividades contra el medio ambiente, o sobre la adopción de medidas excluyentes o limitativas de la degradación ecológica⁶⁹. La organización societaria representará un obstáculo especialmente grave cuando se trate de empresas multinacionales que actúen en países diversos a aquel de donde proviene el capital y donde se encuentran los directivos, ya que su gran poder económico, su capacidad de influencia y su complicada organización harán muy difícil lograr llegar a los últimos responsables de su actuación, especialmente cuando se trate de responsabilidad de tipo penal⁷⁰. Como prueba de lo anterior basta hacer referencia al denominado caso Seveso, esto es, los problemas que tuvo la justicia italiana para depurar responsabilidades con relación al accidente que se produjo el 10 de julio de 1976, consistente en la explosión del disco de seguridad de un reactor empleado por la sociedad ICMESA en su fábrica de la localidad italiana de Meda para la producción de (TCF) triclorofenol, a consecuencia del cual un territorio de unas 1.807 hectáreas, en los municipios de Seveso, Meda, Cesano Maderno y Desio, fue contaminado por una nube tóxica que contenía TCDD (tetraclorodibenzoparadioxina)⁷¹.

En segundo lugar, la eficacia de las penas privativas de libertad queda en entredicho por la posibilidad de obtener el beneficio de la remisión condicional de la pena, suspendiéndose así la ejecución de la misma, para lo cual se exigen determinados requisitos (básicamente, la no reincidencia y que la pena no sea superior a determinados límites), previstos en el Proyecto de Código penal en términos similares a los del actual Código. En este sentido resulta significativa que, ya en 1974, Klaus Tiedemann, como una de las conclusiones de una encuesta piloto sobre los efectos preventivos que las diversas penas pueden ejercer con relación a los delitos económicos en general, afirmará: «Exclusivamente la probabilidad de una persecución penal con condena o pena privativa de libertad (de corta duración) que no es remitida condicionalmente, representa un medio efectivo de intimidación⁷²».

Frente a este escepticismo ante las penas privativas de libertad y de multa previstas en el Proyecto,

cobra una gran importancia la previsión del apartado 3.º del artículo 312 que permite, en términos similares a los del artículo 347 bis, acordar «la clausura temporal, sin que pueda exceder de cinco años, o definitiva de la industria, actividad, establecimiento o empresa». La trascendencia de esta medida se puede analizar desde dos perspectivas diferentes.

En primer lugar, lo importante para el medio ambiente, y, en suma para toda la colectividad, no es tanto que se pague la multa o se ejecute la pena privativa de libertad, sin olvidar los efectos preventivos que se consiguen con su ejecución, como que cese la actividad atentatoria contra este bien jurídico, y, a ser posible, acompañando este cese con la restauración del equilibrio ecológico, aspecto al que se hará referencia más adelante.

En segundo lugar, se trata de una medida que, a diferencia de las penas propiamente dichas, que sólo pueden recaer sobre las personas físicas, afecta directamente a la persona jurídica. En este sentido, por parte de algunos autores, ante la imposibilidad de imponer penas a las entidades jurídicas, se ha propuesto la adopción de medidas de seguridad que consigan golpear el centro de decisión de la sociedad⁷³, lo cual ha hecho surgir una interesante discusión doctrinal en torno a la posibilidad de aplicar este tipo de medidas a las personas jurídicas, discusión dogmática que queda al margen del objetivo del presente trabajo, siendo suficiente destacar que el Proyecto de 1992 prevé una serie de medidas que afectan a entidades jurídicas, como son la clausura de la empresa, la disolución de la sociedad, la suspensión de sus actividades, o la prohibición de realizar en el futuro determinadas operaciones, pero no las denomina medidas de seguridad, sino «consecuencias accesorias», y no las recoge dentro del Título IV del Libro I dedicado a las medidas de seguridad, sino en uno independiente, el Título VI del mismo Libro I. Con ello el Proyecto se alinea con la malograda Propuesta de 1983, que optaba por el mismo sistema, y se separa del Proyecto de 1980, que, en su artículo 132, preveía medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas. Este dato, en realidad, no tiene mayor trascendencia práctica, pues, bajo distinta denominación (medidas de seguridad o consecuencias accesorias), el Proyecto de 1980, por una parte, y la Propuesta de 1983 y el Proyecto de 1992, por otra, autorizan a adoptar a los jueces o tribunales medidas totalmente coincidentes. En definitiva lo importante es reconocer que, desde el punto de vista político-criminal, y, en evitación de futuros delitos, es necesario imponer medi-

⁶⁹ Vid. Carletti, E.: «Política di impresa, sicurezza del lavoro e responsabilità penale: l'ipotesi del gruppo di società», en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Parte IV, 1985, pág. 137 y ss.

⁷⁰ Vid. Vercher Noguera, A.: «Bhopal o una reacción judicial insolidaria», en *Jueces para la Democracia*, diciembre, 1989, pág. 85.

⁷¹ Sobre este caso, entre otros trabajos, se puede consultar: Carletti, E.: «La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della ICMESA di SEVESO», en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Parte IV, 1983, págs. 3 y ss.; Scovazzi, T.: «L'incidente di Seveso e il "velo" delle società transnazionali», en *Rivista Giuridica dell'ambiente*, 1988, págs. 277 y ss.

⁷² Tiedemann, K.: «Derecho sobre los monopolios y derecho

penal de los monopolios», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978-I, pág. 368.

⁷³ En tal sentido Brocola, F.: «Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1970, págs. 1010 y ss., *id.* «Luci e ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti nei paesi della CEE», en *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Diritto comunitario*, VV.AA., ed. Giuffrè, Milán, 1981, pág. 132. Rodríguez Ramos, L.: «Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código penal», en *Revista Jurídica La Ley*, Madrid, 31 de octubre de 1980, pág. 4. Bajo Fernández, M.: «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1981, págs. 375-376.

das de este tipo a las personas jurídicas que hayan servido de instrumento para la comisión del delito, y ello independientemente de la fundamentación dogmática que se otorgue a las mismas⁷⁴.

5. OTROS TIPOS DE CONDUCTAS

Una de las críticas más extendidas al vigente artículo 347 bis es el de la insuficiencia del tipo para ofrecer protección penal a la totalidad del medio ambiente, ya que no lo protege frente a cualquier ataque, sino sólo frente a las actividades estrictamente contaminantes, pues sólo se refiere a las acciones consistentes en «emisiones o vertidos», de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas marítimas o terrestres, es decir, las acciones de derramar o verter líquidos, arrojar sólidos o exhalar elementos gaseosos, pero ninguna otra. Estas otras acciones, que pueden tener una trascendencia incluso mayor que las estrictamente contaminantes⁷⁵, no encontrarían una adecuada respuesta penal; así, en el caso de que se dañara un parque natural, no realizando en él emisiones o vertidos, sino destruyendo su arbolado o sus zonas húmedas, esta conducta no entraría dentro de los delitos contra el medio ambiente⁷⁶. Esta omisión resulta aún más paradójica si se tiene en cuenta que la gravedad de estas conductas justificaría una actuación autónoma del Derecho penal, independiente del Derecho administrativo, pues se trata de acciones que, en ningún caso, pueden estar permitidas dentro de la normativa de este sector, ya que su propia entidad excluye esta posibilidad. En definitiva, no sería necesario que las mismas estuvieran prohibidas en leyes o reglamentos protectores del medio ambiente para que se produjera la actuación del Derecho penal.

Frente a esta situación, el Proyecto, en sus artículos 314, 315 y 316, recoge tres tipos de acciones que, aparte de las estrictamente contaminantes, atentan contra el medio ambiente, como son la creación de vertederos ilegales, y los atentados contra la flora protegida y contra los espacios naturales protegidos, a lo que hay que añadir, pese a que se encuentran recogidos en otro capítulo, los artículos 320 a 322 donde se tipifican los delitos relativos a la protección de la vida silvestre.

5.1. Los vertederos clandestinos o irregulares

El artículo 314, que es una transcripción literal del artículo 312 de la Propuesta de 1983, prescribe: «Serán castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o de multa de doce a veinticuatro meses o con ambas penas, según la gravedad de la conducta, quienes establecieron depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obteni-

da para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito.»

En realidad, se trata de un precepto que puede considerarse innecesario, ya que la creación de vertederos ilegales de desechos y residuos industriales y urbanos no requiere un tipo específico, por poder incardinarse dentro de la conducta del artículo 312 de realizar vertidos o depósitos. Sin embargo, el Proyecto, siguiendo el criterio de la Propuesta de 1983, opta por tipificar expresamente esta conducta, y lo hace poniéndola en conexión con la figura de la autorización administrativa, lo que permite realizar algunas consideraciones críticas.

Efectivamente, desde el momento en que el precepto describe la acción típica en torno al momento de la autorización administrativa, se puede llegar a pensar que impone una pena por la simple omisión de pedir esta autorización, con lo que estaría sancionando el incumplimiento de una obligación formal, y, en definitiva, se estaría protegiendo no al medio ambiente, sino las facultades de la Administración para permitir y supervisar la creación de vertederos, lo que va en contra de las consideraciones realizadas anteriormente al analizar el bien jurídico protegido.

Frente a esta crítica se podría alegar que pierde todo su fundamento si se sobreentiende, como así es, que todo depósito o vertedero de desechos o residuos sólidos urbanos o industriales supone un daño para los valores medioambientales. No obstante, existe un supuesto en que, efectivamente, parece que se está protegiendo, de forma exclusiva, las facultades de la Administración, como sería el caso de un vertedero clandestino que, habiendo adoptado todas las medidas previstas en la reglamentación para evitar ser nocivo, careciese, no obstante, de la preceptiva autorización; y, aunque es cierto que esta hipótesis difícilmente se dará en la realidad, no deja de ser posible, gracias a la distinción que establece el artículo entre vertederos clandestinos, en los que no hace ninguna mención a su nocividad, y los que, estando autorizados, incumplen con las prescripciones impuestas para evitar ser nocivos o molestos.

5.2. La flora protegida

El artículo 315 del Proyecto tiene una especial significación, ya que en el Anteproyecto, elaborado unos meses antes por el Gobierno, no existía ningún precepto que ofreciera protección penal a la flora, habiendo sido introducido en la redacción definitiva del Proyecto, lo que acredita que sus autores han reconsiderado su postura inicial y han atendido las opiniones que proponían su inclusión. Según este artículo 315: «El que corte, tale, queme, arranque, recolecte, comercie o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora protegida, o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente sus hábitats, será castigado con la pena de prisión

⁷⁴ En tta sentido, Rodríguez Ramos, L.: *ibidem*.

⁷⁵ Vid. Payan, M.: «Gli inquinamenti dell'aria e dell'acqua», en *Gli inquinamenti, profili penali*, VV.AA., ed. Giuffrè, Milán, 1974, pág. 33.

⁷⁶ Vid. Prego de Oliver y Tolivar, A.: «El medio ambiente como elemento normativo del tipo en el artículo 347 bis», Comunicación presentada a las Jornadas sobre el Medio Ambiente, Sevilla, 1988.

de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses».

Lo más destacado es que, a diferencia del artículo 312, que describe tipos de peligro, este precepto establece un delito de daños, de donde deviene la consecuencia de que no exige la infracción de leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, por lo que la única conexión con el Derecho administrativo radica en la necesidad de que la especie o subespecie de flora esté protegida. Esta consecuencia es lógica, pues, si una especie de flora goza de protección por su trascendencia para el equilibrio ecológico, una acción dañina para la misma nunca podrá ser considerada lícita por una disposición administrativa, y, por tanto, no es necesario que una norma no penal prohíba expresamente su realización.

5.3. Los espacios naturales protegidos

Con el artículo 316, que es transcripción literal del artículo 313 de la Propuesta de 1983, el Proyecto de 1992 salva la generalizada crítica de falta de protección penal (con excepción de las acciones contaminantes) para los espacios naturales protegidos. Según este precepto: «Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Al igual que ocurre con el artículo 315, y por las mismas razones, la característica básica del precepto que se está analizando es que tipifica un delito de daños y no un delito de peligro, y por ello también la única vinculación con el Derecho administrativo es el requisito de que el espacio natural esté protegido.

Por otra parte, es criticable que el Proyecto limite su protección al espacio natural protegido propiamente dicho, pues debería extenderla a su zona de influencia, de acuerdo con la Propuesta de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que establece pena para «quien en un espacio natural protegido o en su zona periférica de influencia dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo».

5.4. Los delitos relativos a la protección de la vida silvestre

Una de las más graves deficiencias, no ya del Código Penal, sino de toda la normativa medioambiental española, es el irrisorio castigo que encuentran las conductas atentatorias contra las especies animales protegidas, ya se trate de su captura para destinarlas al tráfico, o su caza o pesca. Prueba de ello es el artículo 43, 1, j) de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, que tipifica como una mera falta, y como tal la sanciona con la pena de arresto menor o multa de 250 a 5.000 pesetas, la conducta consis-

tente en «comerciar con especies protegidas o con piezas de caza cuya edad o sexo en el caso de que sean notorios, no concuerden con los legalmente permitidos, o sin cumplir los requisitos reglamentarios».

Las deficiencias de nuestra legislación actual son tan claras que la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia de 28 de octubre de 1988, hizo uso de la facultad prevista en el artículo 2 del Código Penal, exponiendo al Gobierno la conveniencia que determinados hechos sean calificados como delitos contra el medio ambiente. Los hechos que llevaron a la Audiencia a hacer uso de esta facultad consistieron, según los declara probados la sentencia, en capturar, de los nidos correspondientes, dos crías de águila real y seis pollos de halcón peregrino, aves especialmente protegidas por estar en peligro de extinción, con la finalidad de emplearlas en el ejercicio de la cetrería y en filmaciones cinematográficas. El juzgador, tras rechazar la calificación de los hechos como delito de hurto, opta por aplicar el artículo 42, apartado f) de la Ley de Caza, que establece pena para «los que, sin el debido permiso, cazaren en terrenos sometidos a régimen cinegético especial, cuando el valor cinegético de lo cazado excediere de 2.500 pesetas». Pero, sin duda, las consideraciones más interesantes de la sentencia son las que se encuentran en el Fundamento de derecho quinto, donde afirma que el Tribunal «tiene el convencimiento de que los hechos enjuiciados resultan levemente penados si se atiende a su trascendencia y gravedad, puesto que la captura de animales que se hallan en peligro de extinción afecta directamente a la utilización racional de los recursos naturales, y a la defensa y restauración del medio ambiente, debiendo entenderse que esas especies animales, si bien no están sujetas a una titularidad dominical concreta, por tratarse de animales salvajes, constituyen como un patrimonio común de la Humanidad, por lo que deben gozar de la protección que a la naturaleza y al medio ambiente otorga el artículo 45 de la Constitución Española y así, la destrucción de esas especies o de sus crías, debería constituir delito ecológico que de haberse encuadrado en la sección segunda, del Capítulo II, del Título V, del Libro II del Código Penal, dentro de los «delitos contra la salud pública y el medio ambiente», hubiera permitido la imposición de penas más graves que las previstas en la Ley de Caza y desde luego, más proporcionadas a la naturaleza y trascendencia de los hechos enjuiciados»⁷⁷.

Esta opinión es compartida por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que, en su mencionada Propuesta, dentro del título de los delitos contra el medio ambiente, dedica todo un capítulo a «La protección de la flora y de la fauna». Lamentablemente, no es éste el criterio del Proyecto de Código Penal, ya que opta por tipificar los delitos relativos a la protección de la vida silvestre, que versan sobre la caza y la pesca, en un capítulo independiente (el Capítulo III del mismo Título XIII) del dedicado a los delitos contra los recursos naturales

⁷⁷ Para un análisis de esta sentencia, Mateos Rodríguez-Arias, A.: *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., págs 277-279.

y el medio ambiente, ignorando así que el bien jurídico protegido en estos preceptos es también el medio ambiente. Crítica que cobra un significado especial si se tiene en cuenta que los delitos contra la flora protegida sí están recogidos dentro del Capítulo II, no entendiéndose por qué los atentados contra la flora se tipifican dentro del capítulo dedicado a proteger el bien jurídico medio ambiente, y, por el contrario, los atentados contra la fauna lo son en un capítulo independiente.

La afirmación anterior es claramente predicable del artículo 320 del Proyecto, según el cual: «1. El que cazare o pescare especies amenazadas, realizar actividades que impidieren o dificultaren su reproducción o, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores de las especies de fauna silvestre, comerciare con las mismas, o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses. 2. La pena se impondrá en su mitad superior si se tratare de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.» Efectivamente, el bien jurídico protegido en este precepto es el medio ambiente, entendido como equilibrio ecológico, pues, si algunas especies se protegen para evitar su extinción, es porque todas las existentes sobre la tierra forman parte de dicho equilibrio y coadyuvan a mantenerlo. Pero, también los artículos 321 y 322, que velan por el correcto ejercicio de la caza y de la pesca, protegen el medio ambiente, pues es este bien jurídico y no otro el que se ve perjudicado con las acciones de cazar o pescar en periodos o con métodos no autorizados. Así, estos dos preceptos establecen pena para «el que cazare o pescare especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia» (art. 320), y para «el que, sin autorización administrativa, empleare para la caza o la pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una eficacia destructiva semejante» (art. 322).

6. LA COMISION POR IMPRUDENCIA

El Proyecto, en su artículo 317, al igual que lo hacía el artículo 324 de la Propuesta de 1983, sanciona expresamente la comisión imprudente de los delitos contra el medio ambiente, y así, señala que «los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave». Esta expresa tipificación de la imprudencia tiene su razón de ser en el artículo 11, según el cual, «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»; precepto con el cual el Proyecto opta por abandonar el sistema de *nu-*

merus apertus, que representa el vigente artículo 565, y opta por el de *numerus clausus*, exigiendo la tipificación de la imprudencia, como grado de la culpabilidad, con relación a cada delito concreto.

Con este artículo 317 el Proyecto no hace sino conectar con la idea extendida en la doctrina de que es posible la comisión imprudente del artículo 347 bis, y ello pese a que, debido a la serie de requisitos concurrente en la acción (infracción de normativa medioambiental, emisión o vertido y puesta en peligro grave), podría antojarse difícil esta posibilidad⁷⁸. Criterio que ha sido compartido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26 de junio de 1991, que, al enjuiciar unos hechos que supusieron un importante atentado contra el medio ambiente, los califica «como constitutivos de un delito de imprudencia temeraria con resultados contrarios a la salud pública y al medio ambiente, previsto y penado en el artículo 565 del Código Penal, en relación con el artículo 347 bis del mismo Código».

7. LA RESTAURACION DEL EQUILIBRIO ECOLOGICO

Uno de los preceptos más interesantes del Proyecto, por la posibilidades que ofrece al órgano jurisdiccional que conozca de alguno de estos delitos, es el artículo 318, según el cual: «Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria par la protección de los bienes tutelados en este Capítulo.»

Al analizar este precepto, aparte de la significativa referencia al *equilibrio ecológico*, que conecta con las definiciones que doctrinalmente se vienen ofreciendo del bien jurídico medio ambiente (*vid. infra*, Bien jurídico protegido), hay que destacar, en primer lugar, la posibilidad de adoptar *cualquier* medida cautelar que sea necesaria para proteger el medio ambiente, lo que constituye una previsión imprescindible ya que, si hubiera que esperar al final del proceso penal para adoptar medidas de protección, el daño para el medio ambiente podría ser elevado e irreversible.

En segundo lugar, respecto a la previsión de adoptar medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico, el Proyecto sigue una orientación similar al artículo 24 de la Ley italiana de 10 de mayo de 1976, para la lucha contra la contaminación de las aguas (Ley Merly), ya que esta ley prevé la posibilidad de que en la sentencia se exija la restauración de los valores medioambientales, supeditando el beneficio de la condena condicional al cumplimiento de esta exigencia⁷⁹; punto éste en el que di-

⁷⁸ En tal sentido, Rodríguez Ramos, L.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., págs. 838-839; Boix Reig, J.: «Delitos contra el medio ambiente», cit., pág. 387; Beltrán Ballester, E.: «El delito ecológico», cit., pág. 102. En contra, Bustos Ramírez, J.: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., pág. 355, según el cual la expresión provocar «implica, de por sí, una conciencia determinada en cuanto a la realización del acto típico contra el medio am-

biente», en cuyo caso, sólo sería posible el delito culposo en el supuesto de la modalidad de realización y no en las de provocación.

⁷⁹ A raíz de la ley de 24 de noviembre de 1981, existe en el Código Penal italiano un precepto, de aplicación general, con contenido similar al artículo 24 de la Ley Merli. Es el artículo 165, que permite que la suspensión condicional de la pena sea subordina-

fiere del Proyecto español, cuyo artículo 318 no permite forzar el cumplimiento de las medidas de restauración con la amenaza de la supresión de la condena condicional, lo hay que considerarlo un acierto, ya que lo contrario añadiría al funcionamiento de este beneficio, dirigido y pensado en favor del delincuente, una finalidad de recuperación medioambiental que le es extraña, con el consiguiente riesgo de que el juez utilizara la responsabilidad penal como *moneda de cambio*, riesgo que sería mayor a medida que las consecuencias del delito fueran más graves, y las actividades de recuperación parecieran inalcanzables sin la amenaza de la prisión⁸⁰. Por lo demás, la experiencia en la aplicación del artículo 24 de la Ley Merly ha demostrado su inoperancia, básicamente porque la Ley no prevé ningún mecanismo que haga inmediatamente ejecutiva la obligación de cumplir todo lo que se haya establecido en la sentencia, con lo cual se produce un desfase temporal entre la imposición de dicha obligación y su efectiva ejecutoriedad, lo que «transforma la "espada de Damocles" de la ejecución de la pena suspendida en una fútil e inofensiva "espada de lata"»⁸¹.

8. EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO

El último artículo de los dedicados por el Proyecto de Código Penal a los delitos contra el medio ambiente (el 319) establece que «en los hechos previstos en este Capítulo, si el culpable hubiere procedido, voluntariamente, a reparar el daño causado, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena de prisión inferior en grado».

Este precepto supone que el Proyecto ha preferido, en los delitos contra el medio ambiente, establecer una regulación específica del arrepentimiento activo, al margen del artículo 20, 5.ª, donde se recoge con carácter general, entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, siendo la única diferencia entre ambas regulaciones que, mientras en la genérica (al igual que el artículo 9, 9.º del vigente Código Penal) se exige que la reparación del daño por parte del culpable se realice antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, en la específica del artículo 319 se conforma con que haya procedido voluntariamente a tal reparación.

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

da al cumplimiento de las obligaciones de restitución, de resarcimiento del daño, a la publicación de la sentencia, y también, a la eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito, según las modalidades indicadas por el juez en la sentencia de condena.

⁸⁰ En tal sentido Rosetti, M.: «Sospensione condizionale della

pena e "criminalità economica"», en *La Questione criminale*, 1978, pág. 460.

⁸¹ Vergine, A.: «Note critiche sulla disciplina della sospensione condizionale della pena in materia di inquinamento», en *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 1979, pág. 341.

La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas

(Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)

Joan J. QUERALT

La LO 8/1992 ha adelantado la modificación prevista en el PCP en materia de tráfico de drogas, reforma que, como veremos, resulta de acierto más que dudoso, tanto en su parte sustantiva como en la procesal. Los convenios suscritos por España (Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas —Convención de Viena, 1988—, Directiva 91/308 de la CEE y artículo 73 Convenio de Schengen), alegados en la exposición de motivos de la reforma, no imponen la innovación legislativa tal como se ha llevado a cabo.

Como veremos, la letra de la ley previa a la reforma de 1992 permitía el castigo de algunos de los comportamientos ahora introducidos no siempre con la mejor fortuna. Eso y alguna de las novedades que presenta la nueva norma mueven a este comentario de urgencia en el que sólo abordaremos los aspectos más notorios y relevantes. Seguiremos para ello el orden legal, dando inicio por las nuevas conductas incriminadas, continuaremos abordando algunos de los aspectos relativos a las modificaciones del comiso y de la responsabilidad civil, concluyendo, por fin, con un somero examen del nuevo artículo 263 bis LECr, que presenta como una nueva y auténtica causa de justificación.

I. NUEVOS TIPOS AGRAVADOS [ART. 344 BIS A)]

La LO 8/1992 ha añadido tres nuevos apartados al conjunto de agravaciones que, en relación a los tipos básicos contenidos en el artículo 344, refería el artículo 344 bis a).

A) En primer lugar nos encontramos con lo que pudiera denominarse la *conexidad orgánica* [art. 344 bis a) 8.º].

A fin de ir cerrando el círculo represivo, se ha pretendido añadir un nuevo supuesto: el que el culpable participe en otras organizaciones delictivas organizadas.

Esta redacción comporta que sólo podrá ser sujeto activo de esta modalidad quien pertenezca a dos organizaciones criminales: una la dedicada al tráfico de drogas y otra a menesteres delictivos diferentes.

Ello, ciertamente, denota una especial peligrosidad en el sujeto: peligrosidad de la que no se ha extraído todas las consecuencias. En efecto, el artículo 344 bis b) no se ha modificado correlativamente,

cuando quizás debería de haberlo sido, pues estamos en presencia de un comportamiento que no es ni mucho menos baladí. Tal relevancia, sin embargo, encontrará su incremento penal en la consideración de «extrema gravedad». Pero no deja de ser curioso que en una reforma tan puntillosa y detallista se haya pasado por alto este extremo.

B) En segundo término, se presenta lo que cabría denominar *conexidad simple* [art. 344 bis a) 9.º].

Aquí lo peculiar del comportamiento del sujeto estriba en la realización no organizada de *otras actividades ilícitas*. Sin embargo, vuelve a ser sorprendente que se considere un subtipo agravado el que el sujeto se dedique a participar en actividades meramente ilícitas y no propiamente delictivas. La amplitud de la tacha de ilegalidad relativa al comportamiento periférico al tráfico de drogas es *contraria al principio de proporcionalidad*. Así es: si la actividad que supone el incremento del castigo respecto de los tipos básicos en un grado ni tan siquiera es delictiva, se está confiriendo a la ilicitud, que sólo podrá ser administrativa, es decir, proveniente del Derecho policial, un inusitado marco de acción. La referencia policial de que el sujeto se dedica a otras actividades ilícitas, por las que, en puridad, la ley no exige que haya sufrido castigo o sanción, incrementará la pena más que si se tratara de un reincidente.

Como este planteamiento, que bien pudiera ser acogido o fomentado, resulta a todas luces incasable con los más elementales planteamiento jurídico-penales, se propone su desactivación. Ahora bien, si se quiere que esta previsión legislativa no sea letra muerta, deberá entenderse que la ilicitud a que se refiere esta nueva incriminación es sinónima de delictiva.

B) Por último, nos encontramos con la *intervención de menores de dieciséis años* [art. 344 bis a) 10.º].

De la dicción de la letra de la ley se desprende que es un comportamiento agravado el que menores de dieciséis años se dediquen al tráfico de drogas previsto en el artículo 344 y no a los otros delitos introducidos a la par que esta modalidad, es decir, los contenidos en los artículos 344 bis g) a 344 bis i). Las dos acciones que contiene el precepto pudieran ser tachadas de redundantes, pues el tipo habla que «los hechos (...) fueren realizados mediante menores de dieciséis años o utilizándolos». Para evitarlo habría que considerar que traficar con droga mediante menores es servirse de éstos, con su pleno conocimiento, mientras que utilizarlos a los

menores significa realizar el tipo sin que los mismos tomen conciencia de ser correos de la droga. Dada la impunidad de los menores de dieciséis años cualquier otra explicación no parecía ajustada al texto legal en su conjunto.

II. TRAFICO DE PRECURSORES [ARTS. 344 BIS G) Y 344 BIS J)]

Constituyen estas disposiciones una de las grandes novedades de la reforma que comentamos, aunque de utilidad más bien dudosa, si se quiere dar a entender que con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley las conductas que se contemplan eran impunes.

En primer lugar, se analiza lo que constituye el tipo básico y posteriormente se efectúan unas precisiones sobre las construcciones que llevan a aumentar las penas de modo parcialmente paralelo a lo que ocurre entre el artículo 344 y los artículos 344 bis a) y 344 bis b).

A) La formulación del tipo básico [art. 344 bis g)] hace referencia, de acuerdo a la propia exposición de motivos, a la incriminación de lo que se denomina tráfico de *precursores*, es decir, de *sustancias o instrumentos* que pueden constituir la antecala de productos que quepa calificar legalmente como drogas. Los equipos y materiales han de ser idóneos para la producción de drogas, quedando un campo excesivamente amplio para el arbitrio judicial y consiguiente mengua del mandato de determinación¹. En cuanto a las sustancias están tasadas por los convenios internacionales, en este caso en los cuadros I y II del Anexo de la Convención de Viena de 1988². Además, se hace referencia a los que en el futuro puedan añadirse a tal convenio o a otros, siempre que sean ratificados por España.

La *ratio* de la incriminación de estos productos estriba en su posible predestinación a la producción de drogas. Por ello, no deja de ser extraño que, encontrándonos en puridad en presencia de un acto preparatorio punible, como mínimo una tentativa, de un delito de los previstos en el artículo 344, haya que haber acudido a esta específica punición. No puede alegarse que se trate de problemas de prueba, pues la mera tenencia de esas sustancias no es delictiva *per se* en ningún caso, sino únicamente si su tenencia está preordenada a la producción de drogas del artículo 344.

La *penalidad* que se impone a este comportamiento es intermedia en relación a la doble incriminación en el citado artículo 344, lo que da idea, al menos para las llamadas drogas duras que son las que mayor elaboración, y, por tanto, precursores, requieren, de que estamos en presencia de un *estadio anterior a la consumación* de delito. Ello nos pone de manifiesto que el castigo podía acontecer con la legisla-

ción anterior aplicando las reglas generales, que para algo son generales.

Discutible ha de ser, de otra parte, si este tráfico de precursores ha de castigarse con pena menor que el tráfico de drogas finalizadas o no. Sea como fuere, la innovación legislativa no aclara suficientemente el panorama político-criminal del que parte el legislador; la multiplicidad de penas en juego producen más bien confusión.

Conectado con el planteamiento político-criminal del legislador, que no merece excesivo aplauso, el Estado español deja *al albur de las tendencias internacionales* la incriminación del tráfico de precursores. Sólo si los tratados internacionales imponen su persecución y castigo podrá ser delito en España. Pese a la redacción del precepto nada impide que el legislador estatal considere que existen nuevas sustancias idóneas para cumplir el cometido de precursores y se decida a su castigo sin esperar a un consenso internacional.

Igualmente llamativo resulta que, en todo caso, se remita al Derecho internacional la punición, sin necesidad de reformar la ley penal. Ciertamente, el *instrumento* de ratificación no parece el *documento normativo* más adecuado para proceder a la *automática ampliación* del ámbito de lo punible. En el futuro, de ampliarse de modo vinculante para España el número de sustancias análogas a las citadas, debería precederse a la ampliación específica por Ley orgánica (ex STC 160/1986) del CP.

B) En cuanto a los *tipos agravados* [art. 344 bis j)] nos encontramos con dos subtipos agravados: el de pertenencia a organización y el de ostentar un cargo de responsabilidad de la misma, conceptos que ya conocemos de la regulación anterior, la operada por la LO 1/1988 y que, en materia de organización plantea ciertos problemas ya conocidos por la extensión que puede darse a lo que se entienda por organización (p. ej., la extensiva STS de 20 de octubre de 1988: ir de viaje juntos a comprar droga). Sin embargo, esta problemática, que se mantiene, no es aquí lo esencial.

Lo *decisivo*, al menos en el momento de disenñar el alcance real y material de la reforma de 1992, es constar que, *también para el legislador*, estamos ante un *estadio previo* a la consumación del delito base, es decir, el contemplado en el artículo 344. Esta afirmación adquiere verosimilitud si se examina el *modo legal* de asignar la pena en atención a la pertenencia a una organización de traficantes de precursores y a su grado de responsabilidad en las mismas.

En efecto, la penalidad a imponer no es, como sucedía en el artículo 344 bis b), una penalidad superior en grado o en grado máximo, sino que aquí sólo se incrementa la pena privativa de libertad. La razón por la que no se incrementa la pena de multa se escapa al intérprete, pero, sea como fuere, se rompe el paralelismo³ con el precepto ya aludido.

¹ Nótese, en todo caso, el intenso paralelismo con los artículos 314 y ss., por un lado, y 509, por otro es notorio.

² Se trata de los siguientes:

Cuadro I: ácido lisérgico, efedrina, ergometrina, ergotamina, 1-fenil-2-propanoma, seudofedrina y las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

Cuadro II: acetona, ácido antranílico, ácido fenilacético, anhídrido acético, éter etílico, pipendina y las sales de las sustancias enumeradas en el presente cuadro, siempre que la existencia de dichas sales sea posible.

³ Al incremento punitivo ya visto, y sin justificación aparente para la asimetría en relación con el artículo 344 bis), además de

III. ENCUBRIMIENTO ESPECIFICO [ARTS. 344 BIS H) Y 344 BIS J)]

También novedosamente la reforma de 1992 ha incluido unas conductas que pretenden estrechar el cerco a los traficantes de drogas, singularmente cortando las vías de ayuda que puedan recibir de terceros para sustraerse a la acción de la justicia o a aprovecharse del producto de su criminal comportamiento (favorecimiento real y personal).

A) En primer término, se presenta lo que cabría calificar de *encubrimiento específico* [art. 344 bis h)], modalidad delictiva que, a su vez, manifiesta dos variantes, la dolosa y la imprudente. Empecemos por la primera.

a) El *encubrimiento doloso* [art. 344 bis h), 1 y 2)] plantea, de entrada, la cuestión de si contiene dos subtipos dolosos contrapuestos o alternativos.

Pese a la redacción de esta disposición, no parece que tal pueda afirmarse; más bien parece que la descripción de las conductas posibles ha sido incluida, sin que exista una razón aparente, en dos párrafos diferentes. Las conductas contenidas en el apartado segundo de este artículo constituyen modalidades delictivas subsumibles en el encubrimiento singular que aquí se castiga.

De todos modos, la descripción típica no es singularmente acertada. Resulta excesivamente prolija y, aparentemente, alternativa. La conducta de ocultación de la naturaleza y situación de los bienes provenientes de delitos relativos al tráfico de drogas contemplada en el apartado 2 del artículo 344 bis h) no puede entenderse más que como una modalidad de encubrimiento, puesto que la *finalidad de auxiliar* al sujeto de los delitos principales a sustraerse a la acción de la justicia y/o a lucrarse con los productos de sus fechorías es patente en los comportamientos típicos. En todo caso, la tenencia de los bienes, efectos o instrumentos no se requiere materialmente; basta con que el sujeto de este delito tenga poder de disposición sobre tales objetos, poder con el que permita auxiliar en la forma típica al autor del delito principal de tráfico de drogas o de precursores.

Por otro lado, más que al cúmulo de conductas descritas hay que atender a *dos aparentes modalidades comisivas* aquí incluidas que sí, en cambio, pudieran tener como contrapuestas y de diversa naturaleza jurídica.

Considero que la redacción de la presente disposición es poco afortunada. Y ello estriba en que, literalmente, junto a manifestaciones de *encubrimiento* (art. 17, 1.º y 2.º), habla el art. 344 bis h) de otras de *participación* en alguno de los delitos referenciados. Esta participación, de tomarse al pie de la letra la redacción legal, supondría en ocasiones un *privilegio inaceptable* para los partícipes. El que ésta no ha sido la intención del reformador de 1992 se demuestra en que tal participación ha de tener una finalidad, la misma, por cierto, que para las modalidades que sí caben sin problema bajo la noción de encubrimiento: ocultar los efectos del delito, facilitar su aprovechamiento o ayudar a aludir la responsa-

bilidad penal. La finalidad típica permite equiparar ambas descripciones, reconduciendo todas ellas al abrigo del encubrimiento.

Esta *falta de precisión legal* puede deberse, en parte, a la complejidad del mundo del tráfico de la droga, donde, en ocasiones, los comportamientos no quedan perfectamente delimitados. Esta es una dificultad creciente ante la fenomenología de la criminalidad organizada.

Ha de recordarse que el *sujeto activo* será cualquiera, lógicamente, que no haya participado directamente en alguno de los delitos previstos en los artículos 344 a 344 bis g).

No menor interés tienen los *aspectos concursales*. Claro está que esta figura desplaza al encubrimiento.

Ahora bien, la *diferencia* con el delito de *blanqueo* [art. 546 bis f)], y máxime a la vista de la penalidad, resulta más bien *problemática*. Sólo el diferente móvil de encubrimiento y no el de obtener beneficio económico personal puede dar pistas sobre tan fina distinción. De todos modos, esta distinción parece más fácil de realizar en el campo teórico que en el práctico.

Finalmente, de nuevo nos encontramos a medio camino, en materia de *penalidad*, entre la pena que corresponde a los delitos consumados principales y la que correspondería a una conducta secundaria de *auxilio post delictum*. Este rompimiento de las reglas generales pone de manifiesto el interés político-criminal del legislador en cercar al traficante y a su entorno: cerrándole la salida del provecho económico, fin último de este tipo de delinquentes, se pretende restarle aliciente a la carrera criminal. El empeño es claro, pero quizás no se vea coronado por el éxito, si, además, no se ataca el problema en la fuente y en eslabón último: la existencia de productores de drogas y la existencia de consumidores de drogas. Ambos se justifican y esa justificación es la que hay que destruir para erradicar la droga como pandemia de nuestro siglo.

b) Por su parte, la introducción específica de un *tipo imprudente* [art. 344 bis h), 3] constituye una novedad tanto en el terreno particular de la punición del tráfico de drogas como en el de la incriminación específica de la imprudencia, pues supone una excepción más al aún vigente sistema de *numerus apertus*.

La conducta es aquí, pues, *ope legis* imprudente y, además, grave; de *negligencia o ignorancia inexcusables* habla la ley. Aunque teóricamente posible, esta modalidad delictiva es de más que difícil apreciación práctica y, entiendo, está destinada más bien al fracaso, como legislación simbólica que parece ser.

La negligencia o la ignorancia debe referirse ya a la procedencia de los bienes ya al uso que a los mismos se le da por parte del sujeto; es decir, el sujeto no tiene que saber, pero fácilmente hubiera debido de llegar a saber, que los bienes eran producto del tráfico ilícito relativo a la droga y que el destino que les da tiene como finalidad la ocultación del hecho y/o el provecho del sujeto del delito principal. Sólo

casos de ceguera lógica palmarios cabrían en este tipo.

En materia de *penalidad* llama la atención que, si bien la pena privativa de libertad se rebaja, no así la pecuniaria; esta diversidad de tratamiento no parece muy acorde con la naturaleza imprudente del hecho.

B) En cuanto a los *tipos agravados* [art. 344 bis j)], se aplica el mecanismo ya visto para el tráfico de precursores, pero ténganse en cuenta que es incompatible cometer imprudentemente esta modalidad de encubrimiento y pertenecer al mismo tiempo a una organización criminal dedicada a tales fines.

IV. RECEPCION ESPECIFICA [ARTS. 344 BIS I), 344 BIS J)]

Siguiendo el esquema anterior, deberíamos reflejar unos tipos básico y otros agravados; sin embargo, como éstos se reiteran, no es necesario volver sobre el particular y, por tanto, nos concentraremos, en el *tipo básico* referido en el art. 344 bis i).

En primer lugar, y en cuanto al sujeto activo, cabe afirmar, en consonancia con la naturaleza de la recepción, que podrá serlo cualquiera que no haya intervenido en la comisión de los delitos principales.

En relación con el contenido y sentido de la *acción típica*, aunque es difícil de imaginar, ésta consiste en recibir, sea cual fuere el título, bienes producto del tráfico de drogas y de precursores, incluso en segunda u ulteriores instancias, sin que se requiera ningún ánimo específico. Ello es difícil cuando la recepción no lo sea a título de liberalidad.

Esta complejidad se plasma en *material concurrente*. En efecto, la distinción teórica, a la vista de la identidad de penalidades con el ya mencionado delito de blanqueo —que debería haber sido derogado al introducirse el que ahora nos ocupa— estriba en la teórica falta de intención de aprovechamiento. Sin embargo, dada la redacción del artículo 344 bis i), no parece simple hallar esa falta de interés crematístico en la adquisición, tenencia o utilización de los bienes en cuestión. La práctica identidad de normas hace escasamente rentable el esfuerzo del operador por buscar la precisión que el legislador olvidó.

Se trata, claro está, de un *delito doloso*, dado que ha de conocerse la procedencia de los bienes. No es comisible por imprudencia.

V. EL COMISO [ART. 344 BIS E)]

Toca ahora el turno, una vez examinadas las nuevas modalidades delictivas, analizar las modificaciones experimentadas en materia de comiso y de responsabilidad civil. En este apartado examinaremos el *comiso* [art. 344 bis e)].

La reforma de 1992 ha introducido algunas modalidades insólitas y político-criminalmente, como mínimo, extravagantes.

Así es: por un lado, a la ya de por sí peculiar redacción dada al comiso por la LO 1/1988, llama particularmente la atención que *la policía pueda, previa autorización del juez, conservar bajo su poder y para su utilización* los productos de lo intervenido, sean drogas, los denominados precursores o productos del delito de tráfico de drogas y/o de encubrimiento, favoreciendo o aprovechamiento del mismo.

De esta suerte, podría darse que los agentes policiales utilizaran aquellos bienes de lícito comercio tales como automóviles, naves⁴, aeronaves, pero también, enseres personales (joyas, ropas...) u otros bienes (dinero, tarjetas de crédito...) provenientes de sus actuaciones oficiales relacionadas con el tráfico de drogas. Esta modalidad de comiso provisorio, máxime a la vista del último párrafo del artículo 344 e) bis, no parece ser más que la vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín.

Ciertamente esta posibilidad podría *obviarse*, además de con una *práctica judicial restrictiva*, con una interpretación literal del precepto. Así es, el número 2 de la disposición que estudiamos hace referencia a los sujetos que utilizarán provisionalmente dichos bienes, efectos u objetos: la policía judicial. Pero *la policía judicial no tiene como misión*, contrariamente a lo que dice la letra del neoprecepto, *la represión* de ningún delito, sino su averiguación (art. 282 LECr). La utilización impropia del vocablo aquí criticado pone de manifiesto el protagonismo que el legislador —en esta y otras normas; p. ej.: LO 2/1992, de seguridad ciudadana— quiere atribuir a las fuerzas policiales con olvido del papel que otras instituciones (el Ministerio Fiscal y el Poder judicial) deben representar, dotados de los debidos medios, en la lucha contra el tráfico ilegal de drogas y del delito en general.

La *otra novedad* introducida en materia de comiso es ciertamente aún más sorprendente que la anterior: el artículo 344 bis e) 3.º CP establece que los bienes, instrumentos y efectos relativos al tráfico de drogas efectivamente *decomisados* por sentencia (se olvida que ha de ser firme), *se adjudicarán al Estado*.

Ello supondrá que, en muchos casos, las responsabilidades civiles derivadas del delito (piénsense en muertes, lesiones, curas de desintoxicación) no podrá cubrirse. La reforma ha dejado sin efecto en materia de tráfico de drogas el artículo 48 I CP; en esta norma se establece que los bienes decomisados, si son de lícito de comercio se venderán y el producto de la venta se aplicará a saldar las responsabilidades civiles del culpable.

Al haber operado así el legislador obra *en contra de la protección de las víctimas*, principio elemental y básico de las nuevas tendencias del Derecho penal moderno, dejándolas desprotegidas. Se hubiera debido operar de modo diverso: cuando las víctimas del delito de tráfico de drogas enjuiciado no pudieran ser determinadas habría que, con el producto de los objetos que nos ocupan, constituir un *fondo de*

⁴ Vid. RD 1119/1989, sobre embarcaciones de alta velocidad, y OM de 18-1-1990, sobre especificaciones que tales navíos deben llevar.

rehabilitación de toxicómanos, incluidos los propios traficantes, si, en el caso concreto, ello fuere conveniente.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL [ART. 344 BIS K)]

En conexión con la anterior hay que señalar que la LO 8/1992 deroga la regulación del sistema de prelación en materia de responsabilidad civil.

Si se compara el artículo 111 CP con el que nos ocupa, llama la atención que, junto a la disminución ya advertida del potencial económico de la indemnización y reparación, dada la adjudicación forzosa al Estado de los bienes decomisados, la multa, que en esta materia es multimillonaria pasa por delante de las costas del acusador privado, es decir, de los gastos que la defensa de la víctima le ha generado a ella o sus allegados. De nuevo, un buen ejemplo de lo que se entiende en el más reciente Derecho penal español por *protección de la víctima*.

Esta alteración del orden de prelación en materia de responsabilidad criminal y su desviación de la protección de la víctima adquiere un mayor relieve si se tiene en cuenta que, de acuerdo al artículo 108 CP, quien haya participado a título lucrativo de los efectos de un delito deberá participar en el resarcimiento hasta el monto de tal participación. Dado que los productos de esta participación pasarán desde ahora al Estado [art. 344 bis e) 3.º CP], las víctimas concretas en un caso o las existentes en general, pero no imputables al caso enjuiciado por las causas que fuesen, ven su protección en tanto que tales sensiblemente disminuida. De nuevo, la creación de un *fondo nacional para la rehabilitación* de las víctimas debería ser el único sentido de la adjudicación *ope legis* al Estado de los productos del tráfico de drogas, de precursores y de los productos económicos de tales tráficos.

VII. UNA NUEVA CAUSA DE JUSTIFICACION: EL ART. 263 BIS LECr

Esta disposición introduce la entrega o circulación vigiladas de drogas. La entrega o circulación vigiladas, que no es estrictamente un supuesto de estado de necesidad, requería una regulación especial y propia, pese a haber sido esta práctica policial tenida como no ilícita por la jurisprudencia (p. ej., STS de 18 de junio de 1985).

Los *requisitos* que marca el legislador para acordar la licitud de estas diligencias policiales son que la entrega o circulación sea caso por caso (art. 263 bis 3. LECr) y *cierto control judicial*, que, como veremos, es más bien difuso.

Lo que resulta sumamente curioso de la regulación positiva es que tales comportamientos los pueda *autorizar* directamente, además del juez y del Ministerio Fiscal, un *funcionario administrativo*, el Jefe provincial de la unidad orgánica de policía judicial,

sin que para nada tenga conocimiento de ello la autoridad judicial.

La mera lectura del último párrafo citado de la disposición procesal que se analiza no puede ser más clara al respecto: una vez efectuada la circulación o la entrega, se dará cuenta inmediata a la Fiscalía Especial para de la droga y, si existiera procedimiento judicial abierto, al Juez de instrucción competente.

Supera el umbral del asombro imaginar que puedan existir actuaciones policiales sin que de ellas tenga cumplida cuenta la autoridad judicial. El artículo 284 LECr es taxativo al respecto: «Inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público, (...) lo participarán a la Autoridad judicial (...), si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención⁵.» Resulta un esfuerzo titánico imaginar que una operación de envergadura, las únicas que con arreglo a la nueva ley permiten estas actuaciones, no suponga previa o simultáneamente la apertura de diligencias judiciales en las que poder residenciar la autorización judicial a solicitar.

La sustracción al control judicial de un sector de esta —o similar— envergadura de la actuación policial, máxime a la vista de los riesgos que la experiencia demuestra que comporta, parece de una ligereza superior a la imprudencia.

No con menor interés, ha de reseñarse un aspecto relevante, a saber: en las entregas de droga, con posterior circulación o no del alijo, *¿de dónde sale la droga que se entrega por parte de la policía?* A esta pregunta la ley no da respuesta ni criterio para obtenerla.

Aún queda otro extremo por dilucidar; me refiero al hecho de las consecuencias de la actuación del *agente provocador*, tema de la mayor relevancia, pero que no encuentra en estas líneas su lugar oportuno de análisis. No obstante, téngase en cuenta que, si la entrega y/o circulación de droga está tan asegurada, de modo que no salga en ningún momento más allá del círculo que se ha diseñado en el operativo, es discutible que estemos ante un delito consumado de tráfico de drogas imputable a los traficantes. Y, de otra parte, si la vigilancia no es la idónea o la operación, pese al dispositivo de seguridad, era de alto riesgo y la droga rebasa el ámbito diseñado, pudiera imputarse algún tipo de responsabilidad a los agentes, no por el delito de tráfico, dado que falta el dolo, sino por eventuales lesiones o puestas en peligro de bienes legítimos de terceros.

VIII. CONCLUSION

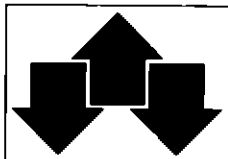
Dos órdenes de cuestiones han de resultarse para finalizar estas líneas de urgencia. De una parte, no todos los comportamientos ahora incluidos en nuestro principal texto penal eran en rigor necesarios. La hipertrofia de disposiciones es un mal que, a lo que parece, resulta muy difícil de atajar. Y ello, para colmo de males, pudiera dar una idea de huida hacia el Derecho penal, de legislación de simbólica o de

⁵ Véase que la ley denomina las diligencias que efectúa la policía judicial antes de la intervención del Juez «diligencias de prevención» y no de represión.

mera baza electoralista. Con todo, la ampliación del comiso y la regulación, aunque deficiente, de las entregas y circulación vigiladas de drogas, pueden ser calificadas como medidas en las que cabe cifrar esperanzas de eficacia.

De otro lado, no obstante, salta a la vista que la redacción de los preceptos va perdiendo calidad.

Las dicciones se complican, perdiendo la fuerza de convicción, casi apodíctica, que ha de enarbolar como genuina cualquier norma penal positiva. Esto y la descoordinación con la parte general y con otras disposiciones existentes⁶ fuerza a un tratamiento *cum grano salis* de esta y otras novedades venideras.



COLEX Constitución y Leyes

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

MANUAL DE DERECHO PROCESAL-PENAL

La obra pretende ser un instrumento de aprendizaje y de trabajo. Va dirigido a quienes como estudiantes o profesionales del Derecho, deseen encontrar con la mayor sencillez y claridad el Derecho Procesal Penal, que es garantía de los derechos del justiciable y de la sociedad.

Este MANUAL expone los conceptos del Derecho Procesal Penal y proceso penal, los presupuestos esenciales del proceso penal: las partes del proceso, la postulación procesal, la acción penal, el objeto del proceso, las cuestiones prejudiciales, los actos procesales y sus requisitos, las actuaciones preliminares y las medidas cautelares, los procedimientos ordinarios por delito y sobre faltas, los procedimientos especiales, el procedimiento abreviado, recursos, la ejecución de las sentencias penales, con referencia a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, a las costas procesales y al beneficio de pobreza en lo penal.

Eduardo Escudé Sarra
Magistrado del Tribunal Supremo

752 págs. - P.V.P. 6.700 ptas.

CODIGO PROCESAL ADMINISTRATIVO

TERCERA EDICIÓN 1993
CONCORDANCIAS, COMENTARIOS Y AMPLIA JURISPRUDENCIA,
ACTUALIZADA AL 30/12/92, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

Vicente Gimeno Sendra

Magistrado del Tribunal Constitucional

José Garbéri Llobregat

Profesor Titular de la Universidad de la Rioja y de Navarra

724 págs. - P.V.P. 5.200 ptas.

PROTECCION JURIDICA DE DATOS PERSONALES AUTOMATIZADOS

Basándose en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal y en el Convenio 108 del Consejo de Europa de 1981, estudia la interrelación tratamiento automatizado-derechos y libertades (intimidad, honor, libertad de empresa, etc.). Analiza las cuestiones que se suscitan en los flujos de datos entre fronteras. Examina la protección desde una perspectiva administrativa, civil y penal. Se apoya todo esto, asimismo, en la legislación de protección de datos vigente en distintos países.

Rafael Velázquez Bautista

Abogado, Licenciado en Derecho

272 págs. - P.V.P. 3.300 ptas.

LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

SEGUNDA EDICIÓN 1993 GESTION, PRESTACIONES, PROCEDIMIENTO Y JURISPRUDENCIA

La obra trata toda la normativa relacionada con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, actualizada al 31 de diciembre de 1992.

Estudia en profundidad la función colaboradora de las Mutuas de Accidente de Trabajo, y analiza la problemática de su gestión.

Se dedica un capítulo referido a las prestaciones de muerte y supervivencia.

Las obligaciones de las empresas se tratan desde la perspectiva general y la específica relacionada con el tema del libro. La inclusión de un capítulo sobre el Procedimiento Laboral a la luz de la nueva Ley añade otro atractivo a la obra. Se complementa con el tema de la imputación de responsabilidades, el análisis de los regímenes y Sistemas Especiales de la Seguridad Social, cálculo y capitalización de pensiones, recuperación y readaptación profesional y el poco frecuente, aunque cada vez más de actualidad, de la normativa comunitaria y de los convenios y acuerdos bilaterales.

Incorpora finalmente impresos, formularios, tarifas e incluso una guía anatómica para la valoración de incapacidades.

Enrique Nevía-Campomanes

Abogado

Francisco Miranda Rivas

Abogado

M^{ra} del Carmen Vivanco Bustos

Escritora

Florentino Gómez Campoy

Abogado

800 págs. - P.V.P. 6.900 ptas.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

QUINTA EDICIÓN 1993 TOTALMENTE ACTUALIZADA

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS A LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIO Y ABREVIADO, JURISPRUDENCIA Y LEYES COMPLEMENTARIAS
CONTIENE LEY ORGANICA 1/1992 DE 21 DE FEBRERO, SOBRE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

A. González-Cuellar García

Prof. Titular de la D.U.M. I. Estado Español

José María Paz Rubio

Jefe de la Sección de Asesoría Técnica de la Fiscalía General del Estado

José J. Hernández Gujardo

Jefe de Sala del Tribunal Supremo

Luís Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

José Tomás Peña

Secretario Judicial de 1.ª Instancia

Abogado de Derecho y Profesor Titular de la U.M.I.

1.068 págs. - P.V.P. 7.380 ptas.

⁶ Sabido es que, desde mi punto de vista erróneamente, con alguna excepción, como de la STS de 8-10-1991, el Tribunal Supremo castiga en concurso ideal de delitos el tráfico transfronterizo de drogas —y sólo el transfronterizo— con el de contrabando, el legislador no ha reparado en ello y no ha ampliado la ley de contrabando (art. 1. 3. 1.ª LO 7/1982).

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

El Tribunal de Cuentas y la jurisdicción penal

Alberto JORGE BARREIRO

I. CUESTION A TRATAR

Los magistrados de la jurisdicción penal hemos podido comprobar que, en estos últimos años, y con motivo de la investigación y resolución de causas que tienen por objeto delitos de malversación de caudales públicos, el Tribunal de Cuentas remite a los órganos judiciales penales oficios en el sentido de que se le envíe testimonio del procedimiento al efecto de dilucidar los perjuicios derivados del ilícito punible. En tales casos también es lo normal que se requiera al órgano judicial para que se abstenga de dilucidar cualquier responsabilidad contable y acerca del perjuicio ocasionado por el delito.

El fundamento de estos requerimientos se ubica en el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTUC), y en el artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU).

El primer precepto citado dice así: «La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal.»

«Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.»

La segunda norma reseñada contiene el siguiente texto: «Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.»

Pues bien, atendiendo a los requerimientos del Tribunal de Cuentas, y en aplicación de los referidos preceptos, se han dictado algunas resoluciones judiciales en las que se suspende el procedimiento a la espera de que el Tribunal de Cuentas determine si concurre responsabilidad contable y cuál es el

perjuicio ocasionado al Estado con ocasión de un supuesto delito de malversación de caudales públicos.

Así, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó un auto, de fecha 22 de julio de 1991, en el procedimiento abreviado 33/91, en cuya parte dispositiva acuerda:

«La remisión a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas del testimonio solicitado en su oficio de 14 de marzo del presente año, recordado en el de 24 de abril siguiente, respecto de las presentes actuaciones de procedimiento abreviado 33/91 del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Madrid (diligencias previas 2874/88), con suspensión del presente trámite en tanto el indicado Tribunal se pronuncie sobre la cuantía de los posibles perjuicios ocasionados al Estado con motivo de los hechos enjuiciados.»

La Sección Séptima de la misma Audiencia, si bien no suspendió el procedimiento penal, acordó por auto de 27 de julio de 1990, en el sumario 5/87, lo siguiente: «Acceder a la inhibición requerida por el Tribunal de Cuentas, inhibiéndose del conocimiento de la responsabilidad civil de CCA en el sumario 5/87 del Juzgado de Instrucción número 10 de los de esta capital, al que se remitirán los antecedentes necesarios para concretar el importe de los daños y perjuicios causados.»

Estas resoluciones judiciales han sido recogidas en un interesante trabajo de Luis Vacas García Alós¹, en el que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones:

1) La preferencia de la jurisdicción penal sobre los restantes órdenes jurisdiccionales, contemplada con carácter genérico en los artículos 44 de la LOPJ y 111 y 114 de la Ley Procesal Penal, tiene como excepción el campo de la jurisdicción contable en lo relativo a la determinación de la responsabilidad civil por la comisión de determinados delitos. 2) El Juez o Tribunal que entiende de la causa penal no solamente debe limitarse a enviar al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios para que por éste se determine la cuantía de los perjuicios económicos irrogados al sector público, sino que ade-

¹ Luis Vacas García-Alós: «Prioridad de la jurisdicción contable sobre la penal en la determinación de la responsabilidad civil

nacida de los delitos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 15-I-1992, núms. 1622-1623, págs. 270 y ss.

más tendría que suspender la posterior tramitación de la misma. 3) El órgano jurisdiccional penal, por aplicación del principio de seguridad jurídica, debería abstenerse de conocer de la responsabilidad contable nacida de los delitos en favor de la jurisdicción contable, y ello tanto de oficio en los casos en que aún no se haya pronunciado esta última como en los supuestos en que previamente haya conocido el Tribunal de Cuentas; y en esta última hipótesis, tanto si el requerimiento procede del Delegado Instructor en la fase de instrucción del procedimiento de reintegro por alcance, como si se acuerda por el Consejero de Cuentas, en el ejercicio de su función jurisdiccional, y en la fase estrictamente judicial del proceso contable.

Al hilo de estas conclusiones, y con el fin de intentar aportar alguna luz al tema desde la perspectiva de la jurisdicción penal, vamos a centrar nuestro estudio en la interpretación de las normas anteriormente reseñadas (arts. 18 LOTCU y 49.3 de LFTCU) y sobre el alcance y consecuencias que tienen en su aplicación práctica. Para ello resulta imprescindible comenzar por hacer una breve referencia a la naturaleza y funciones del Tribunal de Cuentas, dado el desconocimiento que suele rodear a la temática concerniente a la jurisdicción contable.

II. NATURALEZA Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

En el ámbito del derecho positivo, al Tribunal de Cuentas se le define como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción, de acuerdo con la Constitución y su propia Ley Orgánica (art. 1.º 1 de LOTCU).

Son funciones propias del Tribunal: a) la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económica-financiera del sector público; b) el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos (art. 2.º LOTCU).

Dentro del sector público se integran la Administración del Estado; las Comunidades Autónomas; las Corporaciones Locales; las entidades gestoras de la Seguridad Social; los Organismos autónomos; las Sociedades estatales y demás Empresas públicas (art. 4.º 1 LOTCU).

La doctrina no es unánime a la hora de admitir la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, si bien mayoritariamente se inclina por la respuesta afirmativa².

Dentro del sector mayoritario, Sala Sánchez sostiene que la jurisdicción contable es una auténtica y

propia jurisdicción. Y para fundamentarlo aduce que en ella se ejerce una potestad derivada de la soberanía del Estado, que sólo es actuada en exclusiva por órganos —Tribunal de Cuentas y Tribunal Supremo— independientes y predeterminados por la ley y que tiene por objeto la aplicación de las leyes a supuestos de responsabilidad contable, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado de modo irrevocable y satisfaciendo o denegando pretensiones deducidas respecto de la mencionada responsabilidad³. Y acaba concluyendo que el enjuiciamiento de las responsabilidades contables, con las perspectivas que proporciona la nueva Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982, ha dado lugar a un auténtico orden jurisdiccional nuevo, entroncado en la estructura general del Poder Judicial por medio de los recursos de casación y revisión, aun cuando orgánicamente no depende de éste, sino del Poder legislativo⁴.

En el mismo sentido, Mendizábal Allende afirma que el Tribunal de Cuentas es un órgano auténticamente jurisdiccional, judicial mejor, para evitar los equívocos que suele producir la expresión «jurisdicción administrativa», si se recuerda que algunos autores hablan de funciones jurisdiccionales de la Administración⁵.

Recientemente, Jorge Lozano ha defendido también la tesis del carácter jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, arguyendo que ostenta todos los caracteres del concepto de jurisdicción e insistiendo especialmente en el examen de la independencia del Tribunal. A este respecto, y al analizar el artículo 136 de la CE, afirma que la adscripción del TCU al Parlamento lo es sólo a nivel orgánico, pero nunca funcional⁶. Y termina calificando a la jurisdicción contable como una jurisdicción ordinaria pero especializada por función de la materia, de tal forma que sería una especialidad más, al lado de la civil, penal, contencioso-administrativa y social, conclusión que sustenta en la aplicación de los recursos de casación y de revisión contra las resoluciones del Tribunal⁷.

En sentido opuesto a los anteriores, y dentro de una corriente doctrinal minoritaria, Albiñana García-Quintana mantiene que el TCU carece de funciones jurisdiccionales. Ello lo fundamenta en la ubicación sistemática del artículo 136 del texto constitucional. Y añade que solamente se le puede reconocer jurisdicción en el sentido vulgar de la expresión, esto es, como competencia necesaria para el ejercicio independiente de la función fiscalizadora⁸.

Dentro de las dos funciones atribuidas al TCU, la fiscalizadora y la de enjuiciamiento, nos interesa centrar la atención en esta última. No sólo por ser la que detenta carácter jurisdiccional, sino porque es la única que se relaciona directamente con el tema a tratar.

Pues bien, los artículos 45 y siguientes de la

² Para examinar en profundidad la naturaleza del Tribunal de Cuentas, ver la obra colectiva *El Tribunal de Cuentas en España*, edit. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.

³ Pascual Sala Sánchez: «Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 139, 1983, pág. 523.

⁴ Pascual Sala Sánchez, *op. cit.*, pág. 541.

⁵ Rafael de Mendizábal Allende: «La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», dentro de la obra colectiva *El Tribunal de*

Cuentas en España, edit. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, Tomo I, pág. 101.

⁶ Jorge Lozano: «Una aproximación al estudio de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas», *Boletín del Ministerio de Justicia* de 5-IV-1993, num. 1667, págs. 1791 y 1792.

⁷ Jorge Lozano, *op. cit.*, págs. 1797 y 1798.

⁸ Albiñana García-Quintana, obra colectiva *El Tribunal de Cuentas en España*, edit. Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1982, Tomo I, págs. 40 y ss.

LFTCU especifican que, una vez concluido el examen y comprobación de cualquier cuenta, grupos de cuentas, o los correspondientes procedimientos de fiscalización, caben dos posibilidades de responsabilidades contables. La primera, que de la contabilidad examinada se desprendan hechos que pudieran no ser constitutivos de alcance de caudales públicos, pero que pudieran dar lugar a otro tipo de responsabilidades contables. En este caso se formará una pieza separada al efecto de concretar los hechos, los posibles responsables y el importe total de los perjuicios ocasionados a los caudales o efectos públicos. Esta pieza, una vez ultimada, se remitirá a la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal a los efectos de la iniciación del oportuno juicio de cuentas. Se transfiere así de la Sección de Fiscalización a la de Enjuiciamiento.

La segunda posibilidad es que los hechos examinados por la Sección de Fiscalización sean supuestamente constitutivos de alcance de caudales o efectos públicos. A este respecto, conviene explicar que la LFTCU entiende por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el TCU (art. 72.1 de LFTCU). Mientras que considera como malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo (art. 72.2).

En estos supuestos de alcance o malversación se remitirán las actuaciones a la Sección de Enjuiciamiento para que proponga, si procediere, el nombramiento de Delegado instructor. Este será quien, si hubiese motivos para ello, practicará las diligencias oportunas para la averiguación del hecho y de los presuntos responsables. Es decir, realizaría una función similar a la del Juez Instructor de unas diligencias previas penales. Ahora bien, debe quedar claro que esta función la desempeña en el TCU un funcionario técnico del Tribunal y no un Magistrado, con todas las consecuencias que ello pudiese entrañar para la naturaleza y efectos de tales actos de investigación.

Practicada la correspondiente investigación, la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, depreñándose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulten aplicables a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector (art. 49 LFTCU).

La legitimación activa para formular las pretensiones de responsabilidad corresponderá a la Administración o entidad pública perjudicada y al Ministerio Fiscal, aunque también cabe la acción pública.

En cuanto al procedimiento general del juicio de cuentas, si bien tiene algunas notas específicas en el trámite inicial de formulación de la demanda y de contestación (arts. 68 y ss de LFTCU), a partir de ésta se regirá por los trámites del procedimiento contencioso-administrativo ordinario con ligeras alteraciones que recoge la ley (art. 71).

A los efectos de nuestro estudio, nos interesa destacar que la LFTCU regula en su capítulo VIII un procedimiento especial para los supuestos de reintegro por alcance o malversación de caudales o efectos públicos. Este procedimiento se regirá por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 73 de LFTCU).

Por consiguiente, sería este último el procedimiento a aplicar para determinar las responsabilidades civiles en los casos en que se requiera de inhibición a la Jurisdicción Penal.

En primera instancia conocerá de estos procedimientos de reintegro por alcance un Consejero del Tribunal. La sentencia dictada es apelable ante una Sala del Tribunal integrada por tres Consejeros. Y la resolución que recayere en apelación es recurrible en casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando la cuantía del procedimiento exceda de seis millones de pesetas (arts. 52 a 54 y 81 de LFTCU y 1.687 de LEC).

Este esquema general puede servirnos a modo de indicación u orientación sobre el procedimiento jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, sin entrar en los detalles ni en los trámites específicos que aparecen recogidos en la LFTCU.

Por último, también parece conveniente decir que el Tribunal está formado por doce Consejeros, seis de los cuales son designados por el Congreso de los Diputados y otros seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años en el ejercicio profesional. Los Consejeros son independientes e inamovibles (art. 30 LOTCU).

III. EL TIPO DE MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS

Los requerimientos que viene haciendo la jurisdicción contable a la penal conciernen generalmente a procedimientos por delitos de malversación de caudales públicos, pues si bien cabe que la conflictividad surja también con respecto a otros tipos delictivos, como el de fraude de funcionarios (art. 400 del C. Penal), suele ser en aquéllos en los que concurre el conflicto, como puede observarse en los dos autos dictados por la Audiencia Provincial de Madrid. Ello nos obliga a realizar una breve exposición sobre el contenido de esos tipos delictivos.

Siguiendo a Octavio de Toledo-Huerta Tocildo,

podemos definir el tipo penal como el conjunto de características de una conducta que, indiciariamente, llevan a afirmar que es contraria a derecho⁹. Estos mismos autores consideran como el primero de los elementos objetivos del tipo la acción externamente considerada. También incluyen dentro del tipo objetivo al objeto material de la conducta, u objeto real, del mundo exterior sobre el que ésta recae. Y, por último, integran asimismo en el tipo el resultado, al que se refieren en las dos acepciones que suele aplicar la doctrina: el resultado como efecto exterior de la conducta espacio-temporalmente separable de la misma, que suele denominarse resultado en sentido naturalístico; y el resultado como equivalente a lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente amparado por la norma incriminadora (bien jurídico). Mientras que el primer concepto de resultado sólo concurre en los delitos de resultado o resultativos y no aparece, en cambio, en los de mera actividad, el llamado resultado jurídico ha de aparecer en todos los delitos¹⁰.

En otro orden de cosas, es preciso discernir entre el resultado del delito y la responsabilidad civil derivada de la infracción punible. Pues, si bien en virtud de la responsabilidad civil se resarcan las consecuencias de la desposesión y los daños y perjuicios que pueden acompañar a la infracción punible, tales consecuencias no tienen por que coincidir con la lesión o peligro para los bienes jurídicos propios de la respectiva infracción criminal, es decir, con su antijuricidad material¹¹. Así, es claro que en el delito de homicidio no se resarce el bien jurídico de la vida en sí mismo, sino las consecuencias y perjuicios que se ocasionan a los allegados a la víctima con su fallecimiento. Sin embargo, es también evidente que el presupuesto de la antijuricidad penal y el de la responsabilidad civil coinciden en bastantes casos, especialmente en los delitos de índole patrimonial. De tal modo que en estos supuestos se ha de indemnizar precisamente el resultado material del delito, toda vez que éste se identifica generalmente con el perjuicio ocasionado.

Sentadas estas premisas, apliquémoslas ahora al tipo de malversación de caudales públicos. Pues bien, la doctrina¹² distingue tres modalidades de delito malversación dentro del Código Penal: 1) conductas de apropiación (art. 394 y 395); 2) conductas de distracción (arts. 396 y 397); y conductas de retención (art. 398). Nuestra atención la centraremos, no obstante, en la primera modalidad, pues se trata del supuesto que tiene una mayor aplicación en la práctica, ya sea directamente ya a través de la remisión que el artículo 399 hace al 394 del Código Penal.

El artículo 394 del Código Penal tipifica como supuesto de malversación de apoderamiento la conducta del funcionario público que sustraere o con-

sintiere que otro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones, al que castiga con penas que van desde arresto mayor hasta la de reclusión menor, para lo cual atiende al valor de lo sustraído. A tal efecto, establece una suma mínima de 30.000 pesetas y una superior de 2.500.000 pesetas en adelante.

Según Muñoz Conde, el bien jurídico protegido es el deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la Administración, pero también protege los fondos públicos y los intereses patrimoniales del Estado, ostentando así un carácter patrimonial evidente¹³. Mientras que Orts Berenguer entiende que el bien jurídico que protege el tipo delictivo son el acervo público y los servicios prestados por los poderes públicos¹⁴. Por último, la jurisprudencia también habla del acervo público y de los servicios que prestan los poderes sociales, políticos y económicos como bienes jurídicos tutelados por la norma (STS 27-VII-1991).

En cuanto a la acción de sustraer recogida en el tipo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que equivale a apropiarse, acción que ha de recaer sobre caudales públicos.

Estamos, pues, ante un tipo de resultado¹⁵, en el que, además, la gravedad de la antijuricidad de la conducta aparece vinculada a la cuantía del mismo, fijándose para determinar la pena una escala cifrada en la valoración de los caudales sustraídos.

Al tratarse de un delito de resultado, se admiten las formas imperfectas de ejecución, tanto por la doctrina¹⁶, como por la jurisprudencia (STS 25-I-1980).

Así pues, a tenor de lo que se ha venido exponiendo, el perjuicio causado al Estado debido a la sustracción de caudales públicos integra el resultado del tipo delictivo de los artículos 394 y 395 del Código Penal, y en el primero de ellos es incluso decisivo y determinante para fijar la pena.

A ello ha de sumarse que en esa clase de delitos el resultado delictivo suele concidir en su evaluación con el importe de la responsabilidad civil, si bien es cierto que no siempre concuerdan totalmente, habida cuenta que al valor de los caudales sustraídos pueden añadirse otros perjuicios económicos para el Estado derivados de la sustracción y que no se identifican con el importe de ésta.

Estas consideraciones tienen una gran relevancia para la problemática que nos hemos planteado en nuestro estudio, como puede claramente percibirse. Pues si el importe de los caudales públicos sustraídos es un elemento constitutivo del tipo delictivo resulta incontestable que habrá de ser fijado por la jurisdicción penal, ya que, de no ser así, sería en la práctica la jurisdicción contable la que determinaría la existencia del delito y la pena a aplicar.

⁹ Octavio de Toledo-Huerta Tocildo: *Derecho Penal Parte General*, edit. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 64.

¹⁰ Octavio de Toledo-Huerta Tocildo, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

¹¹ Juan Córdoba Roda. *Comentarios al Código Penal*, edit. Anel, Barcelona, 1972, Tomo I, pág. 949

¹² Fabio Suárez Montes: «El delito de malversación de caudales públicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966, núm. 220, págs. 844 y ss

¹³ Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. «Irrant lo blanch», Valencia, 1990, pág. 774.

¹⁴ Enrique Orts Berenguer: *Derecho Penal, Parte Especial*, obra colectiva coordinada por Vives Antón, edit. «Irrant lo blanch», Valencia, 1988, pág. 446

¹⁵ Suárez Montes: *op. cit.*, pág. 868

¹⁶ J. M. Rodríguez Devesa. *Derecho Penal, Parte Especial*, edit. Dykinson, Madrid, 1983, pág. 1130.

La conclusión precedente no se pone en duda ni por la propia legislación que regula la jurisdicción contable. Así, el artículo 16.c) de la LOTCU dispone que no corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de delito o falta. Y el artículo 46.d) de la LFTCU preceptúa que el Delegado Instructor pasará el tanto de culpa a los Tribunales ordinarios, si hubiere indicios de responsabilidad criminal, salvo que conste haberse hecho en las diligencias preventivas.

Los problemas de competencia jurisdiccional que se han venido suscitando entre la jurisdicción penal y la contable, al integrar unos mismos hechos los elementos del tipo delictivo y los de la responsabilidad civil, han intentado resolverse por algunos autores con la aplicación del instrumento procesal de las cuestiones prejudiciales devolutivas, dando prioridad a la jurisdicción contable sobre la penal. Sin embargo, estimamos que no es correcta esta forma de compatibilizar y cohesionar la aplicación de los artículos 18.2 y 16.c) de la LOTC, según se razonará a continuación.

IV. LA CUESTION PREJUDICIAL CONTABLE

La posibilidad de que se planteen cuestiones prejudiciales contables dentro de la jurisdicción penal ha sido defendida por Sola Fernández. En efecto, este autor sostiene que la institucionalización del sexto orden jurisdiccional, el contable, ha llenado de contenido prejudicial a los tipos penales de la malversación de caudales públicos. Pues —arguye— la acción de malversar, en sus diferentes tipos, exige la existencia de un alcance de fondos públicos, así como que el causante del alcance tenga la disposición de los caudales alcanzados, y, en su caso, la producción de un daño al servicio beneficiario de los fondos indebidamente dispuestos, así como el hecho de la disposición indebida, cuestiones todas ellas atribuidas a la jurisdicción del TCU de manera necesaria, improrrogable, exclusiva y plena. Y termina afirmando que estamos ante el supuesto de la cuestión prejudicial devolutiva de carácter relativo contemplada en el artículo 4 de la Ley Procesal Penal¹⁷ («si la cuestión prejudicial fuera determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda»).

En igual sentido, Vacas García-Alós propugna en favor del orden jurisdiccional contable la existencia de la cuestión prejudicial devolutiva o excluyente, pues —a su entender— resulta imperativo someter la cuestión al órgano competente, y ello con base en el que se ha venido en llamar sistema de integración, en virtud del cual el orden judicial al que corresponde conocer del elemento principal extiende su conocimiento, «incidenter tantum», a las materias de los restantes órdenes jurisdiccionales¹⁸.

Al efecto de contraargumentar los dos criterios que se acaban de exponer, se hace imprescindible puntualizar algunos extremos relativos a las cuestiones prejudiciales en el proceso penal:

1) La cuestión prejudicial surge cuando la ley sustantiva penal recoge como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad no meros hechos o conceptos jurídicos, sino relaciones jurídicas de otras ramas del derecho ajenas al ámbito punitivo¹⁹. Suele, pues, plantearse cuando los tipos penales recogen elementos normativos que aparecen regulados por normas extrapenales. Los supuestos prácticos más citados son las relaciones jurídicas de parentesco con respecto a los delitos de parricidio e infanticidio y las relaciones jurídicas que se hallan vinculadas a la propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

2) El principio general establecido por la ley se concreta en el mandato de que el juez penal, a los solos efectos de la represión, tiene jurisdicción para resolver las cuestiones civiles o administrativas, o de cualquier otro orden jurídico, siempre que éstas estén ligadas de forma íntima con el tipo penal de cuya aplicación se trata (arts. 3 de LECr y 10 de LOPJ)²⁰. Por ello, la mera utilización de conceptos o términos jurídicos ajenos al derecho penal dentro del tipo delictivo no comporta por regla general que se suscite una cuestión prejudicial para explicitar y declarar la definición extrapenal.

3) Como afirma Gómez Orbaneja —con extraordinaria acuidad—, la extensión de la competencia penal a la cuestión jurídica heterogénea, antecedente del fallo, no se basa, como suele decirse, en el principio de unidad de la jurisdicción, sino, por el contrario, en la necesidad de fijar todo lo que condiciona la responsabilidad criminal con los poderes y medios del proceso penal y dentro de éste. Se basa en que el proceso civil (o administrativo) y el proceso penal son diversos. Si el juez del delito tuviese que partir de premisas fijadas por otro juez con arreglo al principio dispositivo, limitaciones de prueba, reglas probatorias legales, presunciones y ficciones, la finalidad del proceso penal, determinada por la naturaleza del derecho que actúa, quedaría desvirtuada²¹.

La afirmación del referido procesalista nos obliga a apreciar con exquisita cautela los elementos normativos de los tipos penales y, sobre todo, a aplicar un eficaz filtro interpretativo a las normas penales en blanco, a través de las cuales se introducen en el ámbito penal auténticas presunciones fácticas.

Asimismo, dentro de la perspectiva de las cuestiones prejudiciales, han de mirarse con no poca reticencia incluso las cuestiones devolutivas absolutas recogidas en el artículo 5 de la Ley Procesal Penal (cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil). Y decimos esto porque es factible que un órgano jurisdiccional civil dicte una sentencia constituti-

¹⁷ Mariano F. Sola Fernández: «Aproximación al estudio de la compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal», revista *Crónica* 1987, Asociación de Censores Letrados y Contables y Servicio de Estudios del Tribunal de Cuentas, pág. 183, año 1988.

¹⁸ Vacas García-Alós: *op. cit.*, pág. 279.

¹⁹ Gómez Orbaneja y Herce Quemada: *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., Madrid, 1986, pág. 76.

²⁰ Valentin Cortés Domínguez: *Proceso Penal*, obra colectiva, edit. «tiran lo blanch», Valencia, 1990, pág. 224.

²¹ Gómez Orbaneja: *op. cit.*, pág. 80.

va declarando la filiación de una persona en base a las presunciones recogidas en los artículos 116 y 117 de Código Civil, y sin embargo, en el proceso penal se acredite algún conatraindicio que ponga en entredicho esas presunciones que fueron la base de la sentencia civil que resolvió la cuestión prejudicial. En un supuesto así, entendemos que la duda que embarga al juez penal no puede dirimirse en base a meras presunciones ni con arreglo a principios probatorios del proceso civil. Pues si bien los artículos citados y la sentencia que se apoya en ellos tienen una justificación razonable y coherente en el ámbito del derecho privado, al otorgar seguridad y certeza jurídica al estado civil de una persona, difícilmente pueden fundamentarse en esas presunciones la condena por un delito de parricidio y la exclusión del tipo de homicidio, lo que significa la elevación de la pena privativa de libertad en varios años para el acusado. Y es que la naturaleza, las consecuencias y los fines de las normas penales poco tienen que ver con los de las normas civiles.

4) El hecho mismo que constituye el objeto de la causa penal —la acción u omisión punible en su unidad y complejidad— no puede formar el objeto de la cuestión prejudicial²². De forma tal que no existe prejudicialidad civil o administrativa en el juicio penal cuando la sentencia civil y la penal hayan de resolver sobre un mismo hecho bajo dos distintos aspectos²³.

5) En palabras de V. Cortés Domínguez, tanto en el caso del artículo 4 como en el del artículo 6 de la LECr el legislador defiende sólo formalmente el principio de la diversidad de jurisdicciones, pero no sustancialmente, puesto que todo está pensado para que el juez penal resuelva con los mismos criterios todas las cuestiones «fácticas» que componen el supuesto de hecho del tipo penal, lo que es concorde con la vigencia de los principios de inmediación y de valoración probatoria que rigen en el proceso penal²⁴.

Ello parece lógico, pues resultaría incoherente que algunos elementos fácticos del tipo delictivo fueran fijados con las normas específicas de la técnica procesal penal —investigación de oficio, derecho a la presunción de inocencia y principio «in dubio pro reo»— y otros, en cambio, con arreglo a los principios procesales del juicio civil, contencioso administrativo o laboral.

6) Se considera como criterio doctrinal sólido y asentado el que la sentencia dictada por el Juez no penal resolviendo la cuestión prejudicial, aunque ésta sea determinante de la existencia del delito, no vincula al juez penal. Por lo tanto, aun entonces es el juez penal el que definitivamente dilucida la cuestión planteada²⁵. Este es también el criterio que sigue la jurisprudencia al interpretar el artículo 4 de la Ley Procesal Penal (STS 7-VI-1973).

7) Los argumentos que hemos expuesto en los apartados precedentes explican sobradamente que

en la práctica procesal penal sólo se tramiten cuestiones prejudiciales devolutivas en supuestos extraordinarios y excepcionales. Y entendemos que también aparecen más que justificados los artículos 10 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 91 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, preceptos que, por su relevancia, se transcriben a continuación:

«A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca» (art. 10 LOPJ).

«El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional» (art. 44 LOPJ).

«El Tribunal podrá suspender el procedimiento que se sigue ante el mismo hasta la resolución de un proceso penal pendiente ante un Juzgado o Tribunal de este orden» (art. 91 LOTC).

Una vez explicitada la doctrina atinente a las cuestiones prejudiciales en el ámbito del proceso penal, es hora ya de aplicar las pautas que se han establecido a la temática que nos ocupa.

Pues bien, si se analiza el texto del artículo 394 del Código Penal puede comprobarse que en modo alguno contiene cuestiones jurídicas que justifiquen la formulación de una cuestión prejudicial a dirimir por la jurisdicción contable.

En efecto, la acción nuclear que integra el tipo delictivo consiste en sustraer caudales o efectos públicos. El verbo *sustraer* es interpretado doctrinal y jurisprudencialmente como «apropiarse». Resulta, pues, evidente que no genera la interpretación de ese vocablo interrogantes jurídicos que hayan de dirimirse por la jurisdicción contable.

Tampoco los términos «caudales» o «efectos públicos» suscitan especiales problemas interpretativos. La doctrina equipara los caudales públicos a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valores negociables que posean un valor económico, aunque no sea actual, y que pertenezca a la Administración y esté destinado a fines públicos²⁶.

Se trata, pues, de un concepto más o menos determinado como otros muchos que llenan los tipos del Código Penal y que en ningún caso constituyen una relación jurídica que fundamente una cuestión prejudicial.

Y otro tanto puede decirse con respecto a la circunstancia de que el funcionario «los tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones», acerca de la cual concurre una abundante jurisprudencia penal.

Por lo tanto, y sin olvidar que la descripción de

²² Gómez Orbaneja: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Edit. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1944, pág. 212.

²³ Gómez Orbaneja, *Comentarios...*, pág. 213.

²⁴ V. Cortés Domínguez: *op. cit.*, pág. 227.

²⁵ V. Cortés Domínguez: *op. cit.*, pág. 227; Gómez Orbaneja,

Derecho Procesal Penal, op. cit., pág. 83; Jesús Sáez Jiménez y Epifanio López, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, edit. Santillana, Madrid, 1966, págs. 681 y ss.

²⁶ Orts. Berenguer: *op. cit.*, pág. 467.

una conducta en un tipo penal supone de por sí una juridificación de sus aspectos fácticos, se puede decir que estamos ante un tipo delictivo que contiene elementos fácticos y conceptos jurídicos que no justifican la formulación de una pretensión prejudicial a dirimir por una jurisdicción ajena al ámbito penal.

Esta conclusión se ve corroborada por el hecho de que los caudales públicos tienen, como se ha explicitado, una eminente condición de bien mueble, a pesar de que alguna sentencia aislada del Tribunal Supremo (2-III-1973) haya extendido desmesuradamente el concepto hasta comprender los bienes inmuebles. Por lo tanto, si estamos ante defraudaciones que afectan sustancialmente a bienes muebles habría que aplicar el artículo 6 de LECr, que viene a excluir las cuestiones prejudiciales devolutivas con respecto a los bienes de esa índole.

Por último, tampoco parece muy razonable dilatar *sine die* el procedimiento penal con la formulación de una cuestión prejudicial devolutiva cuando, al fin y al cabo, la resolución a dictar por la jurisdicción contable, como ya se ha expuesto, no va a vincular al juez penal.

V. EL AUTO DE 22 DE JULIO DE 1991 DE LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Las tesis que se han venido manteniendo en los apartados precedentes entrañan, obviamente, una discrepancia clara con el auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid y con la entusiasta defensa que de esta resolución efectúa Vacas-García Alós²⁷.

Lo curioso es que en el auto se parte de una premisa correctamente sentada y razonada, pues se expone como argumento de fondo que «hallándonos ante el enjuiciamiento de delito cuya tipicidad y pena aplicable se hace dependiente de la cuantía de tales perjuicios...». Por contra, no pueden estimarse correctas y acertadas las conclusiones que de ello extrae cuando dice que «razones de prudencia y de congruencia entre distintas resoluciones judiciales, a las que hace referencia el Abogado del Estado en su informe, aconsejan dicha suspensión, antes del pronunciamiento penal que corresponda».

Y tampoco puede acogerse, lógicamente, la conclusión que sienta Vacas García-Alós con motivo del análisis del referido auto: «el Juez o Tribunal que entienda de la causa no solamente debe limitarse a enviar al Tribunal de Cuentas los antecedentes necesarios para que por éste se determine la cuantía de los perjuicios económicos irrogados al sector público, sino que además tendría que suspender la posterior tramitación de la mencionada causa —como se acordó en el auto objeto de comentario—, pues como acertadamente se razona por la Sección Pri-

mera de la Audiencia Provincial de Madrid en dicho pronunciamiento, la tipicidad y pena aplicable a ilícitos penales como la malversación de caudales públicos está en función del importe a que ascienden los perjuicios producidos»²⁸.

Estas conclusiones no nos parecen razonables. Y ello porque, siendo cierto que la fijación del perjuicio derivado de la acción malversadora integra el tipo delictivo y determina la pena, es precisamente esta circunstancia la que impide la suspensión del procedimiento para que establezca un elemento relevante del delito una jurisdicción ajena a la penal.

La interpretación que postula Vacas García-Alós con respecto al artículo 18 de la LOTCU supone la tramitación de una cuestión prejudicial contable en el ámbito penal al efecto de integrar el tipo de malversación. Y esto es lo que ha realizado *de facto* la resolución de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, dando así inequívoca prioridad a la jurisdicción contable sobre la penal para determinar el tipo del delito.

Ya se han expuesto anteriormente los argumentos que permiten ponderar como inadecuado e improcedente el planteamiento de una cuestión prejudicial contable en el ámbito del proceso penal. No obstante, no está de más matizarlos y complementarlos especificando algunas de las consecuencias que esa opción procesal genera en la práctica.

Así, y en primer lugar, el suspender el procedimiento penal por hallarse tramitando el TCU un procedimiento por alcance o malversación supone que sea éste el que investigue en la práctica la integridad del tipo delictivo y no sólo el perjuicio, dado que el resultado de la sustracción es inseparable de la acción de sustraer, debiendo, pues, investigarse ambas conjuntamente, máxime cuando el TCU ha de dilucidar responsabilidades contables y, por supuesto, quiénes son los responsables.

En segundo lugar, como ya se ha plasmado, existe en el procedimiento de la jurisdicción contable una fase de investigación tramitada por un Delegado Instructor (art. 46 LFTCU). Esta fase, equiparable funcionalmente a las diligencias previas o al sumario del proceso penal, no tiene, a diferencia de éstos, naturaleza jurisdiccional. Y ello porque es diligenciada por un funcionario técnico del Tribunal que no detenta la condición de juez, pudiendo delegar el Tribunal incluso en funcionarios de la provincia en que han ocurrido los actos de alcance (art. 26 LOTCU). Difícilmente puede decirse entonces que nos hallemos ante una actividad propiamente jurisdiccional.

La naturaleza administrativa de esas actuaciones previas a la exigencia de las responsabilidades contables ha sido admitida por los autores que han tratado el tema²⁹. De otra parte, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de LFTCU, tildó a la fase de investigación del procedimiento de «auténticamente inquisitiva, más propia de un simple expediente administrativo y carente de las necesarias garantías de contradicción»³⁰. Y el

²⁷ Ver nota primera.

²⁸ Vacas García Alós: «Prioridad de la jurisdicción contable», *op. cit.* en nota 1, pág. 284.

²⁹ José Luis Monzo Torres y Luis Vacas García-Alós: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las actuaciones ins-

tructorales en el procedimiento de reintegro por alcance», *Actualidad Administrativa*, núm. XXIV, 1990, págs. 265 y ss; y núm. XXV, 1990, págs. 273 y ss.

³⁰ *Boletín de Información del CGPJ*, núm. 44, febrero 1986, pág. 32.

Tribunal Constitucional, en Sentencia 18/1991, de 31 de enero, ha considerado la instrucción recogida en el artículo 47 de LFTCU como una actividad claramente separada de los procedimientos de fiscalización en sentido estricto y ordenada a preparar la actividad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas; de tal forma que si bien la excluye de las actuaciones fiscalizadoras y la incluye dentro del procedimiento enjuiciador, en ningún momento afirma que sea una actividad propiamente jurisdiccional.

Por contra, la intervención de un órgano judicial en la práctica de la instrucción penal y las funciones que se le atribuyen impregnan de carácter jurisdiccional al trámite de las diligencias previas y del sumario. Pues, en efecto, el Juez Instructor se halla facultado para limitar y restringir derechos fundamentales y, dada su condición independiente e imparcial, va a poder practicar pruebas anticipadas en la fase sumarial y salvaguardar con objetividad los derechos de las partes.

Todo ello influye de manera decisiva en la naturaleza y efectos de la instrucción en el proceso penal. Pues no ostentan la misma fuerza probatoria, en el momento de ser sometidas a contradicción en la fase de juicio oral, una declaración sumarial prestada ante el Juez Instructor con asistencia e intervención de las partes que una declaración prestada ante un funcionario administrativo. El propio Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto el proceso de judicialización experimentado en la fase sumarial del proceso penal y la relevancia que ostenta la aplicación en ella del principio de contradicción y otras garantías procesales (STC 21-V-1986).

Y en lo que atañe a la eficacia, la facultad del Juez-Instructor de restringir los derechos fundamentales (intervenciones telefónicas, telegráficas y de correspondencia, y entrada y registro en domicilios) deriva en una mayor profundización en el conocimiento de los hechos. Tan es así que no resulta nada extraño que procedimientos que finiquitan con un auto de archivo y sin averiguación de alcance o malversación de ninguna índole en la jurisdicción contable se resuelvan con una sentencia condenatoria en la esfera penal, por ponerse al descubierto hechos fraudulentos no constatados en aquélla³¹.

En otro orden de cosas, tampoco parece muy procedente ni adecuado que mientras el Juez de instrucción tramita unas diligencias previas o un sumario el Delegado instructor lleve a cabo una investigación paralela, por cuanto podría fácilmente interferir y obstaculizar el proceso judicial y frustrar sus resultados.

Desde la perspectiva estrictamente probatoria, el procedimiento de reintegro por alcance se rige por las normas del proceso civil (art. 73 LFTCU), con reglas específicas de la carga de la prueba y de interpretación de los presupuestos fácticos de la responsabilidad contable que difieren sustancialmente de las normas técnicas del proceso penal. En consecuencia, es muy factible y probable que los resultados probatorios sean notoriamente divergentes. Y, desde luego, no podrán subsumirse en el tipo penal

hechos acreditados en base a unas normas y principios probatorios ajenos al proceso penal.

Por último, el suspender la tramitación de la causa penal para resolver previamente en la jurisdicción contable la temática relativa a la responsabilidad civil implica dilatar indebidamente en el tiempo la elucidación de la responsabilidad penal, que, dada su naturaleza, ha de dirimirse con mayor urgencia y perentoriedad que aquélla. Tales consecuencias aparecen corroboradas por la situación procesal presente del procedimiento tramitado en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid. En efecto, después de haberse dictado el auto de 22 de julio de 1991, en el que se suspendía el procedimiento penal, no se han practicado más diligencias a la espera de la resolución del Tribunal de Cuentas, expectativa que todavía se mantiene el día 9 de mayo de 1993.

VI. EL AUTO DE 27 DE JULIO DE 1990 DE LA SECCION SEPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Como se ha podido comprobar al inicio de este trabajo, el auto de la Sección Séptima de la AP de Madrid se inhibe en favor del Tribunal de Cuentas, a requerimiento de éste, en lo que atañe al conocimiento de la responsabilidad civil. Sin embargo, y a diferencia de lo acontecido con la resolución dictada por la Sección Primera, no acuerda suspender la tramitación del procedimiento penal, sino que sigue su curso hasta la fase decisoria. En ella se dicta sentencia contra CCA el 17 de abril de 1991, por la que se le condena como autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos a las penas de doce años y un día de reclusión menor e inhabilitación absoluta por un período de ocho años, resolución que se halla recurrida en casación.

Ahora bien, en el fallo de la sentencia, lógicamente, no se hace pronunciamiento alguno en lo que concierne a la responsabilidad civil del referido acusado. Ignoramos el curso seguido por el procedimiento incoado por la jurisdicción contable, pero es de suponer que, en base al testimonio solicitado en su momento, habrá continuado su trámite normal hasta dictar la correspondiente sentencia fijando las responsabilidades contables y civiles.

A la hora de analizar la resolución dictada por la Sección Séptima de la AP de Madrid, ha de comenzarse diciendo que el acuerdo tomado parece el que más se ajusta a una interpretación adecuada y coherente del artículo 18 de la LOTCU. Y ello porque, al disponer esta norma que cuando los hechos fueren constitutivos de delito la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia, parece lógico que la Sala Penal se inhiba de conocer acerca de la pretensión civil, a pesar de que el Ministerio Fiscal la habla formulado en su escrito de acusación. Lo que no sería correcto ni razonable, según se ha argumentado sobradamente, es que el Tribunal penal hubiera sus-

³¹ Procedimiento Penal Rollo S-66/90, tramitado en la Sección

XV de la AP de Madrid, por fraude ilegal de funcionarios.

pendido el procedimiento, tal como hizo la Sección Primera en el auto anteriormente examinado.

Sin embargo, y a pesar de que la interpretación realizada por la Sección Séptima de la AP de Madrid parece la correcta, ello no quiere decir en modo alguno que no suscite graves problemas en la práctica, problemas que, en cualquier caso, han de cargarse en el debe del texto legislativo, toda vez que impone la competencia de dos jurisdicciones diferentes para conocer de unos mismos hechos, aunque las pretensiones jurídicas fundamentadas en ellos sean diferentes.

La primera cuestión que esa concurrencia competencial suscita se deriva de que es muy posible que la jurisdicción penal y la contable acaben sentando en sus respectivas sentencias premisas fácticas diferentes y opuestas entre sí.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado en Sentencia 62/1984, de 21 de mayo, que «a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulta que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.º, número 3, de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios».

Esta doctrina ha sido también recogida, en esencia, por otras Sentencias del TC: 77/1983, de 3 de octubre; 158/1985, de 26 de noviembre; y 107/1989, de 8 de junio. Si bien en la segunda de ellas ha matizado el criterio precedente al afirmar: «Para que un órgano judicial tome en cuenta una resolución firme de otro órgano es preciso que tenga conocimiento oficial de la misma porque se halle incorporada al proceso que ante él se tramita, y, naturalmente, también el órgano judicial que haya de resolver en segundo lugar podrá razonadamente desechar la identidad de situaciones cuando la contradicción sea sólo aparente, o existan razones que justifiquen una diversa apreciación de los hechos. No se trata, pues, de que una misma jurisdicción haya de aceptar siempre de forma mecánica lo declarado por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada, de acuerdo por otra parte con la reiteradísima doctrina de este TC, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el de obtener una resolución fundada en derecho.»

Por consiguiente, si bien ha de tenderse, en apli-

cación del principio de seguridad jurídica, a evitar las sentencias contradictorias, ello no quiere decir que éstas no puedan darse legítimamente en la práctica. Ya sea, como afirma Pantaleón Prieto³², porque las sentencias no declaran verdades absolutas sobre los hechos objeto del litigio, puesto que los apreñan con arreglo al material probatorio existente en los autos; ya porque —podemos añadir— los diferentes procesos se rigen por específicos principios probatorios que conducen a sentar diferentes presupuestos fácticos.

Sobre este último aspecto, es de interés hacer referencia a la doctrina sentada por la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando argumenta en el sentido siguiente: «Constituyendo la responsabilidad penal por imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposas especies jurídicas distintas, aunque expresivas de un principio de culpa, la ausencia declarada de culpabilidad penal no impide al Tribunal Civil valorar y encuadrar, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, el hecho en el ámbito de la culpabilidad extracontractual, ni le coarta siquiera para apreciar con plenitud de competencia las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica, doctrina que en nada se opone a la que mantiene el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de noviembre de 1985, sino que, por el contrario, se conforma a ella» (STS 9-VI-1989 y 7-XI-1985).

En el mismo sentido puede citarse la sentencia de la misma Sala de 2 de noviembre de 1987: «Fuera de la concreta excepción acabada de registrar de declaración en ella de la no existencia del hecho, la responsabilidad derivada de los hechos no constitutivos de infracción penal queda encomendada libérrimamente al juez civil, quien puede establecer la versión o «factum» que resulte de las pruebas practicadas en el proceso civil según su libre apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica y sin venir vinculado a la sentencia penal absolutoria.»

Por último, y para terminar con estas citas jurisprudenciales sobre el tema de las sentencias contradictorias, parece oportuno transcribir, al menos parcialmente, el auto dictado el 19 de abril de 1988 por la Sala de Apelación del Tribunal de Cuentas³³: «Cuando como ocurre en el presente caso, se parte de unos mismos hechos y se les somete a un doble y simultáneo enjuiciamiento —penal y contable—, la declaración de existencia o inexistencia de los mismos y de su autoría habrá de ser única y corresponderá, en principio, a la jurisdicción penal como prevalente.»

Por consiguiente, y a tenor de lo expuesto en las resoluciones transcritas, ha de procurarse evitar en lo posible la contradicción entre las premisas fácticas dictadas por el Tribunal Penal y el Tribunal de Cuentas. En base a lo cual no deberían seguirse procedimientos paralelos, sino que uno de ambos ha de ser prioritario en su tramitación.

Pues bien, tanto la urgencia en la determinación de las responsabilidades penales, debido a la naturaleza de éstas, como las mayores facultades de in-

³² Fernando Pantaleón Prieto: Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 1-VII-1986, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pág. 3905.

³³ Recogido del trabajo de Luis Vacas García-Alós «Prioridad...» (nota primera), págs. 274 y 275.

investigación de la jurisdicción punitiva imponen la prioridad del procedimiento penal sobre el contable, por lo que debiera suspenderse éste a la espera de lo que se decidiera en aquél. Sin olvidar tampoco los valores que tutelan una y otra jurisdicción y el dato relevante de que los hechos declarados probados en el proceso por responsabilidades contables no vinculan a la jurisdicción penal, mientras que los admitidos por ésta han de ser recogidos, al menos en algunos supuestos, por la jurisdicción contable.

La prioridad que se defiende aparece confirmada por el texto del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.»

Ciertamente, Sola Fernández ha aducido que no procede aplicar este precepto para fundamentar la paralización o suspensión de la actividad jurisdiccional contable a la espera de que decida la jurisdicción penal³⁴. Sin embargo, entendemos que los argumentos que hemos expuesto, así como lo preceptuado en el artículo 44 de la LOPJ, han de considerarse decisivos para desvirtuar la tesis del referido autor. De no ser así, se corre el riesgo de que se declare la inexistencia de alcances y malversaciones en la jurisdicción contable que después se acaban probando en el ámbito penal, hipótesis nada extraordinaria en el momento presente.

De todas formas, la problemática suscitada por las resoluciones contradictorias no es la única derivada de la norma recogida en el artículo 18 de LOTCU. Concurren también otras graves distorsiones en el sistema jurisdiccional generadas por la división competencial impuesta por el precepto.

Así, cabe destacar la posibilidad nada irreal de que algunos de los acusados en el proceso penal sean cuentadantes y otros no con arreglo a la legislación contable. Esto deriva en que la responsabilidad civil se reclame a unos inculcados en el ámbito de la jurisdicción penal y a otros ante la jurisdicción contable, con todos los problemas que conlleva esa escisión de la pretensión civil.

Decimos que no se trata de un supuesto hipotético porque ello es precisamente lo que ocurrió en el procedimiento tramitado por la Sección Séptima de la AP de Madrid cuyo auto comentamos. En efecto, se trata de un proceso penal con tres acusados, sin embargo, solamente se requirió la inhibición por el Tribunal de Cuentas con respecto a uno de ellos, dado que los otros no tenían la condición de cuentadantes. De este modo, con respecto a dos de los inculcados si se solicitó la indemnización para el Estado dentro del proceso penal, mientras el tercero quedó a resultas de lo que decidiera la jurisdicción contable.

Como puede percibirse, las inconveniencias y las disfunciones que ha ocasionado el artículo 18 de LOTCU son mucho mayores que los beneficios que pudiera aportar al sistema procesal. La doctrina ha defendido la determinación de la responsabilidad ci-

vil por el Tribunal de Cuentas en las defraudaciones de caudales públicos en base a la pericia y a los conocimientos técnicos del Tribunal³⁵. Y también se ha aducido la obtención de un mayor reforzamiento de las garantías en orden a la intangibilidad de los caudales públicos³⁶. Sin embargo, estimamos que estos beneficios podrían alcanzarse igualmente, y con una mayor agilidad y coherencia, en el ámbito procesal penal. Pues, en efecto, está sin duda acreditado que cuando a la jurisdicción penal se la dotan de medios periciales técnicamente cualificados su eficacia es óptima. Lo que sucede es que ello se produce en escasísimas ocasiones y para supuestos «ad hoc». De ahí que deba concluirse que los resultados serían excelentes si se hubiera establecido una colaboración entre el personal técnico del Tribunal de Cuentas y la Jurisdicción Penal, en lugar de crear la confusión y el equívoco con la diversificación y escisión de las pretensiones procesales.

No obstante, es obvio que las soluciones no caminan en el sentido apuntado. Todo indica más bien que el legislador mantiene cierto recelo hacia la jurisdicción propiamente ordinaria. Para corroborarlo sólo se precisa leer el Proyecto de Código Penal de 1992, en el que se excluye la competencia que actualmente ostenta la jurisdicción penal para decidir sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público de que se trate, y también sobre la responsabilidad civil de la Administración, que habrá de exigirse directamente ante ésta y ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 122).

VII. EL CONTEXTO SOCIO-POLITICO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

El objeto de nuestro estudio se ha centrado en argumentar jurídicamente una interpretación del artículo 18 de la LOTCU que permita una mayor operatividad y coherencia procesal, atendiendo para ello a la naturaleza, funciones y fines de las jurisdicciones penal y contable. No está de más, sin embargo, hacer unas breves reflexiones finales acerca del contexto socio-político en el que se desenvuelve la labor del Tribunal de Cuentas.

Como se ha explicado, los Consejeros son nombrados por ambas Cámaras legislativas, de las que depende, además, orgánicamente el Tribunal. Ello quiere decir que estamos ante una jurisdicción *sui generis*, toda vez que no se halla adscrita al Poder Judicial sino al Poder Legislativo.

Este *status* específico, si bien en teoría no tendría por qué aminorar o degradar la legitimidad del Tribunal, en la práctica no ha sido así, y se ha venido aplicando de tal forma que ha generado la desconfianza del ciudadano sobre su independencia e imparcialidad.

Los motivos de fondo de esta situación hay que achacárselos al sistema con que se ha venido operando para designar a los candidatos elegibles por las cámaras. Pues la realidad de los hechos constata que, como ha sucedido con otras instituciones

³⁴ M. Sola Fernández: *op. cit.*, págs. 177 y 178.

³⁵ M. Sola Fernández: *op. cit.*, pág. 169.

³⁶ Mendizábal Allende: *op. cit.*, págs. 63 y ss.

básicas del Estado de Derecho, la designación de los Consejeros ha quedado en manos de las personas que controlan los aparatos de los partidos políticos. De este modo, una elección que habría de fundamentarse en la independencia de criterio, capacidad y prestigio profesional de los candidatos a desempeñar la función, se ha visto ensombrecida en no poca medida por lo que aparenta ser una relación contractual-clientelar regida por el principio del *do ut des*.

Estos vicios de origen se han reflejado en recientes resoluciones del Tribunal de importante transcendencia en la vida pública, en las que los Consejeros elegidos a instancias del partido del Gobierno y los que lo fueron a propuesta del partido mayoritario de la oposición han votado en bloque sus tesis *fácticas* respectivas.

Para verificar todo este estado de cosas basta con releer las editoriales y los análisis de fondo de un periódico como «El País», que no se distingue precisamente por sostener unos criterios contrarios al Gobierno —en algunos círculos sociales se le conoce incluso como «el otro boletín oficial».

En ese periódico se decía hace pocas fechas lo siguiente: «La singularidad del caso *Filesa* estriba en que la política del avestruz seguida por el PSOE ha dañado al funcionamiento del Estado de Derecho y al entramado de valores sobre los que descansa el sistema democrático. El Tribunal de Cuen-

tas, por cuyas puertas cruzó virginalmente la estruendosa procesión de la financiación ilegal del PSOE, ha sido uno de los precios de este naufragio» (25-IV-1993).

Unos días más tarde, al referirse a las rectificaciones que debía abordar el partido gubernamental, recogía entre ellas «la política de nombramientos en instituciones como la Fiscalía General del Estado o el Tribunal de Cuentas» (28-IV-1993).

El propio partido en el Gobierno ha hecho examen de conciencia y parece ser que ha reconocido sus pecados en esta materia. Y así, en su manifiesto electoral (29-IV-1993) dedica un capítulo a «Instituciones del Estado». En él se describe como uno de los objetivos del partido «estudiar la revisión del sistema de provisión de órganos (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, etcétera). La elección de sus componentes debe seguir haciéndose por el Parlamento, pero hay que arbitrar mecanismos para evitar el reparto de cuotas entre los partidos y los bloqueos cuando se produce la falta de acuerdo entre los mismos».

Hechas estas consideraciones en torno al contexto socio-político del Tribunal de Cuentas, ha de convenirse que no parece muy prudente incluir dentro de sus competencias, aunque sea a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales, la determinación de los elementos objetivos de un tipo penal que conlleva unas penas de hasta veinte años de privación de libertad.

Jueces y derecho de huelga

Juan Alberto BELLOCH JULBE

El punto de partida de esta intervención es afirmar que el asociacionismo judicial (art. 127 CE) constituye la única concreta modalidad asociativa —si exceptuamos las Asociaciones Empresariales aludidas, junto con los Sindicatos, en el art. 7 CE— que ha merecido una singular consagración constitucional, lo que nos lleva a la cuestión de cuál pueda ser el cometido constitucional de las Asociaciones Profesionales de Jueces.

Paradójicamente no supone una gran ayuda, para tratar de llenar el alcance constitucional de las Asociaciones Judiciales, el específico artículo 127 CE. En él, en lo esencial, se fija su existencia y aparentemente se limita a contener una remisión a la futura Ley —a la LOPJ— indicando que «*dicha Ley establecerá el sistema y modalidades de Asociación Profesional de Jueces, Magistrados y Fiscales*». Creo sinceramente que la caracterización constitucional de las Asociaciones Profesionales de Jueces supone concebirlas como un *tertium genus*, distinto, por un lado, de los partidos políticos y los Sindicatos, pero distinto también de los Colegios Profesionales que la propia Constitución regula separadamente en el artículo 36 y que además presentan «peculiaridades» respecto de las restantes asociaciones (art. 22 CE).

Desde estos parámetros, hay que afirmar que la LOPJ poco ayuda a la hora de determinar el contenido constitucional de las Asociaciones Profesionales de Jueces. Su artículo 401.2 establece como fines lícitos, amén de la «*defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos*», lo que es propio también de cualquier Colegio Profesional, la realización «*de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general*». Esta expresión tiene las ventajas e inconvenientes inherentes a las fórmulas generales y ambiguas, todo hay que decirlo, susceptibles de muy diversos tipos o clases de interpretación, tanto extensivas como restrictivas. La fórmula se pretende cerrar con dos cláusulas específicas: a) la primera, que prohíbe «*tener vinculaciones*» (lo que no excluye la relación, el diálogo o la colaboración puntual —habría que añadir—) con partidos políticos o sindicatos; y b) la segunda, sumamente discutible, que establece que «*no podrán llevar a cabo actividades políticas*». Creo, sinceramente, que esta segunda limitación forzosamente debe interpretarse de manera restrictiva, pues, en caso contrario, de predicarse una interpretación extensiva, su alcance sería tal que dejaría sin contenido la propia norma general, pues difícil imaginar una actividad «*encaminada al servicio de la Justicia en general*» que, al propio tiempo, no sea una genuina actividad política. Lo razonable es pensar que, una vez más, como tan frecuente resulta en otro tipo de

discursos, se ha confundido la actividad partidista, cuya prohibición tiene base constitucional, con la actividad política, cuya prohibición, según entiendo, sería inconstitucional como trataré de razonar. Creo que ante la insuficiencia de uno y otro texto básico (arts. 127 CE y 401 LOPJ) se hace preciso acudir para tratar de resolver esa pregunta de ¿cuál es el rol constitucional de las Asociaciones Profesionales? al Título Preliminar y al Título Primero de la Constitución Española.

El punto de partida debe encontrarse en el más querido, desde mi concreta opción ideológica, de nuestros preceptos constitucionales. Me refiero, claro, al artículo 9.2. Tal precepto atribuye a los poderes públicos «*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...*», correspondiendo a esos mismos poderes remover los obstáculos que lo impidan y (*aquí está, según creo, la clave*) «*facilitar la participación de todos los ciudadanos (tanto como individuos aislados, tanto como individuos integrados en un grupo) en la vida política, económica, social y cultural*».

De este precepto puede inferirse que, coherentemente con la instauración del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico —art. 1.1 CE—, es una exigencia impuesta a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos y de los grupos en que se integran en la vida política removiendo para ello los obstáculos que lo impidan o dificulten.

Pero es que, además de tratarse de un deber de los poderes públicos, desde otra perspectiva puede hablarse de un derecho público subjetivo de rango constitucional desde el punto de vista de los ciudadanos recogido en el artículo 23 de la CE cuando declara que «*los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos*»; derecho de participación que no se limita al derecho de sufragio activo y pasivo (reconocido en tal precepto constitucional) sino que además alcanza —como se desprende de su tenor literal— al derecho de participar *directamente en los asuntos públicos y por ende en la vida política*.

Para no dejar vacío de contenido tal derecho constitucional, hay que convenir en que tal derecho de participación directa de los ciudadanos comprende —recuérdese el ya citado art. 9.2 CE— la vehiculación precisa de esa participación a través de los grupos en que los ciudadanos se integran. Reducir tal derecho a una participación individual sería prácticamente equivalente a su inoperancia dado el complejo entramado social definidor de nuestra actual convivencia. El texto constitucional es tan consciente de ello que, aun reconociendo tal derecho indivi-

dual, se preocupa de constitucionalizar instrumentos colectivos para vehicular esa participación directa de los ciudadanos en los «asuntos públicos». Los más importantes son: a) los partidos políticos que el artículo 6 de la Constitución define, y es importante remarcarlo, como «*instrumento fundamental para la participación política*»; b) los Sindicatos y las Asociaciones Empresariales que —art. 7 CE— «*contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios*», consagrando a su vez el artículo 28 del propio texto constitucional como libertad pública fundamental el derecho «*a sindicarse libremente*». Es obvio que tanto los Sindicatos como las Asociaciones de Empresarios se han configurado en la realidad social como instrumentos fundamentales para la participación de los ciudadanos en la vida económica y social, abarcando, naturalmente, sus objetivos, la que podríamos denominar política económica del Gobierno; c) las Asociaciones, consagradas en el artículo 22 de la Constitución que, en realidad, constituyen el género, de la que partidos y Sindicatos vendrían a ser especies, y cuyas funciones, si bien no específicamente diseñadas en la Constitución, abarcan cualquier forma legítima de participación en la vida política, social, económica y cultural, siendo, en mi opinión, los colectivos que, aun operando sobre objetivos normalmente sectoriales o específicos, están llamados a completar los mecanismos de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos; a su través deberá realizarse algún día la deseable transformación de nuestro sistema en una profunda democracia participativa.

Pues bien, de ese tronco común que es la Asociación, resulta legítimo, constitucionalmente hablando, desgajar como una nueva especie llena de peculiaridades el movimiento asociativo judicial, sin perjuicio de que, como la propia LOPJ establece en su artículo 401.9, le «*será de aplicación supletoria las normas reguladoras del derecho de asociación en general*». La pregunta clave, sin duda, es determinar por qué es legítima una tal especificidad.

Para ello es preciso retomar la prohibición constitucional de que los jueces pertenezcan a partidos políticos y Sindicatos —art. 127—, supone tal prohibición, conforme a lo dicho, excluir a los jueces del derecho de participar en los instrumentos fundamentales de participación en la vida política, social y económica. Y sin embargo, conforme a lo también dicho, los jueces siguen siendo titulares del derecho de participación directa, a través de los grupos en que se integra, en los asuntos públicos, y por lo tanto, en la vida política. Y lo que es más, a diferencia de los demás ciudadanos para los que el derecho de asociación genérico constituye simplemente una forma complementaria de participación en la vida política, para los jueces el asociacionismo constituye el instrumento fundamental de participación en los asuntos públicos. Aquí radica la especificidad fundamental del asociacionismo judicial y ello explica en gran parte el que la Constitución considerara preciso su tratamiento singular y específico en el artículo 127 y de igual modo legítima sus «*peculiaridades*» respecto del movimiento asociativo general.

La conclusión no puede ser, en mi opinión, más neta y más importante para una caracterización pre-

cisa de qué sea una Asociación de Jueces, de cuál sea su rol constitucional. Y podríamos resumirla en los siguientes términos: si es que no se quiere dejar vacío de contenido, respecto de los jueces, el derecho constitucional a participar directamente en la vida política a través de los grupos en que los ciudadanos se integran, resulta forzoso reconocer que el instrumento fundamental y natural constitucionalmente hablando de participación de los jueces en los asuntos públicos son precisamente las Asociaciones Profesionales. Junto a tal instrumento fundamental el juez, como cualquier otro ciudadano, tiene, desde luego, abierta la posibilidad de participar a través de los instrumentos complementarios que le suministra el tejido social asociativo. La gran conclusión, al menos desde mi punto de vista, es afirmar, en resumen, que las Asociaciones Profesionales de Jueces son, deben ser por lo menos, ante todo, instrumentos fundamentales de participación de los jueces en la vida política.

Vengo sosteniendo, a lo largo de los años, con desigual éxito para ser generoso con mi propio pasado, sin embargo, que las Asociaciones Profesionales deben limitar su función de instrumento fundamental de participación en la vida política a la que podríamos denominar vida política judicial, no entrando más que en aquellos aspectos que realmente resultan inseparables de cualquier concepto racional o razonable de Poder Judicial, en particular la teoría de los derechos y libertades fundamentales, no abarcando fuera de sus concretos aspectos otras facetas de la llamada política general.

La razón de tal limitación no se encuentra, en mi opinión, en los términos del artículo 127 CE. Dicho precepto constitucional tiene como razón de ser, otra cosa es que logre ese objetivo, garantizar la imparcialidad de jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ante las diversas opciones políticas globales que se proyectan tanto en los partidos políticos como en los Sindicatos. Es una prohibición referida, por tanto, a los jueces y magistrados considerados como individuos aislados, no como colectivos asociativos, y además referida al ejercicio de la función jurisdiccional. Aspecto éste, por cierto, que sólo de una manera limitada puede considerarse materia propiamente asociativa.

El verdadero motivo de tal limitación no puede ser otro, en mi opinión, que la doble condición de los jueces, de los asociados a esa modalidad específica de asociación de, por un lado, funcionarios, por otro lado, integrantes de un poder del Estado.

Por de pronto no puede cuestionarse siquiera que los jueces y magistrados sean funcionarios públicos. Lo son en el concreto sentido de que prestan al Estado unos servicios profesionales a cambio de una retribución que constituye su medio de vida, ejercitando así un derecho deber al trabajo tal como aparece configurado en el artículo 35.1 CE. El propio texto constitucional aplica a jueces y magistrados conceptos típicos de la relación funcional como los de Cuerpo —122.1—, ascensos y régimen disciplinario —art. 122.1—, jubilación —117.2—, servicio activo —art. 127.1—, etc. Al propio tiempo el artículo 117.1 establece de manera expresa que «*la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del*

Poder Judicial», lo que supone que, al propio tiempo, son también cotitulares de uno de los poderes públicos, el Poder Judicial. Esta doble condición, amén de determinar otra de las peculiaridades más importantes del movimiento asociativo judicial, tiene que ser un dato decisivo a la hora de fijar sus formas de actuación, sus formas de relación con otras instituciones, y desde luego, a la hora de tratar de fijar sus derechos que podríamos denominar «sindicales». Esta doble caracterización y en particular su condición de parte integrante de un poder del Estado, justifica, según creo, esa limitación a que he aludido de las funciones de las Asociaciones Judiciales a la de canalizar la participación de los jueces en lo que denominaba la vida política judicial. Constituye, desde esa óptica, una garantía de la vigencia del principio de distribución equilibrada entre los diversos poderes limitados del Estado y es, en cierto modo, la contrapartida lógica de la no deseable, de la inadmisibles injerencia del Poder Ejecutivo en el ámbito del Poder Judicial. Pero, al propio tiempo, no puede olvidarse que los jueces somos también funcionarios públicos.

La prohibición que afecta a jueces y magistrados de pertenecer a Sindicatos, no puede pretender, en modo alguno, impedir la defensa de los intereses profesionales de los asociados. Más bien, al contrario, el significado secundario de la constitucionalización expresa de las Asociaciones Profesionales, el primario, como se ha dicho, es convertirlas en el instrumento fundamental de la participación de los jueces en la vida política judicial, es crear también el cauce idóneo para la defensa de esos intereses. Podría decirse que el asociacionismo judicial, a raíz precisamente de la prohibición de pertenecer a Sindicatos, tiene que asumir el ser instrumento fundamental de participación de los jueces en la vida social y económica, de manera paralela a lo que decíamos al tratar de los partidos políticos, y más concretamente instrumento fundamental para —art. 7 CE— garantizar «la promoción y defensa de los intereses sociales y económicos que le sean propios».

El problema no es, por tanto, la legitimación de las Asociaciones Profesionales para la defensa y promoción de esos intereses sino, si acaso, el problema estará en la concreción de los instrumentos susceptibles de ser utilizados por los jueces y más concretamente por las Asociaciones para que tal derecho no quede, de nuevo, vacío de contenido. Ello supone, desde mi toma de postura, el tema, desde luego polémico, de la legitimidad o ilegitimidad de utilizar los derechos de negociación colectiva y el derecho de huelga.

Me voy a limitar a exponer, desde mi punto de vista, los términos del problema, sin entrar en un análisis técnico jurídico, por varias razones, la primera de ellas es que en esta mesa existen personas más cualificadas que yo para este análisis, y también, en segundo lugar, porque, desde mi punto de vista, aunque implique una clara toma de postura, la cuestión no está tanto en la titularidad o no de tales derechos por parte de los jueces, que a mí me parece evidente, como más bien en precisar las modalidades de su eventual ejercicio.

A favor del derecho de huelga, del que serían titulares los jueces y magistrados sin perjuicio de la legitimación de las Asociaciones Profesionales para su ejercicio, el argumento central, en mi opinión, podría resumirse en un clásico silogismo. La premisa mayor del mismo estaría en el artículo 28.2 CE, conforme al mismo «se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». La premisa menor estaría integrada por la afirmación de que el término trabajadores comprende a los funcionarios públicos, así la Disposición Adicional 12.ª de la Ley 30/84, de 2 de agosto, sobre medidas para la reforma de la función pública, que da por supuesto el derecho de huelga, y los artículos 1.2 y 2.2d) de la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; y, complementariamente, formando parte integrante de esa premisa menor, la evidencia de que los jueces y magistrados también son funcionarios públicos. Desde esa premisa mayor y esa premisa menor la conclusión no puede ser otra que reconocer el derecho de huelga también a los jueces y magistrados para la defensa de sus intereses.

En mi opinión, avala la bondad de ese silogismo, aunque sea muy elemental, un argumento de autoridad. El Tribunal Constitucional en su muy conocida Sentencia de 8 de abril de 1981, en la que consideró a las organizaciones sindicales legitimadas para el ejercicio del derecho de huelga, sin perjuicio de que la titularidad del mismo sea individual, reconoció expresamente la posibilidad de ejercer el derecho de huelga por vía sindical, lo que, en mi opinión, equivale a reconocer que el derecho de huelga es independiente del derecho de sindicación.

Yo creo, sinceramente, que un planteamiento serio del problema no debería, en buena lógica, situarse en el terreno de la titularidad, por lo menos en buena lógica política, en el terreno de la titularidad de tales derechos, sino, concretamente, en el terreno de su ejercicio. No se trata solamente de que debe quedar asegurado, en todo caso, el «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad —por expreso imperativo del art. 28.2 CE—» y que, a no dudar, servicio esencial es el relativo al ejercicio de un derecho constitucional tan obvio como es el de obtener la tutela efectiva —art. 24.2 CE—, sino que, además, la reiteradamente aludida doble condición o especial condición jurídica del juez tiene, así lo creo sinceramente, que surtir efectos limitadores y autolimitadores en su ejercicio efectivo.

La primera limitación constitucionalmente implícita radica en que no cabe huelgas judiciales «políticas», lo que supone que las Asociaciones Profesionales no pueden pretender hacer uso de tal instrumento como forma legítima de articular su «participación en la vida política judicial», ni, en consecuencia, como medio de presión encaminado a favorecer o imponer su propio modelo de política judicial. No se le oculta a nadie, empero, las dificultades implícitas en dilucidar cuáles son los «intereses» de los jueces para cuya defensa sea legítima la huelga. La línea de fuerza de la legitimidad debe situarse, así lo creo, al menos, en todos aquellos aspectos que repercutan directamente en su calidad de funcionario público, con exclusión, por tanto, de

aquellos otros que se correspondan a su condición de integrantes de un Poder del Estado.

En el campo de las autolimitaciones, es frecuente la postura de quien, al propio tiempo que defiende la titularidad del derecho, apuesta decididamente por su no ejercicio. Esta actitud propia de buen número de jueces obedece a componentes de muy diversa naturaleza, algunos incluso de orden psicossociológico muy complejos, pero, en mi opinión, también obedece a causas objetivas. En particular, debe reputarse como una de esas causas objetivas la aludida dificultad de deslindar o escindir en la práctica esa doble condición del juez, dificultad que aconseja, así lo pienso, desde el punto de vista asociativo, un uso extremadamente cauteloso del derecho de huelga y en contrapartida un uso prevalente del derecho de negociación.

Un mecanismo que debería estudiarse es, siguiendo el ejemplo que en derecho comparado ofrece el sindicalismo policial francés, el de la renuncia temporal y pactada al ejercicio del derecho de huelga acordada en el curso de un proceso negociador y a virtud de las oportunas contrapartidas asociativas. Otro mecanismo digno de mención es el de las huelgas simbólicas que no incidan, por tanto, en el servicio público de Justicia. Lo que no es admisible en ningún caso, según entiendo, son las llamadas huelgas de celo o de trabajo a reglamento, entre otras razones porque constituyen una forma de burlar la lógica contrapartida que para cualquier trabajador tiene que tener el ejercicio del derecho de huelga, esto es, los descuentos salariales, y al propio tiempo, constituye una forma de burlar, en mi opinión un auténtico fraude de ley, el control sobre la legalidad o ilegalidad de la huelga acordada.

Jesús Fernández Entralgo - Guillermo Portilla Contreras - Javier Barcelona Llop
Prólogo de Claudio Movilla

SEGURIDAD CIUDADANA

Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera
(232 páginas. 2.500 pesetas)

En este libro, producto del esfuerzo organizativo y del compromiso de la Federación de Juristas Progresistas, se examinan tres de los aspectos más fundamentales de la LOPSC: las implicaciones procesales de la nueva concepción de «flagrancia» (Jesús Fernández Entralgo); la nueva normativa de privación de libertad (Guillermo Portilla Contreras); y, finalmente, las infracciones y sanciones administrativas (Javier Barcelona Llop).

Se trata de una obra que aporta tanto una valiosa jurisprudencia como estudios de derecho comparado y un amplio apéndice documental, y que cuenta con el aval de la Federación y del prestigio jurídico de sus autores.

Editan:

FEDERACIÓN DE JURISTAS PROGRESISTAS

EDITORIAL TROTTA, S.A.

Pedidos a:

Editorial Trotta
Altamirano, 34
28008 Madrid

Tel.: (91) 549 14 43
Fax: (91) 549 16 15

Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales

Antonio OJEDA AVILES

En el caótico panorama de las relaciones colectivas de los funcionarios públicos, la situación del colectivo de los jueces, magistrados y fiscales ocupa un lugar anómalo desde que la Constitución les negara el derecho de libertad sindical y estableciera en su lugar unas asociaciones profesionales (art. 127) a las que se otorgan capacidades enormes pero se les niegan las fundamentales. El legislador ordinario les asigna por un lado «la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos»¹, y por otro les niega la libertad sindical, la representación unitaria y la negociación colectiva². Se encuentran inmensos en una esquizofrenia legal a la cual denuncian como discriminatoria aunque en sí mismos tampoco se sienten confortables en la consideración de sus asociaciones profesionales como sindicatos³. Desearían tener los derechos colectivos de cualquier funcionario público, pero dedican largas discusiones a ponderar si su naturaleza como tales predomina o no sobre su condición de representantes del Poder Judicial.

El punto específico del derecho de huelga presenta aún mayores oscuridades cuando nos referimos a este colectivo. Ningún texto normativo lo menciona, ni para permitirlo ni para prohibirlo, y cuando el proyecto de Ley Orgánica de Huelga parecía que iba a terminar con las dudas venciendo por la expresa prohibición, una disposición adicional se le añade en el último momento indicando que «la presente Ley no es de aplicación... a los jueces, magistrados y fiscales mientras se hallen en activo, los cuales se regirán por su normativa específica»⁴. De nuevo la indefinición, porque si las leyes callan, ¿cuál es la normativa específica del derecho de huelga de estos colectivos?

Sin embargo, el silencio normativo se interpreta por la mayor parte de la doctrina en un sentido negativo fundado en una serie de datos detrás de los cuales se quiere ver la voluntad del legislador. Se considera por una relevante doctrina que en todo caso se trata de un silencio *muy significativo*, pues en la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula taxativamente la huelga del restante personal al servicio

de la Administración de Justicia⁵, y los Decretos sobre Servicios Mínimos en huelgas del mismo subsector mencionan asimismo a todos los cuerpos de funcionarios empleados en él, excepto los de jueces, magistrados y fiscales⁶.

Se aduce también la especial posición jurídica de los miembros de este colectivo, dotada de una *autoritas* en el ejercicio de su función muy diferente, por elevada, a la cumplida por los restantes cuerpos de funcionarios. Dictan sentencia en nombre del Rey y pueden imponer sanciones muy severas a los ciudadanos, pues son los máximos intérpretes de la Ley, en un plano no muy distante o distinto del de los parlamentarios. No en balde podrían establecerse similitudes con otro significativo grupo marginal de las libertades colectivas, las Fuerzas Armadas, detentadoras de la *vis institucional* anclada en la Constitución. No solamente detentan soberanía especial los jueces, magistrados y fiscales, sino también una fuerte independencia en el ejercicio de sus funciones, una posición autónoma en el ejercicio de sus funciones, muy similar a la de un alto cargo, que se traduce en actuaciones como «cuasiempleados» de cara al personal empleado en su respectiva sede. Organos con tal poder coactivo e institucional no deberían detentar añadidamente un derecho de huelga de impensables efectos multiplicadores, sobre todo si aplicados en favor de posiciones partidistas o sindicales concretas. Los jueces, magistrados y fiscales deben mantener una imparcialidad alejada de posiciones que pudieran alterar, si respaldadas por el arma de la huelga, el equilibrio constitucional de poderes.

Pero el argumento seguido por la mayoría de la doctrina consiste en señalar la íntima conexión entre libertad sindical y derecho de huelga. El segundo constituye un contenido esencial del primero, hasta el punto de que sería impensable sin él. ¿Cómo es posible otorgar derecho de huelga a grupos que *no* tienen reconocida la capacidad para crear sindicatos? El derecho de huelga «discurre paralelo y concurrente con la autoorganización sindical», dicen autores prestigiosos⁷, de manera que po-

¹ Artículo 401.2.º, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Idénticamente para los fiscales, artículo 54.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

² Artículos 1.4, Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, y 2.1.b, Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987.

³ Cfr. las «Orientaciones en materia de política asociativa» del VII Congreso de Jueces para la Democracia, Separata de la revista JUECES PARA LA DEMOCRACIA 1/1992, págs. XXVIII ss.

⁴ Manejo del texto de los acuerdos entre el Gobierno y los Sindicatos para la modificación del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga aparecido en *El País* de 10 de noviembre de 1992.

⁵ Sala, Albiol: *Derecho Sindical*, Valencia, 1992, págs. 599-600. Alonso Olea, Casas Baamonde: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991, pág. 912.

⁶ Cfr. Reales Decretos 755/1987, de 19 de junio, y 1474/1988, de 9 de diciembre, y Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1988.

⁷ De la Villa, García Becedas, García Perrote: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1991, pág. 463, retriéndose a los

dría deducirse una concesión automática del derecho a la medida básica de conflicto a quienes ostenten libertad sindical, y negarla a quienes se vean privados de ésta. Para estos autores y quienes se manifiestan en similares términos, la exclusión de jueces, magistrados y fiscales del ámbito de libertad sindical en el artículo 127 CE, de modo más terminante incluso que el utilizado para las Fuerzas Armadas y similares contemplada en el artículo 28.1 CE, no cabe ser interpretada de otro modo.

A nuestro juicio, sin embargo, la operación lógica de subsumir el derecho de huelga dentro del de libertad sindical, como uno de los contenidos esenciales del mismo, para de ahí deducir que «si no está en él, no está en el mundo», no obedece a razones de técnica jurídica, sino de oportunidad política que en su momento sirvieron para consolidar el papel de los sindicatos frente a los demás sujetos colectivos que venían privilegiados en las normas de la transición. El Tribunal Constitucional defendió con fuerza, de manera plausible, que un sindicato sin posibilidad de convocar huelgas no podía cumplir con su función constitucional, de la misma forma que también debía considerársele con opciones a plantear los procedimientos de conflicto colectivo, la negociación colectiva *erga omnes*, y todos los contenidos que —ya más discutiblemente— fue desgranando como integrantes del contenido esencial unas veces, otras del contenido ordinario o adicional.

Ahora bien: que el derecho de huelga se incorpore a la libertad sindical para dotarla de un perfil reconocible no implica que el derecho de huelga se agote solamente en esta operación. Afirmar que, puesto que está dentro del derecho de libertad sindical, no puede estar fuera de él parece a todas luces una mutilación innecesaria, no útil para el objetivo perseguido, y en todo caso excedentaria de lo declarado por el Tribunal Constitucional... y por la propia Constitución. En efecto, el artículo 28 consagra en su número 1 la libertad sindical y en su número 2 el derecho de huelga, de manera autónoma, como dos derechos fundamentales con sede propia y distinta. Sigue claramente, como en su momento dijera la sentencia TC 11/1981, de 8 de abril, el modelo de titularidad individual del derecho que nos ocupa, modelo al que no deberían afectarles las discusiones italianas de que «tanto da la titularidad individual de ejercicio colectivo como la titularidad colectiva de ejercicio individual», pues el texto de nuestro artículo 28.2 CE es muy distinto al del artículo 40 de la Constitución italiana⁸. Tan es así, que no sólo pueden convocar huelgas en nuestro país los sindicatos, sino también los comités de empresa, delegados de personal, y hasta las asambleas y los gru-

pos de trabajadores. Es claro que el derecho de huelga se considera por la Constitución como un instrumento de defensa que no puede estar vinculado exclusivamente a los sindicatos, y en ello quizá influyera en su momento la escasa implantación de éstos en el mundo laboral. Un derecho tan importante para modificar la relación de fuerzas económicas y sociales en la senda proclamada por el artículo 9 CE no podía dejarse en las escuálidas manos de unas organizaciones poco implantadas aún en extensos espacios laborales, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas que formaban el tejido económico prevalente de nuestro país. Numerosas huelgas se convocan, de este modo, por comités de empresa, incluso contra la voluntad expresa de los sindicatos, al punto de haber alimentado notoriamente los deseos de legislador por legislar la materia de manera más sindicalizada, aunque manteniendo la titularidad del derecho en manos del trabajador individual⁹.

Nos hallamos pues ante un *seguidismo mecanicista*, la falsa sensación de hallarnos frente a una pieza del universo sindical, fuera del cual carece sentido, cuando en realidad nos enfrentamos con dos universos distintos que se cortan tangencialmente. De igual modo que existen sindicatos desprovistos del derecho de huelga, pese a las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la esencialidad que acabamos de ver¹⁰, puede haber colectivos con derecho de huelga privados de libertad sindical. Las relaciones industriales del sector público adolecen de una fuerte asimetría, también detectable en la negociación colectiva: durante varios años los funcionarios disfrutaron del derecho de huelga, pero no del de negociación colectiva, pese a la aparente insensatez que significaba otorgar un instrumento de presión sin el correlativo vehículo para plasmar los acuerdos obtenidos de manera clara y pacífica.

Se ha aducido que las titularidades no sindicales del derecho de huelga (es decir, las ostentadas por los comités, delegados de personal y asambleas) continúa pese a todo en el mismo ámbito, pues la actividad desarrollada por dichos sujetos colectivos es siempre una actividad sindical. A nuestro juicio, ello permitiría en consecuencia dismantelar el argumento de que los colectivos sin sindicatos tampoco pueden convocar huelgas, pues según el antedicho razonamiento dispondrían de la actividad sindical desplegada por sus asambleas, por ejemplo; o en otras palabras, que en tal caso estaríamos legitimando el derecho de huelga convocado por esos sujetos dotados de actividad sindical. No parece el argumento, pese a todo, convincente, pues ya el Tri-

funcionarios públicos en general para defender su derecho de huelga, con palabras que pueden aplicarse aquí

⁸ «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». En cambio, artículo 40 CE italiana. «El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan».

⁹ Como he mantenido en la ponencia presentada en las IV Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo (Barcelona, 5-6 de noviembre de 1992), el hecho de que el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga efectuó un reparto de las titularidades de las diversas facultades que componen el derecho entre los trabajadores individuales y los sujetos colectivos no empece a que la titularidad

global del derecho recaiga en manos del trabajador individual, de igual forma que el derecho de propiedad se reparte en el contrato de arrendamiento y otros contratos reales entre el propietario y el titular del derecho real limitado, pero conservado siempre en último extremo (hasta la nuda propiedad) el dominio sobre la cosa el propietario.

¹⁰ El Cuerpo Nacional de Policía carece del derecho de huelga por expresa indicación de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la misma que regula la existencia y actividad de los diversos y consolidados sindicatos de sus funcionarios.

bunal Constitucional se ha encargado repetidamente de negar un concepto tan amplio de libertad sindical, cuando ha rechazado admitir a trámite los recursos de comités de empresa firmantes de convenios incumplidos que quisieron basar sus alegaciones en la infracción del artículo 28.1 CE. Las transgresiones de la negociación colectiva son únicamente transgresiones de la libertad sindical cuando los firmantes del convenio eran sindicatos, pero no si se trataba de otros sujetos.

Otra argumentación asimismo «de baja intensidad» aludiría a la actividad sindical de las asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales para entenderles atribuido al derecho de huelga. Pese a defender desde hace tiempo que las referidas asociaciones profesionales tienen naturaleza jurídica sindical, aunque régimen jurídico propio, o dicho en otros términos, que las asociaciones profesionales son materialmente sindicatos pero formalmente corporaciones (en sentido técnico) con régimen jurídico propio¹¹, ya hemos visto que la libertad sindical debe entenderse como actividad de los sindicatos, lo cual no impide explorar el espacio exterior para detectar la presencia de capacidades conflictivas a se estantes.

Vayamos al argumento de la *auctoritas* y la independencia en el ejercicio de sus funciones. Probablemente consista en el argumento más difícil de reprobar, pues la soberanía del juez, entendida en los dos sentidos que acabamos de mencionar, no admite dudas. Sin embargo, la independencia judicial es relativa, pues incluso en su labor se encuentra fuertemente jerarquizada y sometida a la orientación marcada por los tribunales *ad quem* y en última instancia del Tribunal Constitucional. No como órgano, sino como funcionario, su dependencia de las decisiones del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Hacienda tampoco están fuera de duda. Por establecer comparaciones siempre odiosas, un catedrático de Universidad tiene mayor independencia que los jueces, y sin embargo puede sumarse a una huelga y pertenecer a sindicatos.

En cuanto a las *auctoritas* de que están investidos, los jueces y magistrados comparten ese mismo poder con colectivos quizá más modestos, pero según cómo se mire más dotados de coacción inmediata. El concepto de autoridad pública se encuentra muy difundido, aunque sea cuestión de grados, y una multitud de agentes públicos se encuentran autorizados para hacerse respetar de los modos y maneras más diversos, sin que sean privados en todos los casos de la libertad sindical o del derecho de huelga. El concepto de *auctoritas* es un concepto indeterminado, cuya graduabilidad impide utilizarlo para nuestros fines.

Pero los jueces imparten justicia en nombre del Rey, ejercen un poder delegado de incalculable im-

portancia. ¿Detentan por consiguiente funciones de soberanía? Un poder soberano no puede mezclarse con intereses personales de quienes lo ejecutan, se dirá. El Parlamento, por ejemplo, no puede declararse en huelga y dejar de legislar por reclamaciones retributivas de sus honorables miembros, porque estaría violando su sagrada función. Claro que si el Parlamento no puede dejar de funcionar por reivindicaciones laborales, ¿por qué se permite a los empleados de las Cámaras convocar huelgas, afiliarse a sindicatos, negociar acuerdos colectivos¹²? De igual modo podríamos decir que si se impide a los jueces y magistrados la huelga como medida de presión para salvaguardar el ejercicio de una función soberana, ¿por qué se permite el derecho de huelga de todos los demás funcionarios de la Administración de Justicia, cuando el juez no puede actuar sin la presencia del secretario, según está establecido legalmente? Pero quizá estemos colocando a todos los jueces a la altura del Parlamento de la nación, y deberíamos llegar a una ubicación más modesta. La mayor parte de los jueces, los jueces *a quo*, disponen de la soberanía en proporciones muy limitadas, pues de ordinario sus decisiones podrán venir impugnadas ante uno, dos o más tribunales de rango superior. La soberanía, en tales circunstancias, se diluye sensiblemente, y no nos permite oponerla como argumento contundente contra el derecho de huelga de los colectivos de referencia.

Ni siquiera entendiendo las *auctoritas* o la soberanía como una actividad vital para los ciudadanos puede defenderse su prohibición para los jueces, magistrados y fiscales. Más vital aún es la de los médicos, y tienen reconocida la capacidad conflictiva. Y si hablamos *ad limina*, de un colectivo con un poder en sus manos no susceptible de las alteraciones o excitaciones de la huelga, ¿qué decir de los trabajadores de las centrales nucleares, de los que nadie se acuerda, pero detentadores del derecho de huelga en cuanto trabajadores? ¿Y de los oficiales de prisiones? ¿Y de los empleados del Banco de España?

Creemos haber demostrado la escasa entidad de los argumentos en que se basa la interpretación del silencio legal respecto a la huelga de jueces, magistrados y fiscales como silencio negativo. No hay argumentos de peso para adoptar semejante postura hermenéutica. Con ello nos volvemos a situar en el punto de partida: las leyes guardan silencio, y hemos de llegar a una solución que esté razonablemente fundamentada en el Ordenamiento jurídico de nuestro país. ¿Cabe considerar, en tales términos, que el silencio legal puede interpretarse en sentido afirmativo o autorizador del derecho de huelga en ese ámbito?

El argumento básico para una respuesta favorable se encuentra muy accesible: la huelga es un de-

¹¹ La defensa de todos los intereses de sus afiliados incluye la de los intereses laborales, sin duda, e incluso diríamos que prioritariamente. Las asociaciones profesionales del artículo 127 CE persiguen el lucro indirecto que caracteriza funcionalmente a los sindicatos, a cuya virtud persiguen beneficiar a sus afiliados con las acciones y acuerdos a que puedan llegar, de manera distinta a las asociaciones y a las compañías mercantiles, que o no persiguen ánimo de lucro, o buscan un lucro directo que después re-

percuten en sus miembros. Por otra parte, los sindicatos y asociaciones profesionales agrupan a personas asalariadas o dependientes, a diferencia de los colegios profesionales, las organizaciones profesionales y las organizaciones económicas, que agrupan a personas de toda condición.

¹² Artículo 29.4. Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1989, aprobado por las mesas del Congreso de los Diputados y del Senado.

recho fundamental y no puede privarse a nadie por un simple silencio de la legislación ordinaria. Si esos silencios pudieran interpretarse de ese modo, la década de los ochenta habría pasado a la historia como una década pobre en derechos fundamentales, que habrían ido surgiendo al ritmo de las leyes orgánicas reguladoras. ¿Y qué decir de Italia, donde el derecho de huelga sólo vino regulado en 1990? Numerosos países occidentales carecen de una legislación específica sobre la huelga y sobre derechos que se consideran fundamentales, sin por ello negar su ejercicio a los ciudadanos. En otras palabras, si la Constitución consagra un derecho, ha de hacerse lo posible por un disfrute inmediato del mismo, sin necesitar para ello de normas de desarrollo.

Pero además existe otro argumento que consideramos importante. El mismo silencio legislativo sobre el derecho de huelga para todo el ámbito de la función pública vino interpretado por la aludida sentencia TC 11/1981 en sentido positivo con el siguiente razonamiento, bien conocido: «el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado —y por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-Ley 17/1977. Si no hay regulación —y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa»¹³. Eran tiempos en que los funcionarios se consideraban muy distantes de los trabajadores, su situación podría equipararse a la de los jueces respecto de los demás empleados públicos, y sin embargo el TC se mostró muy explícito en reconocer un derecho fundamental a quienes tenían todos los argumentos de la doctrina administrativa en contra para ser asimilados a los trabajadores del Derecho Privado. El paso se dio en 1981, y el Tribunal Supremo siguió el envite en numerosas sentencias, de las que podrían destacarse las veinte fechadas el mismo día, 12 de enero de 1984, antes que la Ley 30/1984 consolidara las posiciones avanzadas por la jurisprudencia. El abismo entre la Función Pública y los trabajadores era tan grande a comienzos de los ochenta, que el argumento fue calificado de «débil doctrina» por significados especialistas¹⁴, y sin embargo prosperó porque en el fondo amparaba a un derecho fundamental y ya la propia Constitución había roto las divisiones clásicas al reconocer a los funcionarios un derecho tan *obrero* como el de libertad sindical en su artículo 28.1.

Pero el defender el derecho de huelga en el ámbito objeto de análisis no significa sin embargo defender un derecho sin límites. Ya se ha encargado el Tribunal Constitucional de decirnos que no por tratarse de un derecho fundamental van a ser derechos ilimitados, y de ese límite genérico no vamos aquí a hablar, pues lo daremos por supuesto. Pretendemos llegar a otra cuestión, enlazada con cuanto discutíamos al principio de la separación entre libertad sindical y derecho de huelga. Uno y otro tienen sus límites, y el negar que los límites de la libre sindicación se aplican mecánicamente al derecho de huelga no debe inducirnos a pensar que éste queda

libre de todo límite. Sencillamente, cada derecho tiene sus limitaciones específicas en la Constitución. A tenor del artículo 28.1 CE, la libertad sindical se puede prohibir, y de hecho se prohíbe, a las Fuerzas Armadas y asimilados, esto es, a colectivos en función del cuerpo al que pertenecen; en cambio, y a tenor del artículo 28.2 CE, el derecho de huelga tiene el límite de la garantía de los servicios esenciales para la comunidad, es decir, prohíbe la cesación de actividades vitales para la comunidad con independencia de qué clase de personas las atiendan, y de los cuerpos o categorías a que pertenezcan. La huelga de jueces, funcionarios y fiscales no está libre de límites específicos, sino que sencillamente se trata de otros límites específicos, los enunciados en su propio precepto constitucional. Bajo tal prisma, lo prohibido no será la cesación de actividades por esos grupos de funcionarios, sino la de determinadas funciones dentro de la Administración de Justicia, que *grosso modo* podríamos delimitar, como hace el proyecto de Ley Orgánica de Huelga, en las actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas (art. 11.2.13).

Aplicar al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales los límites que le son propios abarca una parte, quizá la principal, de la problemática en torno a ese fenómeno. Hay problemas sucesivos, pero asimismo importantes, como es el de controlar la legalidad de las huelgas de este personal. ¿*Quid custodiat custodes?*, podríamos interrogarnos. Aunque se nombren servicios esenciales y se cumplan escrupulosamente, si los magistrados de la Audiencia Nacional van a la huelga y les compete a ellos declarar su licitud o ilicitud, ¿no vendrán, con razón, recusados para tal menester? Una de las soluciones posibles del problema podría estar en la consideración como servicio esencial de la actividad del Tribunal Supremo. Otra, la declaración previa de licitud por parte del tribunal competente, una sentencia declarativa que en este caso sería defendible bajo los términos de legislación vigente.

Otro orden de cuestiones hace referencia a la jurisdicción competente. Sin duda que la solución adoptada no debería presentar contradicciones con lo establecido para el resto de los funcionarios, y en tal caso la atribución de competencias viene hecha por el proyecto de Ley Orgánica de Huelga al orden contencioso-administrativo (art. 20.2), en coincidencia con la Ley de Procedimiento Laboral (art. 3.c).

Se trata ya de cuestiones derivadas. Para nosotros, la idea principal ya ha venido desarrollada en las páginas anteriores: el derecho de huelga tiene un asiento propio en la Constitución, independiente de la libertad sindical, y tiene asimismo sus límites propios, consistentes en la garantía de los servicios esenciales para la comunidad. El silencio de las leyes ordinarias respecto a los jueces, magistrados y fiscales sólo puede interpretarse en sentido positivo, al tratarse de funcionarios y de un derecho fundamental. El resto de los problemas comienza cuando aceptemos los postulados antevistos.

¹³ Fundamento jurídico n.º 11.

¹⁴ Alonso Olea: *Derecho del Trabajo*, edición de 1983, págs. 582-583.

Administración pública y contrato de trabajo. Cuestiones de orden jurisdiccional*

F. Javier SANCHEZ PEGO

1. LA INVASION DEL AMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL POR LA ADMINISTRACION

El origen histórico y la justificación del intervencionismo estatal en las relaciones laborales son temas clásicos del Derecho del Trabajo, harto conocidos. Pero la cuestión que es preciso resolver todavía en nuestro ordenamiento es la de los límites de la intervención administrativa, con su derivada desviación jurisdiccional.

La Administración ejerce en materia laboral funciones no sólo de carácter ejecutivo (gestión, mediación, inspección, sanción...), esto es, administrativas en sentido estricto), sino también normativas y hasta materialmente jurisdiccionales. Así, como corresponde a los tres poderes del Estado. La potestad normativa reglamentaria, preconstitucionalmente extendida a la ordenación sectorial de las relaciones de trabajo, ha sido desplazada por la autonomía colectiva como fuente jurídica material, «ex» artículo 37.1 Const., a partir de su traducción legal ordinaria en el artículo 82 y en la disposición transitoria segunda ET, con las estrechas salvedades previstas en el artículo 92.2 y en la disposición adicional primera. Con igual fundamento constitucional fueron excluidos del ordenamiento jurídico los laudos de obligado cumplimiento, dirimientes administrativos de los denominados conflictos colectivos de intereses, por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 25-b) y 26 del RDL 17/1977, de 4 de marzo.

Sorprendentemente, pese a tan escrupulosa delimitación constitucional entre las funciones administrativa y normativa, subsisten las facultades jurisdiccionales que el antiguo régimen atribuyó a la Administración laboral, incluso ampliadas en el ET. El viejo Decreto de 3 de abril de 1971 encomendaba a los delegados de trabajo, entre otras funciones en materia de «relaciones laborales», las de resolver las cuestiones sobre sistema de trabajo con incentivos, intervenir en conflictos colectivos, autorizar la modificación de condiciones contractuales y decidir sobre la clasificación profesional, el plus de distancia y la declaración de trabajos tóxicos, penosos y peligrosos. El RD 3316/81, de 29 de diciembre, sobre estructura periférica del MTSS, tiene por supuesta la vigencia de aquella norma para las actuales Direcciones Provinciales, a salvo la supresión de la

competencia en materia de clasificación profesional (art. 137 LPL) y las modificaciones impuestas a la de intervención en conflictos colectivos. Se trata de cuestiones contractuales litigiosas, por más que en velado orden formal se ofrezcan como de imprecisa catalogación; la calificación de la peligrosidad de un puesto de trabajo o la determinación de una distancia no se efectúan en términos abstraídos de intereses concretos, sino instrumentales en orden a la percepción del complemento retributivo o indemnizatorio por quien desempeña el trabajo en las respectivas condiciones que se declaren.

Los artículos 40 y 41 ET confieren a la «autoridad laboral» funciones decisorias de cuestiones bien directamente contractuales, incluso de signo individual, sobre traslados y desplazamientos y modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. No por ser colectivas dejan de ser contractuales y susceptibles de enjuiciamiento en un proceso las decisiones administrativas en materia de suspensión y extinción de relaciones laborales por causas tecnológicas o económicas y por fuerza mayor a que se refieren los artículos 47 y 51. Igual naturaleza decisoria jurisdiccional tiene la que el artículo 81 atribuye a la «autoridad laboral» sobre las discrepancias que motive la disposición de locales en los centros de trabajo por los representantes de los trabajadores.

2. ANALISIS CRITICO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El T. Co., en reciente sentencia de 16 de junio de 1992, ha declarado la constitucionalidad del artículo 41.1 ET, pero sólo en relación con el artículo 37.1 Const., esto es, en el concreto sentido de que la autoridad laboral puede autorizar modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, en defecto de aceptación por los representantes de los trabajadores, siempre que no se trate de condiciones reguladas en un convenio colectivo. El voto particular formulado sobre dicha sentencia va aún más lejos, ya que prescinde de esta última salvedad.

No es posible estar de acuerdo con la constitucionalidad admitida en la sentencia, y menos todavía con la que sostiene el voto particular. El artículo 41.1 ET, lo mismo que el 40 y que los demás preceptos que fueron mencionados, son contrarios a la Constitución porque atribuyen a la Administración funcio-

* Ponencia de las Jornadas celebradas por la sección laboral de JUECES PARA LA DEMOCRACIA los días 27 y 28 de noviembre de 1992 en Madrid.

nes jurisdiccionales. Esta perspectiva esencial del principio de división de poderes, que ni siquiera es aludida en la sentencia comentada, fue tenida en cuenta en la de 8 de abril de 1981. No fue tal principio, sin embargo, el determinante de la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento, sino también el de la primacía del derecho a la negociación colectiva garantizado por el artículo 37 Const., sobre el que venía fundada la pretensión recurrente, pese a que dichos laudos «son históricamente los herederos residuales de un sistema de intervención administrativa claramente limitativo de los derechos de los administrados». Añade la sentencia de 1981 (fundamento jurídico 24.º) que «esta línea de análisis nos conduciría a plantearnos el problema de la licitud constitucional de que potestades que a primera vista aparecen jurisdiccionales, por consistir en la resolución de conflictos, se confieran a órganos de la Administración en contra del principio de división de poderes». Pese a ello no se desenvuelve tan importante análisis por no formar parte de la argumentación recurrente, esto es, por principio de rogación y/o congruencia.

Aparte del concepto que pudiera merecer este último tratamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, cuyo tema es ajeno al que nos ocupa, no debe ofrecer duda alguna la ilicitud constitucional de que la Administración conozca y resuelva materias susceptibles de controversia en un proceso, ya que en esto consiste la misión de juzgar, ejerciendo la potestad jurisdiccional que corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, según el artículo 117.3 Const. Claro que el arbitraje administrativo obligatorio dirimente de cualquier conflictividad laboral colectiva vulnera el derecho a la autonomía de esta naturaleza; pero antes, y más esencialmente, contraviene el principio de la división de poderes. Con mayor evidencia si la controversia es individual, como ocurre en los supuestos del artículo 40 y eventualmente del 41 del ET, así como en otros del Decreto de 3 de abril de 1971, porque entonces es más claro que la Administración no actúa al servicio de intereses generales, cuyo es su cometido específico con arreglo al artículo 103.1 Const., sino en el ejercicio de una función estrictamente judicial.

En nada afecta a la inconstitucionalidad esencial de tales funciones y decisiones administrativas el acceso ulterior a la tutela judicial, ya que esto significa tan sólo que aquéllas resultan ser, en definitiva, un verdadero enjuiciamiento previo insoslayable que es así, materialmente, parajudicial en primera instancia. El que la Administración laboral resuelva cuestiones contractuales como si fuese un Tribunal de Justicia es algo tan anómalo como que un órgano administrativo lo hiciera sobre cualesquiera litigios de carácter civil. Semejante desconocimiento del más esencial principio de un Estado de Derecho es únicamente concebible en un régimen político antijurídico. El pragmatismo sobre el que pretendiera asentarse la actuación administrativa que se censura, por razones de eficacia o celeridad, no alcanza a legitimar la quiebra del repetido principio, que es absolutamente irrenunciable. La satisfacción de las exigencias a que responden las apuntadas razones debe procurarse por adecuados medios en vía jurisdiccional: Juzgados de lo Social de guardia y procesos su-

marios, a modo interdictal, para la decisión de asuntos urgentísimos, sin menoscabo de eventual revisión en proceso plenario.

3. EL DERIVADO DESLINDE COMPETENCIAL ENTRE LOS ORDENES JURISDICCIONALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL

El artículo 3 a) de la LPL asume la errónea desviación tradicional del orden jurisdiccional competente al sustraer del social las acciones impugnatorias de «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral». Pero no existen tales actos porque si son materia laboral están sujetos al Derecho laboral, no al administrativo, que sólo será determinante del órgano decisorio y del procedimiento. La competencia jurisdiccional viene dada, entonces, por criterios subjetivos y formales, no por los de índole sustantiva o material que deben ser preponderantes frente a aquéllos.

La apertura jurisprudencial en la dirección correcta se ha producido sobre la competencia para conocer de las acciones impugnatorias de las decisiones adoptadas por las Comisiones nacional y provinciales de elecciones a representantes de los trabajadores. La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 26 de octubre de 1991, dictada en recurso para la unificación de doctrina, declara competente al orden jurisdiccional social con fundamento en el artículo 9 de la LOPJ porque lo decisivo para la distribución de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales «no reside en el órgano ni en el carácter del acto, sino en el área en que éste incide». El voto particular con que cuenta esta sentencia se adscribe al erróneo criterio clásico subjetivo y procedimental.

Mientras la nueva línea jurisprudencial así iniciada no obtenga su deseable extensión continuarán siendo resueltas las más variadas cuestiones laborales y de Seguridad Social por los Tribunales del orden contencioso administrativo, al amparo de los apartados a) y b) del artículo 3 LPL. Y por los del orden social, en cambio, las administrativas atinentes al personal de régimen estatutario —administrativo— al servicio del Instituto Nacional de la Salud, por cierto. ¿A qué, pues, tanto énfasis en la especialización judicial? Pero no es esto lo que verdaderamente importa, claro.

En efecto, el problema apuntado carecería de trascendencia para los destinatarios de la misión de juzgar si no fuese por las diversidades doctrinales y procesales entre los distintos órdenes. Al ciudadano le importa que su asunto sea resuelto por los Tribunales, sean del orden que fueren, con las exigibles garantías de seguridad jurídica y celeridad. El planteamiento teórico, jurídico, intrajudicial, carece en sí mismo de verdadera importancia, pero la tiene en la medida en que difieran los criterios entre unos y otros órdenes jurisdiccionales, se arriesgue la unidad jurisprudencial y sean bien distintos los trámites procesales, los principios de los respectivos procesos incluso. No es debido a ningún capricho ni a ningún especial afecto hacia el orden social el que los demandantes lo prefieran; el proceso laboral es, sin

duda, la causa de ello y seguirá siéndolo en tanto no se actualice el contencioso-administrativo.

El futuro es la distribución de materias por razón de la materia a efectos competenciales entre ambos órdenes, cuya redundancia misma excluye todo comentario añadido, como no sea la remisión pura y simple a la lectura y aplicación de los apartados 4 y 5 del artículo 9 de la LOPJ.

4. CONSIDERACION ESPECIAL SOBRE LA DETERMINACION DE SERVICIOS MINIMOS EN LAS HUELGAS

El naturalmente cambiante borrador de la proyectada LO de Huelga atribuye a la autoridad laboral la decisión sobre «los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, el mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones y materias primas, o la ulterior reanudación del trabajo», en caso de desacuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores (art. 10, 1 y 2). La acción frente a la relación administrativa es ejercitable ante el orden contencioso-administrativo, lo mismo que el laudo arbitral obligatorio previsto en el artículo 12 para el caso de que en el desarrollo de la huelga concurren circunstancias de las que se deriven perjuicios graves a la economía nacional (art. 14).

Igual atribución, pero a la autoridad gubernativa y no a la laboral, confiere el artículo 21.4 en materia de medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en las actividades enumeradas en el artículo 15, también con acceso a tutela judicial ante el orden contencioso administrativo (arts. 21.4 y 26).

La competencia del orden social es, en ambos casos, la solución propugnada por los juristas que se han ocupado del tema. También lo es por los sindicatos, quienes parece que han obtenido del Gobierno la modificación del borrador en tal sentido.

Es cuestionable, ante todo, la intervención administrativa en la determinación de los servicios de seguridad y de mantenimiento en actividades no esenciales para la comunidad, puesto que se trata de una controversia de carácter privado para cuya decisión cabe reproducir las ideas apuntadas sobre decisiones judiciales del orden social excepcionalmente urgentes sin eficacia de cosa juzgada. Pero lo que resulta técnicamente obligado es diferenciar una y otra materias a efectos jurisdiccionales.

La cuestión sobre estos servicios de seguridad y mantenimiento es estrictamente laboral y dirimible en términos de interés «inter partes». Así pues, la tutela judicial no puede ser dispensada por otros Tribunales que los del orden social. En cambio, cuando las medidas que hayan de adoptarse tiendan a garantizar la cobertura de necesidades mínimas en servicios esenciales de la comunidad (art. 28.2 Const.), la cuestión trasciende a los intereses generales que la Administración ha de servir (art. 103.1 Const.), por lo que ésta actúa como tal en la misión que le es propia, y no en la jurisdiccional que le es ajena. Resulta por ello tan legítima en tal caso la intervención decisoria de la autoridad gubernativa —que no laboral— como su impugnabilidad ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

5. BREVE APUNTE GENERAL SOBRE LA ADMINISTRACION PUBLICA COMO EMPLEADOR LABORAL

La LRFP de 2 de agosto de 1984 intentó la razonable extinción del empleador laboral público. Infortunadamente, la L. Presup. 1985 volvió a autorizar la contratación administrativa de servicios temporales en régimen laboral (art. 23). Esta mantenida permisividad ha desembocado en una esforzada tarea judicial interpretativa del mandato constitucional de acceso a la función pública con arreglo a criterios de mérito y capacidad. Innumerables sentencias han tenido que repetir la obviedad con que la Administración ha de someterse a las normas rectoras del contrato de trabajo como cualquier empleador y resolver, no obstante, la improcedencia de transformar en empleo fijo el que hubiera sido concertado como temporal con las irregularidades formales en que con harta frecuencia incurre la Administración.

Esta asidua insumisión administrativa al ordenamiento laboral, no siempre involuntaria, es sólo una muestra más de la inadecuación de este ordenamiento a las relaciones de servicio de carácter materialmente público. La elevadísima litigiosidad generada por este tipo de relaciones laborales es otra indeseable consecuencia de tal inadecuación. Y es que, por encima de razones puramente normativas, las grandes diferencias existentes entre los estilos de gestión en la Administración pública y en la empresa privada recaban un tratamiento heterogéneo de las relaciones de servicio a una y otra, so pena de discriminación entre los respectivos asalariados. El valor superior constitucional de igualdad resulta quebrantado en beneficio de quienes aglutinan las ventajas de la dependencia administrativa (seguridad en el empleo y en el salario y lenidad disciplinaria) y del régimen laboral (representación unitaria, negociación colectiva, huelga, principios rectores del empleo laboral y proceso de esta naturaleza).

Las observaciones precedentes son extensivas en suficiente medida a las empresas públicas que no son sino segregaciones formales de la Administración misma.

Mención peyorativa especial merece el aforamiento jurisdiccional social del personal de régimen estatutario al servicio del Insalud. La citada LRFP (disp. derog. 1.ª B, en relación con la adic. 16.1) ha mantenido la vigencia del desfuero establecido por el artículo 45.2 de la LGSS, que propició alguna inicial desorientación judicial aplicativa de las normas sustantivas laborales a las relaciones estatutarias, es decir, administrativas. Ocurre así que los accesibles procesos laborales son pródigamente utilizados para controvertir las más variadas y frecuentemente nimias cuestiones entre la Entidad gestora y su personal, con abrumadora carga sobre los Tribunales del orden social, que han de aplicar en estos litigios un ordenamiento sustantivo administrativo, y en detrimento de la atención que precisan los pleitos laborales entre trabajadores y empresarios.

Urge y es importante el sencillo remedio a todas estas irregularidades. Precisamente tan sencillo que haría tediosa cualquier obvia exposición conclusiva.

INTERNACIONAL

Magistrados europeos por la democracia y las libertades: por un estatuto europeo de la magistratura

Preámbulo

A. Los magistrados agrupados en la *Asociación Europea de Magistrados por la Democracia y las Libertades* (MEDEL) están convencidos de que la instauración de un espacio económico europeo, lejos de ser un fin en sí, es, en cambio, sólo un medio para asegurar una vida mejor y más justa a las personas, pertenezcan o no a Europa.

Para alcanzar este fin de justicia, la integración política y social de Europa debe añadirse sin dilación a la integración económica. Es necesario crear un espacio judicial coherente, fundado en un régimen de derecho que proteja y desarrolle la democracia y los derechos del hombre. En este espacio, la eficacia de los sistemas judiciales y de las garantías de las personas deberán alcanzar el máximo nivel.

B. Los magistrados europeos agrupados en MEDEL se esfuerzan en la realización práctica de los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Estos principios, cuyo ejercicio garantizan los Pactos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales y a los derechos civiles y políticos, así como el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, son, en particular, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.

Los magistrados europeos agrupados en MEDEL consideran que deberán ser respetados como reglas mínimas, y aplicados por las legislaciones y las prácticas nacionales:

- los Principios fundamentales relativos a la independencia de la magistratura, aprobados por las resoluciones 40/32 y 40/146 de la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre y el 13 de diciembre de 1985;
- los Principios básicos sobre el papel de la abogacía, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990;
- los Principios directivos aplicables a la función del Ministerio Fiscal, aprobados por el Congre-

so de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

— las Reglas relativas a su aplicación efectiva.

C. Con el fin de hacer realidad el espacio judicial europeo conforme a estos principio y reglas, los magistrados agrupados en MEDEL invitan a los órganos del Consejo de Europa y a los países miembros a aprobar un protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, inspirado en los siguientes principio directivos.

Magistrados europeos por la democracia y las libertades: por un estatuto europeo de la magistratura

Principios directivos

I. LA JURISDICCION Y LA MAGISTRATURA

1.1 Todo conflicto relativo a la conformidad constitucional de una norma o un derecho o interés, público o privado, debe encontrar una jurisdicción preconstituida por la Constitución o por la ley, competente para conocer de él según los principios de un proceso equitativo, en el respeto a la primacía del derecho, los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

1.2 No puede instituirse ninguna jurisdicción excepcional.

1.3 En todas las jurisdicciones, cualquiera que sea su naturaleza y grado, el derecho se aplica por magistrados, mediante la formulación de acusaciones y la emisión de dictámenes, informes y decisiones.

1.4 Los principios generales del estatuto de la magistratura se establecen por la Constitución. La ley los desarrolla conforme a los siguientes principios.

II. LOS MAGISTRADOS

2.1 Los magistrados sólo están sometidos al derecho y a la ley. Ejercen sus funciones con plena in-

dependencia. Controlan la constitucionalidad de las leyes, directamente o por remisión a un Tribunal Constitucional.

2.2 Los magistrados son inamovibles. No pueden ser transferidos, suspendidos, jubilados, destituidos ni sufrir cualquier otra modificación de su situación profesional sino en los casos y con los procedimientos establecidos por la ley.

2.3 La ley determina el procedimiento y los criterios de reclutamiento de magistrados, según el principio de igualdad de acceso a las funciones públicas, sin discriminaciones de raza, sexo, religión, opiniones políticas o filosóficas.

2.4 El Estado tiene el deber de dotar a la magistratura de los medios precisos para el buen funcionamiento del servicio judicial y en particular los necesarios para la formación inicial y permanente de los magistrados.

III. EL CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA

3.1 Corresponde al Consejo Superior de la Magistratura (CSM) la administración y la disciplina de la magistratura.

El CSM asegura el pluralismo de la magistratura y garantiza la independencia de los magistrados. Provee al reclutamiento, decide sobre el destino de los magistrados a las diversas funciones y organiza su formación profesional.

El CSM, por propia iniciativa o a petición de los representantes de otros poderes, dirige al parlamento o al gobierno informes y recomendaciones relativos a la política judicial.

3.2 El CSM está compuesto de magistrados elegidos por los propios magistrados con sistema proporcional. De él forman parte también personalidades designadas por el parlamento. Los miembros del CSM son nombrados por un período determinado.

3.3 El parlamento aprueba el presupuesto de la justicia a propuesta del CSM y del gobierno. El CSM dispone de un presupuesto destinado a su propio financiamiento.

3.4 Las reuniones plenarios del CSM son públicas, salvo en los casos previstos en el artículo 8.2, segundo párrafo.

Las actas con el contenido de las deliberaciones, dictámenes, informes, recomendaciones, así como el balance, son públicos. Las decisiones relativas al reclutamiento, a la asignación de destinos y en materia disciplinaria son motivadas y recurribles por razón de legalidad ante un Tribunal Supremo.

Cada año el CSM remite al parlamento un informe sobre la propia actividad y sobre el estado de la justicia.

IV. LAS FUNCIONES JUDICIALES

4.1 Cada órgano judicial debe estar organizado de manera tal que pueda tratar con eficacia y celeridad los asuntos que le estén encomendados.

El reparto de los asuntos entre secciones y entre magistrados debe respetar el principio del juez na-

tural, mediante el empleo de sistemas de distribución objetivos y predeterminados.

Los magistrados que forman una sección se turnan en la presidencia de la misma.

4.2 Los componentes de cada órgano judicial colegiado reunidos en asamblea eligen por un período determinado a los magistrados responsables del funcionamiento del mismo. Esta competencia también puede ser atribuida al CSM.

4.3 El CSM vigila el funcionamiento de los órganos judiciales. Decide sobre las quejas que el mismo suscite. Cualquier persona o institución interesada puede dirigir reclamaciones y exposiciones al CSM.

4.4 El estatuto de la magistratura puede disponer que el CSM someta periódicamente a cada magistrado a una evaluación personal objetiva, con el fin de determinar sus cualidades profesionales y mejorar las condiciones del servicio.

El procedimiento de evaluación tiene carácter contradictorio.

V. ESTATUTO DEL MAGISTRADO

5.1 No existen grados ni jerarquía entre magistrados, cualquiera que sea la función y la jurisdicción que ejerzan.

5.2 El nivel retributivo del magistrado debe asegurar su independencia económica. La remuneración aumenta en función de la antigüedad.

5.3 La ley establece los criterios para los traslados de magistrados de unas a otras jurisdicciones y entre los diversos grados de una misma jurisdicción.

Está permitido desempeñar funciones de segunda instancia desde el primer destino y, a la inversa, el paso de ésta y de la casación a funciones de primera instancia.

VI. DEBERES DEL MAGISTRADO

6.1 Los magistrados resuelven las cuestiones de su competencia con conocimiento de los hechos, conforme a derecho, con imparcialidad y diligencia.

La ley puede autorizar la expresión de las opiniones discrepantes en las decisiones de los tribunales colegiados.

6.2 La culpa profesional de los magistrados no da lugar a acción civil directa. La parte perjudicada tiene derecho a ser indemnizada por el Estado. La acción del Estado contra el magistrado debe ser autorizada por el CSM, previa audiencia de las partes interesadas.

VII. LIBERTADES DE LOS MAGISTRADOS

7.1 Los magistrados gozan, como los demás ciudadanos, de libertad de expresión, de creencia, de asociación, de pertenencia a un partido político y de reunión. También tienen derecho de huelga, pero sin que su ejercicio pueda atentar contra los derechos fundamentales del justiciable.

7.2 Los magistrados tienen libertad para consti-

tuir y afiliarse a asociaciones y sindicatos de magistrados y a otras asociaciones, en particular para la tutela de los derechos fundamentales, del servicio judicial y los intereses de la magistratura, promover la formación profesional y defender la independencia de la magistratura.

VIII. LA DISCIPLINA DE LOS MAGISTRADOS

8.1 El Consejo Superior de la Magistratura conoce los procedimientos disciplinarios contra magistrados, sin dilaciones, conforme a justicia y por el trámite legalmente previsto.

8.2 La instrucción y la vista son contradictorias. Esta última es pública, sin perjuicio de que, cuando convenga especialmente proteger la vida privada del magistrado afectado o de un tercero, pueda excluirse la publicidad mediante acuerdo motivado.

La resolución es motivada, se da a conocer en au-

diencia pública y recibe la publicidad adecuada.

8.3 La decisión es recurrible por violación de la ley ante el Tribunal Supremo.

IX. LOS MAGISTRADOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

9.1 La autonomía del ministerio público es un elemento fundamental de la independencia del poder judicial.

Los magistrados del ministerio público garantizan la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Ejercen sus funciones con plena autonomía del poder político. Están sujetos solamente al derecho y a la ley.

9.2 Los magistrados que ejercen las funciones del ministerio público gozan de todas las libertades y garantías definidas en este estatuto.

Palermo, 16 de enero de 1993

(Traducción de *Perfecto ANDRES IBAÑEZ*)

Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica

Los proyectos para la reforma del sistema penal

Julio B. J. MAIER

1. DERECHO PENAL Y ORGANIZACION POLITICA

A. Las organizaciones sociales

Es un lugar común, una verdad de Perogrullo, afirmar que el Derecho penal —en verdad todo el orden jurídico—, su contenido y los juicios de valor de los que derivan sus reglas¹ están íntimamente ligados a la forma de organización política imperante en un tiempo y un lugar determinados. Esa verdad autoevidente tiene, sin embargo, un significado especial en Derecho penal, pues, como veremos, la misma existencia de mandatos y prohibiciones, sostenidos por la amenaza de la coacción penal estatal, depende de una organización política determinada. La afirmación, inclusive, tiene su repercusión específica en el sistema judicial creado para realizar las normas penales, pues es en esa rama del Derecho, el Derecho procesal penal y de la organización judicial, cuyas reglas crean las funciones judiciales y prevén su forma de operar, allí donde el vínculo con la forma de organización política, con la ideología vigente, se nota más claramente, más «a flor de piel» que en las otras ramas jurídicas, como alguna vez expresé².

Esquemáticamente, la evolución de las organizaciones políticas se sintetiza, en sucesión histórica y sin pretensión analítica alguna, distinguiendo dos o tres niveles de sociedades, con los rasgos fundamentales siguientes: la *sociedad primitiva o arcaica*, estructurada alrededor de grupos parentales que viven en un territorio próximo a todos ellos (vecinos), cuyo rasgo principal es la *carencia de una instancia política central* y cuyos habitantes (al menos los plenamente capaces) ejercen reunidos las facultades del poder político, cotidianamente; la *sociedad culturalmente avanzada*, que logra la formación de ese poder político centralizado, el Estado, del cual son *súbditos* los habitantes que viven al amparo de esa organización, en un territorio mayor, alejados del ejercicio del poder político cotidiano y cuyo orden no se funda en la vecindad, sino, antes bien, en reglas más o menos universales, dictadas o aceptadas por

el poder político central creado; y, por fin, la *sociedad moderna*, en la cual los súbditos han recuperado parcialmente, en alguna medida, su capacidad política (por representación), para transformarse de súbditos del Estado en ciudadanos, cuyo poder político se organiza sobre la base de reglas jurídicas más o menos rígidas, que suponen autorización (competencia, facultades) y limitaciones de ese poder para quien lo ejerce, y cuyas reglas de orden están fundadas en acuerdos racionales entre los interesados³.

B. Los sistemas de solución de conflictos sociales

Como la misma distinción evolutiva sugiere, a cada una de esas organizaciones políticas corresponden formas distintas de solución de los conflictos sociales. En la *sociedad primitiva* cada conflicto provoca la necesidad de establecer el orden anterior, el *statu quo ante*, y supone un apartamiento del autor de su grupo parental. Desde el punto de vista material, lo importante es suprimir las consecuencias de la acción conflictiva mediante el regreso a la situación anterior a ella (modernamente: reparación natural o simbólica). Desde el punto de vista del procedimiento, los protagonistas del conflicto (modernamente: víctima y victimario), en ocasiones su parentela inmediata (tribu), son los encargados de realizar esa tarea, que, si no se lleva a cabo satisfactoriamente, desemboca en la lucha (la guerra) entre los contendientes. No sólo existen, como paradigma, ejemplos históricos de estas sociedades y formas de solución de conflictos, tales como el Derecho germano antiguo, el derecho foral (feudal), sino que, además, contamos con ejemplos modernos de organización carentes de un poder político central vigoroso, cuyos individuos (sujetos de derechos) respetan y acuden a esta forma de solución de los conflictos: piénsese en el Derecho internacional público y en los conflictos entre Estados, que, o bien son solucionados por acuerdos entre ellos, tendentes a refundar el orden pacífico de convivencia, o bien generan una guerra, en el sentido actual de esta ex-

¹ Kaufmann, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Ed. Otto Schwartz, Göttingen, 1954, cap. 2, B, II, págs. 69 y ss.

² Maier, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1b, págs. 17 y ss.

³ Cf. Stratenwerth, Günter: *Die Zukunft des strafrechtlichen*

Schuldprinzips, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, traducida al castellano por Bacigalupo, Enrique y Zugaldía Espinar, Agustín, en *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología, Univ. Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pág. 87.

presión. Nuestros propios países son, en la historia moderna, ejemplo de ello.

El nacimiento del *Estado* marca el arribo de una nueva forma de solución de conflictos. Como el poder político, ahora centralizado y vigoroso, monopoliza la violencia legítima, soluciona también él los conflictos sociales, sin permitir que se arribe a la lucha entre los contendientes. Desde el punto de vista material, la lesión de las reglas de organización y convivencia representa desobediencia al poder o a quien lo encarna (el Papa o el monarca); nace la *coacción estatal* y, con mayor propiedad, en la rama del Derecho que nos interesa, la *pena estatal*, muy ligada a los principios de la moral dominante. Desde el punto de vista del procedimiento, nace una organización estatal específica, encargada de reaccionar directamente en estos casos, y los protagonistas del conflicto pierden su importancia: su voluntad nada soluciona, al menos en los casos en los cuales la acción conflictiva pone en peligro la paz entre los súbditos y la forma concreta que adopta la organización social. Arriba la *Inquisición*, custodio del orden y encargada de reprimir el desorden mediante la pena, para restablecer de esta manera el orden (jurídico) conculcado.

El *Estado moderno* no se aparta de este rumbo, aunque lo defina mejor y repare en los ciudadanos individuales. Desde el punto de vista material, hoy se pretende que la ley defina previamente los conflictos sociales que pueden conformar un caso penal, produciendo así una neta separación —al menos formal, aunque deseada políticamente en sentido material— entre Derecho y moral, y también las consecuencias coactivas. Desde el punto de vista del procedimiento que intenta realizar esas normas

⁴ La afirmación supone cortes *diacrónicas*, como forma de exponer los períodos históricos según el sistema ampliamente dominante, que desplaza a otros, sólo aplicables, en su caso, por excepción. Si se tratara de cortes *sincrónicas* quizás podríamos observar como, en cualquier período histórico, coexisten, en más o en menos, varios sistemas yuxtapuestos, funcionando a un mismo tiempo, alguno dominante y los demás desplazados a áreas marginales o excepcionales del orden jurídico, o, también, mixturas coordinadas de varios de ellos, producto de compromisos políticos coyunturales.

Hoy en día, inclusive, como herencia del período feudal, coexisten, al lado de los delitos llamados de acción pública, porque son perseguidos directamente por el Estado, los llamados delitos de acción privada y hasta los dependientes de una instancia particular o gubernamental, que suponen una mayor o menor gobierno de la persecución penal y de la pena por la voluntad de los ofendidos. También en el Derecho privado, en el cual la relación se invierte, existen infracciones o reglas de conducta, cuyas consecuencias son realizables públicamente, mediante acción directa de los órganos del Estado, que desplazan y privan de valor a la autonomía de la voluntad de los individuos en conflicto: los impedimentos absolutos para contraer matrimonio y la invalidez del matrimonio contraído con violación de esas reglas, por una parte, y las declaraciones necesarias de incapacidad de las personas y el discernimiento del representante, por la otra, son ejemplos de ello en la mayoría de los órdenes jurídicos.

El sistema de enjuiciamiento penal que rige en los países de Europa continental, después de la reforma integral del siglo XIX, ha sido denominado, con alguna razón, como *mixto*, pues supone un compromiso que respeta las reglas fundamentales de la *inquisición*, pero incorpora formas de realización *acusatorias* (con más propiedad: *sistema inquisitivo reformado*); hasta en los EE.UU. rige, genéricamente, un mixtión similar, pero de sentido contrario, que modifica el sistema anglosajón tradicional.

⁵ No se trata de una casualidad el hecho de que los *abolicio-*

de conducta, las reglas jurídicas buscan, después de aceptar la reacción estatal directa, como método ordinario de realización del poder penal del Estado, acotar ese poder y reconocer en el individuo un derecho de resistencia a la persecución penal.

C. Conclusión

De este repaso histórico sintético se puede extraer varias conclusiones. En primer lugar, cuando hablamos de Derecho penal o de sistema penal, comprendidos allí todos sus segmentos (Derecho penal, procesal penal y de la ejecución penal), en el sentido propio con el que empleamos estas expresiones, estamos mentando una realidad histórico-cultural *contingente*, producto de una de las formas de asociación política entre las personas, que no existió siempre, al menos como sistema principal de reaccionar frente a conflictos sociales⁴, y que, inclusive, puede dejar de existir en el futuro, por más remoto que sea el vaticinio. Precisamente, aquello que hoy, propiamente, llamamos Derecho penal, nace aproximadamente en el siglo XIII, con la formación de los poderes políticos centralizados, primeramente en el seno de la Iglesia católica romana y luego con la formación de los estados nacionales y el desplazamiento de la organización feudal. Por supuesto, la desaparición del sistema penal dependerá de una profunda modificación de la asociación política entre los hombres, de un movimiento similar, pero de sentido inverso⁵; el vaticinio, por alejado que esté de convertirse en realidad, no es, sin embargo, ridículo frente a realidades tales como el desprestigio de la pena estatal y del Estado-Nación como forma de asociación política⁶.

nistas piensen en una sociedad diferente, casi siempre en una asociación local, de perímetros reducidos (vecindad); cf. Christie, Nils: «Los conflictos como pertenencia», traducción de «Conflicts as property», publicado en *The British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1, enero de 1977, por Bovino, Alberto y Guardiola, Fabricio, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, págs. 178 y ss.

⁶ La pena estatal, en especial la privación de libertad, centro del sistema, escasamente soporta los embates de la filosofía social y de la sociología, inclusive de aquella de fuerte contenido fundado en las ciencias empíricas, pues los fines especulativos que se pregona para justificarla o legitimarla, las diversas teorías preventivas especiales o generales, positivas o negativas, sobre los fines de la pena, no consiguen apoyo especulativo o verificación empírica, sino, por lo contrario, la investigación, incluidas la filosófica, la político-social y la criminología empírica las ha negado, antes bien, en puntos esenciales, necesitados de fundamentación o de verificación, para esas teorías. Sobre las teorías preventivas de la pena, fundamentalmente en sentido crítico, conviene estudiar el contenido de la revista *Poder y Control*, núm. 0, Ed. PPU, Barcelona, 1986: sobre la autorreferencia de la justificación a las decisiones sobre la existencia de las reglas del sistema, Resta, Eligio: *La desmesura de los sistemas penales*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira Héctor C. y Domínguez, José L., págs. 137 y ss.; sobre los problemas de diverso orden cognoscitivo que encierra la pregunta acerca de la pena estatal y sobre la confusión de planos ontológicos que encierran las respuestas y las críticas a ellas, Ferrajoli, Luigi: *El Derecho penal mínimo*, traducción de Bergalli, Roberto, con la colaboración de Siveira, Héctor C. y Domínguez, José L., págs. 25 y ss.; acerca de la disfunción de la teoría —«fantasma teórico»— con la praxis concreta, Paul, Wolf: *Espendor y miseria de las teorías preventivas de la pena*, págs. 59 y ss.; con un principio de solución, Hassemer, Winfried: *Prevención en el Derecho penal*, en especial, págs. 110 y ss.; sobre una crítica acer-

Estado y Derecho penal —o sistema penal— son, así, realidades culturales consustanciales, que se implican. Precisamente el nacimiento del Estado, con su oposición a las formas de organización social locales y la conversión en súbditos de un poder político soberano de aquellos que antes convivían en vecindad, según sus propias reglas, explica la aparición en escena del Derecho penal y de la *pena estatal*, su símbolo, vía y método de control social directo, con prescindencia de la voluntad particular como forma de excitación de la persecución penal y creación de la *persecución penal pública*, para aquellos comportamientos que atentan contra la forma de organización social establecida o contra la paz social entre los súbditos. Por ello no resulta exagerado tratar a los conceptos *Estado, Derecho penal, pena estatal* y *persecución penal pública* casi como sinónimos o, al menos, como conceptos que se implican.

Finalmente, según se observa, ya no se trata, por lo menos en primer lugar, de hallar un método de solución de conflictos sociales entre los protagonistas reales del conflicto social base del caso, sino, antes bien, de una forma de crear un nuevo conflicto, mediante su «estatalización»: el conflicto ahora se constituye entre el autor y el Estado. El Derecho penal pasa a constituir, antes que una forma de solucionar un conflicto social, una forma de ejercicio del poder político; crea un nuevo poder, el *poder penal del Estado*, máxima expresión de la violencia legitimada por el orden jurídico, representada esencialmente por la *pena estatal* —y, también, por otras autorizaciones coercitivas, incluso procesales—, que desplaza a la voluntad de los protagonistas del conflicto, para realizarse por sí mismo, y a las formas naturales de solucionarlo racionalmente entre ellos, al punto de inhibir esa solución⁷.

2. IBEROAMERICA

A. La herencia cultural: conquista y colonización

Se califica regularmente a los países americanos como *países jóvenes*, por el hecho de que nacieron a la vida política independiente hace sólo dos siglos o algo menos, en la mayoría de los casos. Tal calificación, sin embargo, no significa —según algunos piensan al extender el apelativo en un sentido erró-

neo— que nacieron a la vida política *sin historia*. Todo lo contrario, otra es la realidad y esa realidad se vincula, en último término, con el avance y la extensión de la civilización judeo-cristiana a territorios y gentes para ella desconocidos.

La América antigua, precolombina, carecía, en general, de contacto con otras civilizaciones, por su ubicación geográfica y los accidentes naturales que se interponían entre ella y los demás continentes. Desarrolló, así, sus propios sistemas socio-políticos, cuyo desenvolvimiento abortó, abruptamente, la civilización europea conquistadora, que, con la colonización, impuso sus propios esquemas de organización política y jurídica. Para el sistema penal oficial —y éste, según veremos, es el único que interesa—, entonces, han carecido de importancia los sistemas de solución de conflictos que practicaban nuestros indígenas.

Guste o disguste, la historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusoparlantes, conquistadores del territorio que hoy llamamos Iberoamérica o, más modernamente, Latinoamérica.

El sistema judicial no podía escapar de esa caracterización general. La historia de los sistemas judiciales de Iberoamérica muestra perfectamente, en su diseño, la situación descrita. Particularmente la América hispana recibe de sus colonizadores todo el modelo de organización judicial y las formas operativas de resolver conflictos sociales, cuyas bases políticas responden a los problemas y a las soluciones que la convivencia y la organización social planteaban en la metrópoli.

España vivió, durante la conquista y la colonización americanas, la época de afirmación de la forma de organización política conocida como *Estado-Nación*, que, sintéticamente, generó, por primera vez en la historia, un poder político central vigoroso y personalizado (el *absolutismo*), antes inexistente, alejado considerablemente de los súbditos, a quienes regía por subordinación, personas que no participaban del poder, ni de su creación, ni de su ejercicio; tal poder político central gobernaba un territorio vasto y, como hemos visto, desplazó a las organizaciones locales, vecinales, del ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común. Las reglas de convivencia, como es sabido, fueron impuestas desde el poder político central creado, que apeló a los vestigios de un Derecho pensado como uni-

ca del sofisma de las teorías que legitiman la pena estatal y, a través de ella, el sistema penal en su conjunto: Baratta, Alessandro: *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, traducción de Nogués, Javier, revisada por Bergalli, Roberto, págs 77 y ss. Más allá de ello, para una visión sintética de la perspectiva abolicionista, Bovino, Alberto. *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, págs. 261 y ss. La crisis del Derecho penal y de la pena privativa de libertad, desde un punto de vista más jurídico y tradicional, en Jescheck, Hans-Heinrich, «La crisis de la política criminal», traducción de Maier, Julio B. J., en *Doctrina penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 45 y ss.

Por lo demás, el Estado-Nación se ve desafiado, por una parte, por movimientos localistas que buscan un retorno a su antigua independencia y, por la otra, por asociaciones supranacionales, reuniones de estados, con menor contenido de poder po-

lítico centralizado; pero, quizás, el desafío más vigoroso parte de asociaciones privadas, incluso supranacionales, que no necesitan de territorio ni de símbolos para almacenar poder, especialmente económico, o, al menos, el territorio y los símbolos no son un elemento fundamental de ellas, asociaciones que, regularmente, ya no se someten —o no necesitan someterse— a la ley estatal y al sistema de justicia estatal para solucionar sus conflictos.

⁷ Sobre el desplazamiento de la víctima y del autor, como factores de solución del conflicto social, la expropiación de sus derechos para arribar a una solución concertada, sobre la restitución al *statu quo ante* como forma ideal de solución de los conflictos y sobre el reintegro de la víctima y de estas soluciones al sistema penal, ver los diferentes artículos del libro *De los delitos y de sus víctimas*, E. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; además, Maier, Julio B. J.: «Entre la inquisición y la composición», en *No hay derecho*, Buenos Aires, junio de 1992, año 2, num 6, pag. 28.

versal. El Derecho romano imperial, conservado y desarrollado por los entonces recientes templos del saber, las universidades, y, especialmente, por la elaboración práctica de la iglesia romano-católica, cuando ella adquirió vocación universal⁹. Un Derecho culto, «científico», reemplazaba así al Derecho foral, local y costumbrista, de extracción popular, en cierta manera (usos y costumbres con vigencia en el lugar)⁹. Se trata del fenómeno conocido como *Recepción del Derecho romano-canónico* en Europa continental, que comienza su desarrollo en el siglo XIII de la era cristiana.

Inquisición es el nombre con el cual se conoce, universalmente, todo el sistema penal y judicial correlativo a ese tipo de organización política.

No interesa ahora el estudio de las causas de este fenómeno cultural y político, algunas de ellas muy a la vista. Interesa, en cambio, la caracterización del sistema judicial. El reproduce, conforme al modelo político, una *organización centralizada, jerárquica* al extremo, de los cuerpos de decisión (tribunales), con base en el *control interno* de las decisiones que ellos emiten, al punto de que sus tribunales superiores no distinguen claramente el control sobre los funcionarios o sobre los órganos inferiores, del control (examen) sobre la decisión, sobre la solución del caso en miras a la finalización del conflicto social que conforma su base. Se trata de una organización claramente *burocrática*, no sólo porque el poder se delega desde su cúspide hacia los funcionarios inferiores, por escalones, con funcionarios que *devuelven* el poder delegado a sus superiores para posibilitar el control de su ejercicio, sino, además, porque esos cuerpos de decisión están integrados siempre por funcionarios del Estado, a su servicio para ejercer el poder, no al servicio de las personas particulares que viven bajo el poder político del Estado (sus súbditos). La administración de justicia, en especial la penal, dista de ser un *servicio* para la población y sus problemas (conflictos): es, en verdad, parte de la administración del poder y, como tal, parte de la administración estatal.

Esa organización, conforme a sus fines —la afirmación del poder central y el control social de sus súbditos, en lugar de la solución de conflictos interindividuales—, modifica abruptamente la manera de operar vigente con anterioridad: transforma el procedimiento, de un *juicio oral y público*, en una *encuesta o investigación escrita y secreta* (para su éxito), que inicia el propio inquisidor, *de oficio*, sin atención ni ligamen alguno a la voluntad de la víctima real, conforme sólo a las necesidades del poder estatal (transformado en pena estatal, pleonismo evidente), encuesta cuyo resultado, obtenido a partir de los

registros que el inquisidor (juez) lleva a cabo sobre su actividad (actas), determina la «solución» del caso. Vale la pena acentuar que la víctima real, concreta, desaparece tras la persecución penal oficial, inservible su voluntad por expropiación de todas sus facultades —y las del autor— para operar la reacción y dar solución al caso, y objetivado su interés tras la construcción que, con el tiempo, los penalistas se encargarían de llamar *bien jurídico*.

Pues éste es, en apretada síntesis, el sistema penal que España lega a sus colonias. Las Partidas del Rey Sabio, a través de la Nueva y, quizás, de la Novísima Recopilación¹⁰, el instrumento legal que sirvió de texto al legado. Algunos se asombran al comparar, por la similitud con los principios organizativos y operativos que rigen hoy la organización judicial y el procedimiento hispanoamericano: más se asombrarían aún si compararan textos legales. Es por ello que no me parece del todo exagerada la sentencia —llegada a mí por vía de la tradición oral— que se atribuye a un profesor español, al visitar un país hispanoamericano en fecha reciente y observar su sistema judicial, señalando que aún rigen, básicamente, las famosas Partidas del sabio rey.

B. La independencia americana

I. La transformación liberal y su repercusión

No expreso nada que deba ser probado cuando afirmo que los criollos se proclamaron libres e independientes del absolutismo español, más general aún, del poder político que desarrolló la conquista y colonización de América, para formar sus gobiernos propios, al ritmo de una transformación profunda de la organización del poder político y de sus formas de operar, grito de rebeldía que, incluso, salvo el caso de la Unión americana del norte¹¹, no respondía a ideales y principios culturales propios, formados y desarrollados en las colonias, sino adquiridos de otras naciones y, precisamente, adoptados, aún parcialmente, del desarrollo cultural y político de aquellos pueblos que determinaron la conquista y la colonización americana, de los que ellos provenían.

Receptores, como se ha visto, de la tradición jurídica europea, a través de la conquista y la colonización americanas, los diversos países de América no fueron ciegos ni sordos respecto del desarrollo de las ideas políticas en la metrópoli. En especial, no fueron ciegos ni sordos a la revolución liberal de fines del siglo XVIII, contra el absolutismo, extendida por toda Europa continental en el siglo siguiente.

⁹ Cf. Gettel, Raymond: *Historia de las ideas políticas*, tr. González García, Teodoro, Ed. Labor, Barcelona, 1930, t. I, VII, págs. 217 y ss.; Menéndez Pidal, Ramón: *Idea imperial de Carlos V*, 3.ª ed., Ed. Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946, pág. 20.

⁹ Vélez Marcondé, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, Cap. III, págs. 93 y ss.; Hélie, Faustin: *Traité de l'instruction criminelle*, 10.ª ed., Ed. Plon, París, 1866, t. 1, Cap. 11, págs. 225 y ss.; Esmein, A.: *Histoire de la procédure criminelle en France*, Ed. L. Laroce et Forcel, París, 1882, Première partie, Titre deuxième, Cap. 2, págs. 66 y ss.

¹⁰ Cf. Maier, Julio B. J.: *DPPa*, cit., t. 1b, § 5, D, 4, págs. 65 y ss

¹¹ Se admite, generalmente, que la Constitución de los EE.UU. de (Norte) América deriva, en gran parte, de las instituciones jurídicas inglesas (cf. González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, págs. 37 y ss.), de las llamadas *Cartas*, como, por ejemplo, la *Magna Carta*, del Rey Juan (1215), la *Petición de Derechos* (1626), la ley de *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill de Derechos* (1689). Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución de los EE.UU. y sus precedentes, por ejemplo, la Constitución de Virginia, constituyen uno de los dos soportes originarios del Estado de Derecho, en el que desemboca la revolución liberal burguesa de fines del siglo XVIII y siglo XIX.

Esa revolución los alcanza, al punto de que tiene en los EE.UU. de (Norte) América a uno de los paladines del «nuevo orden», paradigma de la formación y de la organización política de los nuevos estados americanos: se trata, como se sabe, de una de las causas políticas directas de las revoluciones hispanoamericanas, promotoras de la independencia de esos países del reino de España. La *República representativa* reemplaza a la organización monárquica absolutista y preside la creación y constitución de todos los países americanos; tan es así, que, en los de tradición hispánica, la transformación se refleja, orgullosa, en el mismo nombre de los nuevos países.

Sin embargo, a contrario de lo que comúnmente se predica, la República parlamentaria, emergente de la revolución liberal, no significó el nacimiento de una forma absolutamente nueva de organización social, de un «nuevo orden» total, según, inclusive, pregonaron sus líderes; no vino con ella al mundo una nueva forma de asociación política, a semejanza de aquello que significó, por ejemplo, tras largos siglos de marchas y contramarchas, la creación de los Estados nacionales, bajo la forma de la monarquía absoluta, en la última parte de la Edad Media y en la Edad moderna. Ella, apelando a una metáfora, no fue un estallido volcánico de tal magnitud que cambiara por completo la topografía política, íntegramente, sino, antes bien, un movimiento sísmico vigoroso que, dentro del mismo sistema de organización social estatal, provocó, sin duda, algunos efectos notables en esa topografía política. Con ello quiero indicar, sintéticamente, que las bases organizativas del Estado-Nación subsistieron y, con él, un poder político central ciertamente alejado de los ciudadanos bajo su gobierno, quienes no ejercen directamente el poder político, ni participan cotidianamente de él, sino por medio de sus «representantes», facultad que, al lado del derecho de ser elegido como representante, constituye la porción básica del poder político recuperado por los habitantes del Estado, que, de súbditos, se convierten en ciudadanos.

Empero, no es posible ocultar las modificaciones profundas que el movimiento liberal produjo en ese Estado-nación. Sintéticamente: la revalorización de la persona como individuo, con su atributo de dignidad humana, para lo cual se utilizó como instrumento, al servicio de ese fin político, la limitación del poder estatal mediante reglas jurídicas y la división de competencias de los órganos que ejercen el poder; por fin, la búsqueda de canales de participación en la formación de la voluntad política, por ejemplo, la elección de representantes para el ejercicio del poder y la intervención directa de ciudadanos integrando los tribunales, el llamado «juicio por jurados».

II. La reforma liberal del sistema penal

Acorde con este movimiento, el Derecho penal inquisitivo cambia su rumbo, sobre todo, se modifica

la organización judicial y el procesamiento penal, aquello que hoy nos interesa destacar. Se trata del movimiento designado como la *reforma del siglo XIX* en Europa continental. La decantación de ese movimiento permite apreciar —utilizando ahora una comparación geométrica— que el cambio de derrotero, correspondiéndose con la transformación política, no fue completo, de 180°, sino, tan sólo, parcial, de 90°, pues conservó las características principales del sistema anterior. En efecto, el sistema penal, conforme al orden político conservado, sigue pensado como método de control social directo de los súbditos, ahora ciudadanos, el más riguroso y formalizado por su forma coactiva característica, la *pena estatal*, y persiste el dominio absoluto, derivado de esta comprensión, de la *persecución penal pública u oficial*, característica que domina el sistema operativo judicial y subsiste hasta nuestros días¹². En la organización judicial, acorde con ello, es también característica la consolidación de los órganos encargados de la persecución penal estatal: la *policía* y el *ministerio público*; más aún, el compromiso de las nuevas ideas con la necesidad de un control social vigoroso por parte del Estado y sus autoridades aparece con claridad en la institución del *juez de instrucción*, el inquisidor de *l'ancien regime*, y, por ello, persecutor penal estatal, encargado de la investigación al abrirse el procedimiento, compromiso que ni siquiera fue disimulado tras la toga. El desapoderamiento de la víctima protagonista principal del conflicto, a manos del poder estatal, continúa.

Conforme a ello, por regla con escasísimas excepciones, la voluntad —unilateral o consensual— de los protagonistas del conflicto, incluido el autor o el imputado, no se relaciona de manera alguna con su solución, ni influye en ella. Por lo contrario, la *averiguación de la verdad histórica* permanece como meta principal del procedimiento penal¹³. Así, el procedimiento penal continúa siendo, antes que una vía para la solución de conflictos humanos, un método para el control directo de los habitantes por parte del Estado, para la aplicación de la coerción estatal, incondicionada a la voluntad de los particulares.

Las reformas, no obstante, suavizaron el rigor de la inquisición. Elevaron al imputado, al menos en el período principal del procedimiento —el juicio público—, de *objeto de la investigación estatal* a la categoría de *sujeto de un procedimiento judicial*, con derechos en él. Con ello, modificaron su papel, aun cuando parcialmente, reconociendo garantías que lo amparan frente al Estado persecutor, inherentes a su condición de ser humano: defensa libre, incoercibilidad de su voluntad como informante en el procedimiento de persecución penal (prohibición de métodos coactivos para lograr que informe), custodia de su privacidad (métodos prohibidos de búsqueda de la verdad), equilibrio procesal con el acusador, para cuyo logro se acude al sistema ingenioso de reputarlo inocente hasta que no se verifique su culpabilidad (*in dubio pro reo*), única persecución admitida (*ne bis in idem*), etc.¹⁴.

¹² Cf., por todos, Vélez Mariconde, Albreto: *Derecho procesal penal*, cit., t. II, págs. 177 y ss.; Roxin, Claus: *Strafverfahrensrecht* (22.ª edición), Ed. Beck, Munchen, 1991, § 12, págs. 61 y ss.

¹³ Vélez Mariconde, Alfredo: *ibidem*, t. II, págs. 185 y ss., Roxin, Claus: *ibidem*, § 15, A, págs. 76 y ss.

¹⁴ Cf., por todos, con citas de la bibliografía principal, Maier,

No menos importantes fueron las transformaciones del procedimiento y de la organización judicial provocadas por ese cambio: *juicio público*, cuyo eje central es un *debate oral, contradictorio y continuo*, como base de la sentencia penal, en reemplazo de la encuesta escrita; juicio promovido por una *acusación* proveniente de un órgano distinto al tribunal sentenciante, límite de la sentencia penal y garantía de una defensa correcta, sin sorpresas en el fallo; prohibición de que los jueces que presidían el debate, únicos llamados a dictar sentencia, hubieran intervenido en etapas anteriores del procedimiento (temor de parcialidad), en especial, en el procedimiento de investigación, que se realiza para lograr la acusación o, de otra manera, clausurar la persecución penal; *participación ciudadana* en los tribunales de juicio y sentencia (jurados o escabinos); división de las tareas judiciales del Estado en materia penal, en dos órganos diversos, uno encargado de perseguir penalmente, el ministerio público, y otro de juzgar, el tribunal; *horizontalización de la organización judicial* (juicio con única instancia de mérito), que prefirió los controles externos (participación ciudadana) a los internos (orden jerárquico de los tribunales y proliferación de recursos devolutivos)¹⁵.

III. *La contradicción entre el discurso principista y su realización en Iberoamérica*

A pesar de que los principios limitativos, procesales y organizativos eran consecuencia del nuevo régimen político, los países de la América Ibérica, fieles, abstractamente, desde su estatuto fundacional, a las transformaciones del Estado que impulsó la república parlamentaria en el siglo XIX, no incluyeron, en el Derecho común, las reformas necesarias del aparato estatal y de su modo de operar que debieron ser derivación consecuente del cambio, imprescindibles para tornar reales la ideología política expuesta en sus constituciones, especialmente en el área de la organización judicial y del procedimiento

Julio B. J.: *DPPa*, cit., t. 1b, § 6, págs. 233 y ss.; ver también § 8, D, págs. 562 y ss.

¹⁵ Sobre ello, en el mismo sentido, también *ibidem*, § 7, págs. 473 y ss.

¹⁶ Otro ejemplo de ese impulso inicial frustrado es Guatemala: sigue rigiéndose hoy por estatutos penales que tienen su origen en la inquisición española, hoy, por supuesto, sin vigencia en la Península desde hace más de cien años (Ley de enjuiciamiento penal de 1882, que, en España, produjo la transformación del siglo XIX en el área de los procedimientos penales y puso fin a la inquisición), a pesar del movimiento liberal que encabezó la obra del doctor Mariano Gálvez en el siglo pasado, gobernante que llegó a sancionar y tener como vigentes los —asi llamados— célebres Códigos Livingston para el Estado de Louisiana, modelos de transformación liberal del siglo pasado (en el transcurso de este relato Guatemala sancionó un nuevo CPP que varía fundamentalmente el sistema de enjuiciamiento penal).

¹⁷ En especial, hoy, Portugal, con su código moderno de procedimientos penales, de 1988

¹⁸ Ejemplo de ello: los nuevos códigos procesales penales de Portugal (cit. nota anterior) y de Italia (1989), y las sucesivas reformas de importancia que ha soportado la Ordenanza procesal penal de la República Federal de Alemania durante el siglo XX y, también en los últimos años (una muestra de ello: cf. Maier, Julio, B. J., *La Ordenanza procesal penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978-1982 y Gómez Colomer, *El proceso penal alemán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, textos traducidos suce-

penal. Pese a su impulso inicial, que, por ejemplo, en mi país de origen dio por resultado paradigmático la inclusión constitucional de la obligatoriedad del *juicio por jurados* en materia penal, por tres reglas distintas de la Constitución histórica, todavía hoy vigente (como derecho del ciudadano, como obligación para el Poder legislativo nacional y como pauta de organización del Poder Judicial), algo inusual en ella, las leyes comunes, que debieron cumplir la misión de poner en ejercicio los poderes instituidos por la Constitución, permanecieron fieles al antiguo régimen colonial: justicia burocrática, organizada jerárquicamente sobre la base de controles internos rigurosos; procedimientos por encuestas registradas por escrito (que posibilitaba aquellos controles jerárquicos); sentencia fundada en actos secretos de la encuesta o sin participación real del imputado, convidado de piedra a su propia persecución penal; jueces profesionales, funcionarios permanentes del Estado, encargados de llevar a cabo el procedimiento y de juzgar¹⁶. Chile, nuestro país anfitrión, no es una excepción a esta regla.

Lamentablemente, descrita de un modo genérico y sin detallar excepciones, en todo caso muy escasas, la situación de la organización judicial y del enjuiciamiento penal latinoamericano continúa así hasta el presente, a pesar de que las antiguas metrópolis, fieles al desarrollo europeo¹⁷, ingresaron de lleno al proceso reformista en el siglo XIX y hoy, inclusive, desarrollan reformas modernas de su sistema penal, modificando el enjuiciamiento, total o parcialmente, conforme, por una parte, a nuevos problemas que presenta la organización social actual, y, por la otra, al desarrollo de las ideas que hoy dominan el sistema penal, el sistema judicial y la realización del Estado democrático de Derecho¹⁸. En los países iberoamericanos, sólo entrado el siglo XX, y muy parcialmente, tanto en sentido del contenido, como en el número de países involucrados, se produce alguna reacción que pretende ajustar las instituciones judiciales, en materia penal, a la idea republicana¹⁹. El sistema penal de los países ibero-

sivamente, que han resultado antiguos en escasos años). España, lamentablemente para nosotros, pues siempre tenemos más a mano su producción jurídica, no sigue ese proceso de modernización.

¹⁹ En la provincia de Córdoba, República Argentina rige, desde el año 1940, un Código procesal penal que intentó, con cierto éxito, desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal ajustado a la reforma europea del siglo XIX. El Código se vincula a la tradición académica de la ciudad capital de esa provincia: sus autores fueron los profesores universitarios Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, bien conocidos por su obra en los países de habla hispana, ambos ya fallecidos. A partir de allí, se generó en toda la República Argentina un lento pero sostenido movimiento de recepción de esa legislación por las demás provincias, que acaba de culminar con la sanción de un Código federal, también copia del código cordobés histórico. El Código cordobés fue como fuente de origen principal a los Códigos italianos de 1913 y 1930, el primero por su raíz democrática y el segundo por su técnica legislativa depurada, pero también influyeron de manera importante la Ley de enjuiciamiento penal española de 1882, el Código de instrucción criminal francés de 1808 y la Ordenanza procesal penal alemana de 1877, todos ya reformados por ese entonces; registran alguna influencia otros códigos europeos y cierta legislación nacional. Su procedencia académica y erudita se reconoce inmediatamente porque, aunque no formen parte del articulado prescriptivo, el Código fue sancionado con notas al pie, que indican las fuentes de origen de las reglas.

americanos, en todos sus sectores, no sigue, por lo demás, la discusión actual que, sobre el tema, se produce en los países desarrollados, ni su legislación se hace eco de esos problemas; persiste, todavía, una gran tendencia autoritaria, que se advierte en el arraigo del positivismo criminológico dentro del Derecho penal material, y en la tendencia inquisitiva de su Derecho procesal penal. Una pequeña proporción de su ciencia penal lucha denodadamente, con recursos ínfimos y éxito e influencia escasos, para disminuir el autoritarismo del sistema a niveles tolerables y evitar el atraso científico.

Este es, a grandes líneas, el estado actual de la cuestión en el ámbito latinoamericano, descrita desde su perspectiva histórica, política y jurídica, quizás con exclusión del inusitado movimiento actual, con comienzo en la década anterior, que, hasta ahora, sin embargo, no ha dado frutos de consideración. Ese estado es la prueba más contundente de la imputación que, regularmente, nos dirigen los países más adelantados de nuestra órbita cultural; la notable diferencia, mejor dicho, la incompatibilidad, entre nuestro discurso programático y el práctico, entre principios declamados e instrumentos que adoptamos para tornarlos realidad. Tomar conciencia de ello representa un primer paso hacia la solución, dicho en términos ideológicos, hacia la creación de las repúblicas democráticas que siempre prometimos y nunca hicimos.

3. La reforma necesaria en el ámbito de la justicia penal

A. Necesidad política y necesidad práctica

La reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ningun-

Ese código tuvo repercusión internacional, no sólo académica, en el sentido de los elogios que, especialmente, le brindara don Niceto Alcalá Zamora, erigiéndolo en el modelo iberoamericano, del cual fue, a la postre, su punto de partida, sino, también, en la legislación positiva de la República de Costa Rica, que transformó su enjuiciamiento penal drásticamente con un Código, hoy vigente aún, que lo tiene por fuente. Costa Rica, inclusive, llevó a cabo un gran esfuerzo de adaptación de sus instituciones a las nuevas reglas sobre el enjuiciamiento penal, que abarca también, el sistema penal en general (Derecho penal y ejecución penal) y su organización judicial, bastante deficiente en los acompañamientos del código cordobés.

Cualesquiera que sean las críticas que hoy pueden ser dirigidas contra esos códigos, cuyo nacimiento ya supera el medio siglo, pero que proceden de un siglo atrás, lo cierto es que ellos modificaron sustancialmente las rutinas y formas de comportamiento de los operadores judiciales, en un sentido que tolera la comparación con los sistemas de países adelantados (como muestra, cf. mi *Ordenanza procesal penal alemana*, cit., una comparación jurídica entre ese sistema y el alemán).

Se debe decir, también, que ha existido siempre, en el continente de habla hispana y lusitana, cierta conciencia acerca del atraso y de la falta de correlación entre el sistema penal y las instituciones constitucionales, aun sin referimos al momento actual. Pero la mayoría de los países no ha conseguido quebrar la rutina histórica. El Salvador, por ejemplo, conoce desde hace tiempo el jurado, que debió haber conducido a un juicio real ante ese tri-

no de sus posibles fines primarios: persecución penal de los delitos, para lograr cualquiera de los fines que se atribuye a la pena, garantía de los derechos fundamentales de los habitantes de un país, en fin, logro de la paz social mediante una solución correcta de los conflictos sociales, indispensable para vivir democráticamente y sin violencia extrema²⁰. Conviene aclarar que esta necesidad práctica no es tan sólo sentida por nosotros, por el atraso institucional descrito, sino, también, por los países más desarrollados, conforme al cambio social enorme, experimentado durante el siglo XX, cada vez más acelerado. Para nosotros, sin embargo, el defecto se aprecia por partida doble y la tarea, consecuentemente, no sólo es doblemente pesada, pues, al no haber producido las reformas republicanas en la oportunidad debida, debemos ahora reacomodar totalmente nuestra administración de justicia, sino que, además, a consecuencia de ello, para la reforma debemos luchar contra una serie de rutinas —no en último término contra la formación universitaria deficiente—, de prejuicios y de intereses, propios del sistema tradicional que aplicamos, que, lamentablemente, no impiden hablar de la reforma, pero sí institucionalizarla.

La exposición ganaría si separara las reformas institucionales de las prácticas; empero, obligado a la síntesis, dividiré las secciones entre la de procedimiento propiamente dicho, por una parte, y la de organización judicial, por la otra, y expondré sólo los problemas esenciales y urgentes a que nos enfrentamos.

B. El procedimiento penal

1. El juicio público es el paradigma formal sintético del Estado de Derecho en la administración de justicia penal. Tanto las convenciones internacionales sobre derechos humanos²¹, que los países iberoamericanos han suscrito y ratificado casi en su totalidad, como las constituciones políticas que los ri-

bunal; sin embargo, por una parte, no consiguió quebrar el procedimiento por encuestas escritas y secretas que, según rutina, son leídas sintéticamente en los jurados para que emitan su veredicto y, causas de competencia de ese tribunal. Bolivia tuvo también su reforma, en la cual el código cordobés jugó un gran papel académico, pero, también, un papel práctico nulo. Ecuador conoce el juicio público, pero el sistema penal ordinario transita por otra vía. Perú, en fecha reciente, ha transformado su ordenamiento procesal: desconocemos su efecto.

Los códigos emergentes del código cordobés histórico han quedado atrasados, respecto del movimiento político universal en materia penal. Representan el estado de la cuestión al finalizar el siglo XIX. Tanto es así que la misma provincia de Córdoba, y, siguiendo sus pasos, la de Tucumán, en la República Argentina, han sancionado nuevos códigos que, en alguna medida, han receptado problemas actuales del enjuiciamiento penal, modificando plausiblemente el modelo histórico.

²⁰ Cf., para la República Argentina, «Proyecto del Código procesal penal de la Nación. Exposición de motivos», I, 3, en *Doctrina penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 654 y ss.

²¹ *Declaración universal de derechos humanos*, ONU (10-12-1948), art. 10; *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, ONU (16-12-1966), art. 14, núm. 1; *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, IX Conf. Int. Americana (1948), art. 26, II; *Convención americana sobre derechos humanos*, OEA (22-11-1969), art. 8, núm. 5.

gen, exigen, bien por vía de reglas expresas, bien por el contexto ideológico-histórico-cultural del que parten —la República democrática—, esta forma de enjuiciamiento como único método que dé base a la decisión penal. Su incorporación al sistema positivo se trata, entonces, de un imperativo del sinceramiento de nuestras instituciones operativas con nuestras instituciones programáticas.

Este es, así, el punto de partida; un punto de partida que debe constituir el núcleo central del procedimiento penal. El implica, sintéticamente, un *debate* cumplido con la presencia ininterrumpida del imputado, su defensor, el acusador y los jueces que van a dictar la sentencia (eventualmente, las partes civiles, cuando se discute la cuestión reparatoria o restitutoria emergente del delito), debate que incorpora los únicos elementos en los cuales se puede fundar la decisión (*inmediación*). Ello implica que ese debate se lleve a cabo en forma *oral*, para posibilitar su *continuidad* (*concentración* de los actos que en él son cumplidos), tanto interna como con la deliberación y votación de la sentencia, y su desarrollo en un lapso breve, que, como dijimos, los actos que lo integran sean los únicos idóneos para fundar la decisión y, por último, que los jueces que presencian ininterrumpidamente ese debate sean los únicos habilitados para dictar la sentencia (*identidad* entre los jueces que presencian el debate y los que deciden). La *publicidad* del juicio, así concebido, representa, por una parte, agregar transparencia republicana a los procedimientos y decisiones de la administración de justicia y, por la otra, una valla insuperable para uno de sus flagelos más notorios, lamentablemente extendido entre nosotros conforme al sistema operativo que empleamos, la llamada «delegación» (que consiste en encargar a otros aquello que el juez debe realizar por sí mismo), con expresión vulgar, pues obliga a aquellos que van a decidir a conocer por sí mismos y a responder personalmente —«dar la cara», con el dicho popular— por la decisión que se adopta como culminación del acto de administrar justicia; por lo demás, es ésta la única forma de *garantizar la defensa*, esto es, la participación protagónica del imputado y su defensor (también de la víctima, aunque éste sea un tema a tratar específicamente) en el procedimiento. Junto a ello, algunas ventajas prácticas: la *celeridad* y *simplicidad* del juicio, limpio de toda rémora y complejidad burocrática, y el mejor *conocimiento de la verdad histórica*, una de las claves del procedimiento actual. Respecto de esto último es preciso indicar que

el juicio público, nacido en un sistema que privilegiaba otras metas para el procedimiento que aquella de indagar la verdad histórica, a saber, el acuerdo como modo de resolver el conflicto social objeto del juicio y la confrontación entre los portadores de los intereses en conflicto, se ha adaptado perfectamente a su nueva meta, constituyendo también un elemento imprescindible para translucir lo ocurrido fácticamente.

Este es el «debido proceso» correspondiente a un sistema de convivencia democrática, fundado en el Estado de Derecho, aquello que en idioma inglés se denomina *fair trial* (juicio justo o leal), base del enjuiciamiento penal, con el aditamento de los jurados para integrar el tribunal de juicio²².

II. Esta es la forma ideal de administrar justicia penal, esto es, de legitimar, en un Estado de Derecho, el uso de la coacción penal. Empero, unida a otras exigencias, como, por ejemplo, la participación ciudadana en la decisión (jurados o escabinos), si pretendemos utilizar esa forma de proceder en la totalidad de los casos penales que ingresan al sistema, fracasaríamos por la cantidad. Ello es, precisamente, aquello que pretende ocultar —sin demasiado éxito— la «delegación» y el sistema de encuesta escrita, aunque con sacrificio de los más caros principios relativos a la dignidad humana y su protección.

Por lo demás, tampoco es necesario, en todo caso que posee ribetes de contravención a una norma de deber penal, culminarlo mediante la aplicación de la coacción penal. Hoy se postula, en el Derecho penal material, soluciones diversas (*diversión*), para ámbitos más o menos acotados de delitos, tendentes a sustituir la coacción penal. Tras de todas estas soluciones, que, particularmente, obedecen a intereses y fines específicos, se halla la recreación de la voluntad de los protagonistas, incluido el propio Estado persecutor, y el consenso entre ellos, como medio para dar solución a conflictos sociales, sin utilizar la violencia extrema que genera el sistema penal. En el fondo de esas soluciones de reemplazo (conciliatorias, reparatorias o terapéuticas) se halla la *crisis de la pena estatal*²³ y de la propia justicia penal, fundada en esa solución y en sus consecuencias formales: persecución penal pública obligatoria y averiguación de la verdad histórica como paradigma de lo que se concibe por «justicia». Lentamente regresan el consenso y la restitución al *statu quo ante*, o al estado deseado por el Derecho, como vías para lograr la paz jurídica y social, y soluciones razonables para el conflicto²⁴. No es aventurado ha-

²² Es por ello que la Constitución argentina, que abrevó en esa fuente, toma imperativo el *juicio por jurados*, en tres reglas constitucionales referidas a los derechos o garantías del ciudadano (art. 24), a la obligación del Congreso de la Nación de regularlo y organizarlo para todo el país (art. 67, inc. 11), y a las bases de la organización judicial en materia penal (art. 102), con lo cual, en tres palabras, definió el «juicio justo» que ella concebía. Con ello no hizo otra cosa que seguir el movimiento reformista del siglo XIX en Europa continental, proveniente de la ideología iluminista, que, en la materia, pregonaba sobre la base del espejo de las Instituciones británicas (Cf. v. Feuerbach, Anselm: *Ueber die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs in besonderer Beziehung auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Ed. G. F. Hener, Gießen, 1825, págs. 405 y ss.).

También resulta paradigmático del desajuste entre sistema operativo y sistema institucional, el hecho de que el parlamento federal de la República Argentina no haya podido —por no decir, «querido»—, en casi ciento cincuenta años, cumplir el mandato constitucional, y el hecho de que sus jueces y juristas no sólo no reaccionaran frente al incumplimiento, sino, antes bien, que reaccionen todavía hoy con estupor, casi incrédulos acerca de lo que pasa, buscando argumentos sofisticados y, en todo caso, conservadores, cuando algún proyecto, tímidamente, pretende cumplir con ese mandato. La rutina del autoritarismo genera lealtades insospechadas.

²³ Ver nota núm. 6.

²⁴ Cf. Maier, Julio B. J., «Entre la inquisición y la composición», en *Noy hay Derecho*, año 2, núm. 6, Buenos Aires, 1992, pág. 28;

blar de una cierta «privatización» del Derecho penal²⁵.

Un sistema de *selección* de casos resulta, así, necesario, desde el punto de vista práctico, y recomendable, desde el punto de vista político-criminal. Para elaborarlo es útil tener presente, a más del criterio de igualdad ante la ley, dos argumentos incontestables: en primer lugar, que la necesidad político-jurídica del juicio público se refiere al uso de la coacción penal estatal, a la aplicación de una pena (condena), y, prácticamente, a la pena privativa de libertad, máxima expresión del sistema (excluimos, adrede, la pena de muerte), no así, por lo contrario, a la absolución o a las alternativas que significan prescindir de ese remedio para la solución de conflictos sociales, en principio de índole penal, para acudir a otras soluciones (*diversión*); en segundo lugar, el aforismo *minima non curat praetor*, que puede incluir soluciones abreviadas para el Derecho penal de bagatela²⁶. Ello se compadece, por lo demás, con el carácter *subsidiario* del Derecho penal: pena estatal = *última ratio* de la política social.

Sin ánimo de agotar el problema, ni la discusión sobre él, el panorama político-criminal universal propone, hasta ahora, sobre todo en el ámbito cultural próximo a nosotros, soluciones basadas:

- a) en el *abandono del principio de legalidad de la persecución penal (obligatoriedad)* —parcial para aquellos órdenes jurídicos que contenían a este deber como regla de principio²⁷ al establecer ciertos *criterios de oportunidad*, fundados utilitariamente²⁸;
- b) en la *suspensión de la persecución penal a*

los artículos publicados en el libro *De Los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

²⁵ Así, Eser, Albin: «Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal (Tendencias actuales e internacionales)», traducción de Guagliola, Fabricio y Córdoba, Fernando J., en *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pág. 51.

²⁶ *Ibidem*, V. Armenta Deu, Teresa, ob. cit., nota 27.

²⁷ Sobre el principio de legalidad de la persecución penal: González, Daniel, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal constarricense*, Col. de Abogados, San José, 1986; en su contraste con el principio opuesto (oportunidad), Armenta Deu, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Ed. PPU, Barcelona, 1991; exposiciones generales: Vélez Maricónde, Alfredo, *DPP*, cit., t. II, págs 180 y ss.; Maier, Julio, B. J., *DPPa* cit., t. 1b, págs. 548 y ss.

²⁸ Ejemplos en el *CPP modelo Iberoamérica*, art. 230, nota.

²⁹ Ejemplo del contexto regulatorio penal y procesal penal: *CPP modelo Iberoamérica*, art. 231 y nota. También el nuevo *CPP Portugal*, artículos 281 y siguientes.

³⁰ Ver *CPP modelo Iberoamérica*, arts. 371 y ss., «Procedimiento abreviado»; *CPP Italia* (1989), art. 448 y ss., 444 y ss., 459 y ss.; *CPP Portugal*, arts. 392 y ss. El nuevo *CPP Italia*, arts. 444 y ss., permite, inclusive, a semejanza del *plea guilty* (declaración de culpabilidad que evita el juicio y el veredicto de los jurados), de origen norteamericano, el llamado *pateggiamento sulla pena*, acuerdo entre acusador y acusado que permite, directamente, con la aquiescencia del tribunal, determinar la pena sin juicio (v. art. 448).

³¹ No es cierto que el movimiento a favor de la víctima constituya, necesariamente —menos aún en las postulaciones concretas que ha producido—, una reacción contra una década de política criminal dirigida unilateralmente hacia el autor (opinión de Hirsch, Hans-Joachim, «Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pág. 699 y ss. [trad. castellana de Maier, Julio B. J. y Pastor, Daniel: «Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal, en «*De los delitos y de las vícti-*

prueba, mecanismo consistente, fundamentalmente, en conceder al autor la tabla de salvación de un tiempo de prueba, fijado por la ley o judicialmente, para que cumpla ciertas instrucciones, determinadas también judicialmente (básicamente; no cometer un nuevo delito, esforzarse por perfeccionar acuerdos reparatorios con la víctima, dentro de sus posibilidades, seguir algún tratamiento terapéutico o abstenerse de ciertas conductas [ingerir bebidas alcohólicas o consumir drogas]), plazo —inicial o prorrogado— después del cual el cumplimiento satisfactorio de las instrucciones conduce a prescindir de su persecución penal definitivamente (extinción de la acción penal), en tanto la realidad contraria supone su reanudación²⁹; y

- c) en la aceptación de ciertos acuerdos entre acusador y acusado, al menos para delitos leves o de mediana gravedad, inclusive con participación de la víctima, que permitan abreviar el procedimiento para prescindir del debate público, centro del procedimiento principal³⁰.

Esos criterios de selección son vinculados por el Derecho penal y procesal penal —cuando coordinan sus mecanismos—, en numerosas ocasiones, a la utilización del sistema penal a favor de la víctima, inclusive dentro de un marco político-criminal dirigido al autor³¹, para arribar a soluciones que permitan prescindir de la solución penal del conflicto, total o parcialmente³². En este sentido, el planteo coincide

mas, cit., págs. 94 y ss.]). Para constatar la réplica a esta afirmación, Maier, Julio, B. J., «La víctima y el sistema penal», en *De los delitos y de las víctimas*, cit., págs. 205 y ss., con cita de los autores que, en el ámbito jurídico propio del autor antes citado, presentan otra opinión.

³² Los códigos penales, inclusive los decimonónicos, conceden ya a la autonomía de la voluntad del ofendido o del autor sentido desincriminador. No me refiero, precisamente, sólo a los delitos de acción o de instancia privada, en los cuales la voluntad del ofendido juega un papel preponderante, ya para evitar la persecución penal, ya para prescindir de la pena, inclusive en delitos graves como la violación y demás ataques a la libertad sexual o a la honestidad de la víctima, sino, antes bien, al juego de la voluntad en los delitos de acción pública: no es raro que la *oblación voluntaria de la multa máxima* inhiba la persecución penal; tampoco es raro que el *casamiento con la ofendida* —acto para el cual es imprescindible el consenso— inhiba, como excusa absoluta *ex post facto*, la persecución penal y la pena en delitos graves, como las ofensas a la libertad sexual; la *retractación*, como reparación de la ofensa en los delitos contra el honor, cumple el mismo papel.

Los códigos penales modernos suelen comprender mayores concesiones a la voluntad privada en el sentido expresado. Como ejemplo basta el *CP austriaco*, § 167, que extiende el valor del desistimiento del autor, expresado en un compromiso reparatorio formal con la víctima (arrepentimiento activo), a una época posterior a la consumación del delito (ya el desistimiento no sólo es posible, como se le concebía tradicionalmente, durante la tentativa, acabada o inacabada, sino que incluye el hecho consumado). Regularmente esos Códigos, o las leyes procesales penales encargadas de su realización práctica, han abandonado parcialmente el principio de legalidad estricto (obligatoriedad de la persecución penal estatal), mediante el ingreso de muchos y variados criterios de oportunidad (ver *OPP Rep. Federal de Alemania*), §§ 153 y ss.). La reparación integral, natural o simbólica, sirve también, en el marco de la finalidad preventivo especial de la pena (acto principal de arrepentimiento activo del autor) y de su determinación concreta, para prescindir de ella o para disminuir la considerablemente (Cf. Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner*

e intenta realizar, con otros mecanismos menos abstractos que los tradicionales, el carácter *subsidiario* que se atribuye al Derecho penal como protector de bienes jurídicos, utilizar la pena estatal, verdaderamente, como *ultima ratio* de la política social, conforme al principio de proporcionalidad, insito en todo Estado de derecho³³.

III. Aceptado que el núcleo del enjuiciamiento penal, y su coronación, sea el juicio público, esto es, el proceder básico que legitima formalmente el uso de la pena estatal (institución mencionada en el sentido cultural y jurídico propio, como consecuencia jurídica de extrema violencia para infracciones o prohibiciones o mandatos de importancia mayúscula para el orden jurídico establecido), el principal escollo para arribar a él de manera eficiente consiste en la llamada *instrucción preparatoria o preliminar*. Se trata, como se sabe, de la consecuencia necesaria del sistema de persecución penal pública, en tanto los órganos de persecución penal estatales, imparciales frente al caso por definición, precisan conocer el acontecimiento hipotéticamente delictivo, para efectuar la decisión acerca de la promoción del juicio o, cuando ello no es posible, en el sentido contrario, acerca de la clausura de la persecución penal; por lo demás, como este período del procedimiento inaugura el procedimiento penal, el delincuente presunto se enfrenta allí, por vez primera, con el aparato estatal de persecución, razón por la cual resulta de importancia extrema definir aquí, jurídicamente, sus facultades y las del órgano estatal investigador, en especial, para este último, qué acciones no le están permitidas o, al menos, están sujetas, para su realización legítima, a autorizaciones especiales, todo en homenaje a los resguardos y garantías que, para la dignidad del imputado, implica el Estado de derecho, puestos básicamente en peligro en este período del procedimiento³⁴.

Según se observa, la *eficiencia*, como en todo el procedimiento penal, se valora a través de dos sistemas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí: por una parte, eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad³⁵.

Precisamente, los problemas principales relativos a la exigencia, para el procedimiento penal, de constituir un método eficiente para la solución de los casos atribuidos a ese ámbito de relaciones, en am-

bos de los sentidos señalados —éxito de la persecución penal y respeto por la dignidad de la persona, en especial, por el imputado— residen en este período inicial del procedimiento: en la instrucción preparatoria. Ella es, prácticamente, la responsable principal del colapso del sistema. En efecto, la necesidad de averiguar la verdad oficialmente, antes de demandar el juicio, propia del sistema penal tal como fue pensado según el compromiso decimonónico (Código de instrucción criminal francés de 1808), lo torna excesivamente lento e incapaz, en la mayoría de los casos, para alcanzar los fines para los cuales fue propuesto: la principal selección desincriminatoria se lleva a cabo en este período del procedimiento, fácticamente, sin criterio político-jurídico alguno que la presida, y también, durante este período, se configura a las mayores violaciones, impunes por lo general, al sistema de garantías y seguridades ciudadanas.

No es causal que así suceda. El intento de mantener un sistema procesal cuyo fundamento de eficiencia residía, casi exclusivamente, en las obligaciones del imputado y de todo súbdito de informar la verdad sobre el suceso, con utilización de la coacción directa para lograr la efectiva realización de ese deber (tormento), procedimiento durante el cual las personas eran meros objetos de persecución, debió tornarlo ineficaz, sobre todo para aquellos que saben utilizarlo, cuando la cultura humana rechazó y después prohibió este tipo de coacción, la tortura de los ciudadanos y el ingreso irrestricto en su vida privada, cuando declamó como punto de partida la inocencia del imputado y cuando le concedió facultades suficientes para defenderse, erigiéndolo en un sujeto de derechos en el procedimiento. Pero, además, la reacción contraria no se hizo esperar: el sistema mismo generó un desconocimiento hipócrita de las reglas de garantía, para lograr alguna eficiencia legitimante, por supuesto, en la franja de quienes eran más débiles, de aquellos que no sabían o no podían utilizarlo bien, en su beneficio.

El *juez de instrucción*, sinónimo personalizado de este período procesal, resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende juegue a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el Derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del im-

Teil, Ed. Beck, München, 1992, § 3. III, pág. 47). V., también, el nuevo CPP Portugal, arts. 280 y ss., en especial, art. 281.

³³ Cf., por todos, Roxin, Claus, *Strafrecht AT* cit., § 2, XI, págs. 17 ss.; conviene la lectura de todo el parágrafo, págs. 7 y ss., y, también, del § 1, II, págs. 2 y ss.

³⁴ Cf., para una mejor definición de estos problemas, Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho procesal penal*, cit., t. I, 2.ª parte, Cap. IX, págs. 369 y ss.; y Maier, Julio B. J., *La investigación penal preparatoria del ministerio público*, § 2, págs. 13 y ss.

³⁵ Es en este último sentido que se pregona que el proceso penal es el termómetro o el barómetro de los elementos autoritarios o democráticos que contiene la Constitución del Estado (cf.

Goldschmidt, James: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1961, t. II, § 4, núm. 30, pág. 109; Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht* cit., § 2, A, pág. 8), al tiempo que se indica como una de sus funciones la de *reformular* el Derecho constitucional referido a la utilización del poder penal, suponiendo correctamente, aunque con desconocimiento de la realidad iberoamericana, que cumple, efectivamente, esa tarea.

Sobre la *verdad como finalidad del procedimiento penal*, ideal múltiplemente condicionado y redefinido por el Derecho penal y procesal penal, Maier, Julio B. J., *DPPa* cit., § 8, D, págs. 562 y ss.

putado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio. Se ha esquematizado esta situación mediante la afirmación de que, institucionalmente, no es posible edificar un sistema garantista erigiendo a una autoridad, que ejerce el poder público, en control de sí mismo. El ejemplo surge espontáneamente; el juez de instrucción establece la necesidad del allanamiento de un domicilio o de la interceptación y apertura de la correspondencia, para averiguar algo que estima importante, y, al mismo tiempo, juzga sobre la posibilidad de aplicar ese método, disciplinada por reglas jurídicas, ya desde la ley fundamental del Estado, esto es, él mismo es quien permite ese procedimiento compulsivo, sometido, precisamente, a una autorización judicial fundada y reglada, como método de control sobre el ejercicio del poder público y en resguardo de la seguridad de los ciudadanos (relativa, en el caso, al derecho de privacidad del domicilio). No sucede otra cosa con el encarcelamiento preventivo: una misma persona lo considera necesario y lo autoriza, lo pide y lo decide.

Además, la institución de ambos, del procedimiento y de su operador, oculta intenciones aviesas, desde su origen. Ya en el código francés, decantador de la reforma, las autorizaciones para incorporar actos de la instrucción formal, en reemplazo de los actos del debate y como excepción a la regla general que obligaba a fundar la sentencia, únicamente, en los conocimientos válidamente adquiridos durante el debate público, son, como reglas de excepción de un sistema, demasiadas y configuran permisos francamente abiertos que franquean la puerta para desnaturalizar el juicio penal³⁶. El hecho de llamar juez al órgano de la persecución penal que preside esos actos, registrados para la posteridad del procedi-

miento, contribuye a ese propósito corruptor del juicio penal, al brindarles a ellos el prestigio y la intangibilidad que supone la función judicial³⁷.

He allí el porqué de la propuesta moderna, ya extendida universalmente³⁸, que consiste en separar claramente las funciones, concediendo competencia para ellas a órganos distintos: la tarea de llevar al acusado ante la administración de justicia, para ser juzgado, de preparar la acusación, en fin, de perseguir penalmente, le corresponde al ministerio público; la de controlar el buen uso del poder público, custodiar las garantías ciudadanas y evitar la arbitrariedad en el manejo de la fuerza pública, a los jueces. Por ello, la investigación preliminar se confía al ministerio público, bajo el control de los jueces para aquellos actos que signifiquen injerencia en los derechos de las personas o provoquen la necesidad de defensa³⁹. Se trata, sin duda, de un paso más en la transformación posible del procedimiento inquisitivo, de un paso más, si bien formal, hacia el método acusatorio.

IV. Estos son los problemas más acuciantes del procedimiento penal, conforme al estado general de la legislación latinoamericana. En adelante sólo mencionaremos aquellos temas que, sin ser de menor importancia y también necesitados de una reforma, carecen de una importancia global en la estructura del procedimiento o son, históricamente, de promoción más reciente.

a) La conexión entre la investigación preliminar y el juicio público, en el procedimiento común (delitos de persecución penal pública), no es sencilla. En casi todos los casos resulta imprescindible que el requerimiento final de quien persigue penalmente, conclusión de la instrucción preparatoria (tarea crítica de sus actos, que expone el resultado de la investigación practicada), tenga contenido incriminador (acusación o requerimiento de apertura del juicio) o desincriminador (clausura de la persecución penal, entre nosotros, sobreseimiento, en sus múltiples formas), sea sometido al control judicial. Un *procedimiento intermedio*, llamado así, precisamente, por su función conectiva entre la instrucción y el juicio público⁴⁰, procura, por una parte, servir de tamiz para evitar juicios inútiles, por la escasa seriedad de

³⁶ Para darse cuenta de ello basta comparar los arts. 391 y 392 del CPP Nación (Argentina), en vigor desde hace un mes, que prevé el juicio público y una instrucción a cargo de un juez, con el art. 300 del Proyecto federal argentino de 1986, que no obtuvo sanción legislativa, también devoto del juicio público, pero instaurador de un método de investigación distinto (procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, desformalizado y bajo el control de los jueces, cuando algún acto requería autorización o se pretendía que tuviera valor para el debate y la sentencia).

³⁷ De allí a la tergiversación total del juicio público, según sucede en algunos países o regiones iberoamericanas, transformándolo, de ordinario, en una lectura de actas escritas durante el procedimiento preliminar, inclusive ante un jurado (¿?, por ejemplo, El Salvador), hay sólo un paso, aspecto que le ha valido a este tipo de enjuiciamiento la crítica justa, inclusive de quienes lo defienden: cf. Niño, Luis: *Perfil y rol del juez de debate, ponencia presentada al «Encuentro nacional sobre juicio oral»*, Ministerio de Justicia de la Nación, Argentina, Buenos Aires, 1992; Fernández Entralgo, J.: «El gran miedo», en *Jueces para la Democracia*, cit., dic. 1988, pág. 7.

³⁸ Cf. CPP Italia (1989), arts. 326 y ss.; CPP Portugal (1988), arts. 262 y ss.; la OPP de la Rep. Fed. de Alemania, ya había abandonado la instrucción presidida por un juez de instrucción,

completamente desde 1974 (1. StVRG: Primera ley para la reforma del Derecho procesal penal de 9-12-1974); en el sistema anglosajón nunca existió esa vía.

³⁹ Así regulado en el CPP modelo para Iberoamérica, arts. 250 y ss. Hoy el CPP Guatemala, de reciente sanción, ha adoptado el método. Parcialmente, también, el CPP Costa Rica; en este país se estudia una adaptación de su Código al CPP modelo Iberoamérica. En Argentina: los códigos de las provincias de Córdoba y Tucumán, también de reciente sanción, siguen el modelo para Iberoamérica; parcialmente, también, el CPP Mendoza, provincia que estudia una reforma similar a la de Córdoba y Tucumán. El Proyecto para Ecuador sigue, en este tema, el modelo iberoamericano y, aunque no tengo su texto, ha llegado a mi conocimiento que el CPP Perú seguiría el mismo rumbo. El Salvador ha creado una comisión que estudia la transformación de su sistema de administración de justicia penal y, en su seno, discute aún quién será el órgano encargado de la instrucción preliminar: parece existir un consenso mayoritario a favor de la solución del modelo iberoamericano. Brasil sólo procede, desde antaño, por la vía de la investigación fiscal preparatoria; no conoce el método de la instrucción formal, ni el oficio de juez de instrucción.

⁴⁰ En otros códigos: *audiencia preliminar* (cf. CPP Italia, arts. 405 y ss., 416 y ss.).

la acusación o sus desequilibrios formales, y representa, por la otra, el control jurisdiccional sobre los actos del ministerio público que pretenden clausurar la persecución penal contra una persona, conforme al principio de *legalidad*, que ordinariamente rige entre nosotros como regla⁴¹.

La forma de disciplinar jurídicamente este procedimiento intermedio es muy variada en la legislación comparada; inclusive, esa disciplina puede ser muy compleja, como sucede, por ejemplo, en el CPP modelo Iberoamérica, artículos 267 y siguientes. Esa regulación depende, fundamentalmente, de la cantidad de problemas del procedimiento que pretenden hallar su solución en este momento; en ocasiones, varios de los problemas relativos al ingreso del consenso de los intervinientes en el procedimiento, estudiados en el punto II de este párrafo (por ej.: simplificación del rito, sentencia sin debate público, acuerdo sobre la pena, suspensión del procedimiento a prueba), son resueltos en esta etapa. Su regulación engendra, también, cuestiones complicadas en la organización judicial, no sólo por el número de jueces que integran el tribunal y su carácter (profesionales o populares⁴²), sino, antes bien, por el problema que representa evitar que los jueces del eventual juicio público hayan tenido contacto con la causa antes de él, garantía fundamental del Estado de Derecho⁴³.

Sin ánimo de agotar la discusión, propongo ahora unir este período con aquél relativo a la *preparación del debate*, llamado regularmente, en las propuestas latinoamericanas, «*actos preliminares del juicio*», dejado en manos del tribunal que llevará a cabo el debate. Se lograría, con ello, tratar y decidir en conjunto una serie de problemas procesales conexos, a saber:

1. la decisión acerca de si habrá o no un debate público, dependiente no sólo del control del requerimiento de apertura del juicio (acusación) o de clausura de la persecución penal (archivo o sobreseimiento), sino, también, de aquellos modos de proceder que permiten evitar el debate público;
2. En caso de que se decida realizar un debate público, resulta imprescindible resolver quiénes serán sus protagonistas (tribunal competente, integración, acusadores, imputados y sus defensores, partes civiles), decisión que provoca múltiples procedimientos de saneamiento (recusación de los jueces o funcionarios del ministerio público, oposición a la intervención de alguna de las partes privadas, excepciones);
3. decidir acerca de los medios de prueba con-

cretos que se utilizará en el debate público, sobre las demás personas que se citará al debate (testigos, peritos) y las cosas que deben ser traídas a él para ser mostradas (documentos, etc.);

4. por último, decidir acerca del lugar en el cual se llevará a cabo el debate y sobre la fecha precisa en la que comenzará.

b) El debate público, su organización y formas de proceder, es, por sí mismo, un problema. Basta observar o estudiar la manera distinta según la cual se desarrolla un debate en el ámbito anglosajón y en el continente europeo para darse cuenta de la multiplicidad de problemas a solucionar que él encierra.

Nosotros hemos propuesto un debate que, partiendo de la tradición continental, agrega, sin embargo, muchos elementos del anglosajón. Este último se parece mucho más que aquél a un *juicio de partes* frente a árbitros imparciales, los jueces que integran el tribunal. En especial, nos parece que resulta necesario reducir sustancialmente el protagonismo y las facultades de los jueces del tribunal de fallo durante el debate, para confiar en que el caso sea presentado y expuesto por quienes representan los intereses en conflicto. Sólo de esta manera existe verdadera *contradicción*, cuando existen, también, verdaderos contradictores, y cuando el tribunal asume su imparcialidad, evitando tomar partido o auxiliar a una de las partes. Ello implica, además, que los jueces que integran el tribunal del debate y la sentencia no deben conocer el caso antes de ingresar a la audiencia, por lo contrario, sólo deben conocerlo durante la audiencia del debate, y, especialmente, no deben tener a su vista, cuando existen, las actas de la instrucción preparatoria.

Algunos principios, como el *iura curia novit* y las posibilidades de *investigación judicial autónoma* deben ser sometidos a estudio y revisión; de allí deriva, asimismo, la reforma de la manera de obtener la información, de interrogar al acusado, a los testigos y a los peritos que informan en el debate, que debe ser sustraída, básicamente, de la tarea de los jueces, para pasar a manos de los contendores. Todo ello, a pesar de que no transformaría radicalmente el sistema, que seguiría devoto al acusatorio formal (formalización relativamente acusatoria de una persecución penal inquisitiva), le daría mayor apariencia y contenido de juicio acusatorio, aspecto que resulta de gran importancia para ciertos principios garantistas.

c) La participación de la *víctima* en los procedimientos por delitos de acción pública constituye un problema general del procedimiento común⁴⁴. Pero

mulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional», en *Jueces para la Democracia*, Ed. Unigraf, Madrid, octubre, 1987, págs. 19 y ss.; y las sentencias *De Cumber* (1984), *Delcourt* (1970) y *Piersack* (1982), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que contienen pronunciamientos en el mismo sentido, para casos similares, detectando la quiebra de uno de los derechos humanos de la Convención Europea, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 6, párr. 1), y procediendo en consecuencia.

⁴⁴ Cf. Meier, Julio B. J. «La víctima y el sistema penal», en *De los delitos y de las víctimas*, cit., núm. 3, págs. 214 y ss., con

⁴¹ Ver nota al pie num. 27.

⁴² Es clásico, para el Derecho anglosajón, la institución, para este período, del Gran Jurado

⁴³ Acerca del punto pronunció sentencia el Tribunal Constitucional de España, en dos casos, presentados por los mismos jueces que debían tramitarlos, que fueron acumulados, declarando, en definitiva, la inconstitucionalidad y nulidad de la ley orgánica 10/1980, en su parte pertinente (art. 2, párr. 2º, referido al procedimiento de urgencia), que permitía que un mismo juez realizara diligencias instructorias y presidiera el debate: cf. sobre ello el artículo de Fernández Entralgo, Jesús (uno de los jueces que planteó la cuestión): «La posible inconstitucionalidad de la acu-

su ingreso al juicio público, en especial, plantea problemas políticos cuya solución no sólo no es sencilla, sino que, antes bien, está vinculada a la concepción misma del Derecho penal e, inclusive, al papel protector del imputado frente a la persecución penal que cumple el Derecho procesal penal. Se trata, aquí también, de un problema conjunto del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

Mientras se mantenga el actual estado de cosas y el Derecho penal constituya, fundamentalmente, un medio de control social directo y vigoroso por parte del Estado, nos ha parecido mejor conceder a la víctima un papel en el procedimiento común, vinculado más a la colaboración con el ministerio público (*acusador adhesivo*), que a erigir otro acusador autónomo frente al imputado (*acusador conjunto*). Ello repercute, básicamente, en su propio poder de conducir a un acusado al juicio público y en el régimen de los recursos contra la sentencia.

Resta definir, sin embargo, problemas arduos relativos a la víctima en el procedimiento penal. En primer lugar, el ingreso de la cuestión civil emergente del delito al procedimiento penal, la forma de su ingreso y las modificaciones necesarias del rito, cuando ingresa la cuestión civil, que, necesariamente, lo tornan complejo y repercuten sobre la organización judicial si, como corresponde, se desea brindar auxilio a la víctima necesitada y evitar, en lo posible, la falta de acceso al procedimiento judicial que el mismo delito y la situación socio-económica plantea a las víctimas.

Ni la intervención, ni la protección a la víctima, terminan con su papel activo en el procedimiento. Por lo contrario, aunque la víctima o sus sustitutos decidan no inmiscuirse en él, el conocimiento del hecho punible depende en tal medida de ellos que, salvo casos excepcionales, no lograrán evitar intervenir en él. Es por ello que, aun en este caso, deben preverse derechos de información de la víctima sobre la marcha del proceso, especialmente en los casos de clausura de la persecución penal por cualquier razón, y que la protección alcanza también a la víctima como testigo del hecho, caso en el cual, se sostiene, debe permitirse su asesoramiento jurídico. Casi todos los procedimientos tendentes a reemplazar la solución penal del conflicto deberían contar con la intervención de la víctima, suficientemente informada al respecto.

El procedimiento por delito de acción privada representa el máximo poder de la víctima en el sistema penal, pues de su voluntad depende no sólo la actuación del Derecho penal, sino también, regularmente, la ejecución de la pena.

d) El problema de las *prohibiciones probatorias* —o de las prohibiciones de valoración probatorias—,

con ser un problema singular, atinente a todo el procedimiento, tiene una repercusión especial durante la preparación del debate (admisión de la prueba), durante el debate y en la fundamentación de la sentencia. Regular convenientemente la cláusula de exclusión, tarea difícil por sus extensiones, resulta, sin embargo, absolutamente necesario hoy en día. Se trata, como se sabe, de la afirmación de principios de garantía relativos a derechos humanos, cuyo desarrollo torna imprescindible nuevas formulaciones⁴⁵.

e) La *determinación judicial de la pena* es hoy un problema que comparten el Derecho penal y el procesal penal, con íntimos contactos con la propia ejecución penal. El Derecho penal, de gran desarrollo en relación a la teoría analítica del delito, no ha dedicado esfuerzos similares o, cuando menos, en relación a aquéllos, para analizar parámetros y limitaciones que racionalicen la medición de la pena concreta a aplicar y conduzcan a decisiones predecibles sobre el punto, a pesar de la importancia capital del tema, en función de que la pena a aplicar es, en definitiva, el centro explicativo y la razón de ser del sistema penal. Para el Derecho procesal penal el tema es casi inexistente, entre nosotros, como objeto de meditación. En este capítulo del juicio y la decisión dejan de regir las exigencias ciertamente complicadas del enjuiciamiento penal para considerarlo justo o adecuado al Estado de Derecho: defensa, inocencia, fundamentación de la decisión y sus múltiples derivaciones en reglas de principio, carecen de aplicación para el juicio sobre la pena, sin explicación alguna que intente legitimar esa forma de proceder.

Más la doctrina que la legislación y la práctica judicial postula hoy una división del juicio público o debate penal en dos y hasta en tres partes⁴⁶, con el objeto de racionalizar el juicio sobre la pena. Se discute acerca del momento de la cesura, del contenido de cada período, pregunta relacionada íntimamente con la anterior, de la mayor o menor separación temporal entre ambos debates, pregunta vinculada a la mayor o menor formalidad de la separación y al momento de realización de la investigación preparatoria necesaria para el debate sobre la pena, por fin, acerca de la influencia de la cesura en el sistema de los recursos.

Existen antecedentes legislativos y prácticos sobre el tema, sobre todo en el ámbito de la legislación penal para menores y, por supuesto, en aquellos órdenes jurídicos que adoptan el juicio por jurados. Tanto el Proyecto federal argentino de 1986 (art. 287), como el CPP modelo Iberoamérica (art. 287), y el Proyecto guatemalteco (art. 308) introducen tímidamente la cuestión⁴⁷.

los diferentes problemas relativos a la intervención de la víctima en el procedimiento común y su definición

En el Proyecto para Guatemala, sancionado recientemente como CPP de esa República, estos problemas tenían mayor definición que en el *CPP modelo Iberoamérica*.

⁴⁵ Cf. Soler, Sebastián, que adelanta esa idea en «La formulación actual del principio "nullum crimen", en *Fe en el Derecho*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1956, págs. 277 y ss.

⁴⁶ Cf. Bustos Ramírez, Juan: «Medición de la pena y proceso penal», en *Hacia una nueva justicia penal*, Symposium sobre la

transformación de la administración de justicia penal, *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 1989, t. 1, págs. 319 y ss.; Maier, Julio B. J.: «La cesura del juicio penal», en *Doctrina penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 235 y ss. y bibliografía allí citada.

⁴⁷ Acerca de los antecedentes y de propuestas concretas tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el procedimiento penal versó el seminario de este año del Departamento de Derecho penal y criminología que yo dirigí. Dos trabajos, aun inéditos, que esperamos poder publicar, no sólo proporcionan información sobre el tema, sino que, además, proponen soluciones

f) El sistema de recursos merece especial atención. Una simplificación de los recursos durante la investigación preliminar es deseable, en homenaje a la celeridad y eficiencia del procedimiento. Pero tal simplificación sólo puede ser instrumentada por la transformación del procedimiento penal íntegramente. En ese sentido, ella va de la mano con una desformalización de la instrucción preparatoria, con la estricta observancia de la regla que impide utilizar sus actos en el debate público, como fundamento de la sentencia, y con la estructuración de un procedimiento intermedio o audiencia preliminar al debate donde se discuta ampliamente las múltiples cuestiones incidentales que hoy son patrimonio de la instrucción.

La máxima que obliga a que el fundamento de la sentencia emerja solamente de los actos válidamente incorporados al debate público y a que los jueces que lo presenciaron sean los únicos habilitados para dictarla, reduce las posibilidades de recurrirla a un examen del procedimiento seguido, en el sentido de haberse observado las reglas del *juicio justo* (*fair trial*) para lograr la decisión del caso (*casación formal*), y a un reexamen de la solución material del caso, conforme a reglas jurídicas (*casación material*)⁴⁸. Sin embargo, precisamente la regla de garantía que contienen las convenciones sobre derechos humanos sobre la recurribilidad de la sentencia, obliga a prescindir de las innumerables trabas formales tradicionales en este recurso y a ampliar su comprensión convenientemente, para permitir verificar ante el tribunal de casación la irregularidad del procedimiento seguido o de las conclusiones y fundamentación de la sentencia, aunque la formulación del hecho punible esté vedada al tribunal de casación.

La simplificación del sistema de recursos se vincula, por lo demás, con una *horizontalización* de la organización judicial, hasta ahora verticalizada, necesaria en un Estado democrático y, a su vez, factor de la independencia e imparcialidad del juez en relación al caso que debe decidir, y con la preferencia de controles externos para la administración de justicia, en lugar de los controles internos, propios del absolutismo.

g) Iberoamérica está constituida por Estados en los cuales, en mayor o menor proporción, conviven aún hoy individuos que proceden de diferentes culturas, una autóctona, anterior a la colonización europea, y otra migratoria, producto de la colonización y de la inmigración posterior. En varios de esos países el problema no es marginal, en el sentido de cuestionarse cómo tratar a una minoría étnica y cultural, sino principal, en el sentido de que una gran proporción de la población, que inclusive supera a la minoría poderosa y gobernante, de origen europeo, está constituida por indígenas, cuya manera de

solucionar los conflictos sociales o bien no se compeadece con nuestro sistema penal, originado en la cultura continental europea, o bien se trata de individuos extraños a él, pues no lo gobiernan ni comprenden en un mínimo indispensable, al punto de que ni siquiera entienden el procedimiento concreto, que trascurre en un idioma que les es extraño, o bien ellos no comprenden el caso como conflictivo. No son raros, tampoco, los casos de un *bis in idem*: indígenas juzgados por el método oficial y por el propio de su comunidad, sobre todo cuando el caso queda encerrado en la propia comunidad aborigen. La civilización europea que colonizó y migró a estas latitudes domina e impone sus métodos, aun en los casos de países en los cuales esa población es, claramente, una minoría. La marginación del indígena es una triste realidad nuestra, con la que convivimos sin atinar a darle una solución distinta, acorde con la dignidad de esos pueblos y con la dignidad que sus individuos poseen por el solo hecho de ser seres humanos. Tal realidad no ha provocado tan siquiera nuestra imaginación académica, acorde con nuestra cultura de confrontación entre dos mundos distintos, respetables ambos y necesitados de la tolerancia para la convivencia común. La conquista ha sido nuestra única solución en quinientos años.

Para quien quiera esbozar una solución al sistema penal de Iberoamérica, que no sea concebida como el puro ejercicio del poder, ni pretenda sólo legitimar la violencia por intermedio de reglas jurídicas, resulta indispensable encarar esta cuestión. Y para encararla es preciso conocerla. Se debería fomentar el estudio histórico y actual profundo de los métodos de solución de conflictos sociales por parte de las comunidades indígenas, para, a partir de ese conocimiento, intentar la solución de compromiso que permita la convivencia tolerante de ambas culturas en el seno de un mismo Estado. Ello aparece como bastante difícil, pues la misma noción política de Estado, en su significado cultural propio, es importada por la conquista y conservada por el dominio de la civilización europea, pero es el único camino a intentar para considerarnos hijos de un mismo país, ciudadanos de un mismo Estado democrático, que respeta a las personas por el hecho de ser tales y tiende a concederle los mismos derechos efectivos a todo habitante del país, sin distinción de raza, credo o color de piel.

B. La organización judicial

Según hemos observado, las reformas del procedimiento conducirán, inevitablemente, a una transformación de la organización judicial⁴⁹. Empero, tanto por necesidades relativas a la eficiencia del procedimiento, como por aquellas sólo relativas a la de-

concretas para él: Magariños, Mario: *Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena*; Bertoni, Eduardo Andrés: *La cesura del juicio penal*.

⁴⁸ La compatibilidad del recurso de casación con la regla de las convenciones de derechos humanos (Conv. americana, art. 8, núm. 2 h) que prevé la obligatoriedad de un recurso contra la sentencia condenatoria en Maier, Julio B. J., *DPPa* cit., § 7, D, págs. 510 y ss.

⁴⁹ Hasta qué punto ello es así puede mostrarlo, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (v. nota 43): al sentar la regla de principio acerca de que la confusión entre el juez que lleva a cabo o autoriza medidas de investigación o preliminares y aquél que interviene durante el juicio es intolerable, provocó toda una reforma del procedimiento de urgencia y, también, de la organización judicial española que se vincula con este tipo de procedimiento abreviado.

mocratización de la organización judicial, resulta imprescindible pensar en la transformación de esa organización, para apartarla del sistema tradicional utilizado entre nosotros.

I. Singular importancia tiene la discusión acerca de la incorporación de jueces accidentales o no profesionales al tribunal de juicio. La *participación ciudadana* en las decisiones judiciales, bien en el tradicional modo del *juicio por jurados*, bien mediante la incorporación de *escabinos* que operan junto a los jueces profesionales, es, desde antaño, un símbolo de democratización e independencia judiciales, que el iluminismo renovó, oportunamente, al crear el Estado de Derecho⁵⁰. No hay duda acerca de que, quien opta por tribunales con participación ciudadana, y en la medida en la que lo haga, prefiere los *controles externos* a la administración de justicia, para garantizar un juicio y una decisión más justos, a los *controles internos*, burocráticos, propios del Estado autocrático, como forma política, y de la inquisición, como sistema punitivo.

II. Tal participación popular, con ser necesaria para desburocratizar el sistema judicial, pues evita que el poder penal del Estado sea operado tan sólo por funcionarios estatales⁵¹, no es suficiente para lograr ese propósito.

Imperan en América Latina formas tradicionales de gobernar el Poder Judicial jerárquicamente, negando la independencia judicial, concebida como prescindencia absoluta frente al caso de toda directiva dirigida al juez que administra justicia, que no sea la propia ley. Tal prescindencia no existe, tampoco, cuando ella parte del Poder Judicial mismo, de otros tribunales. Los remedios o controles —mal llamados recursos— que operan automáticamente, *de oficio*, el reexamen del caso por otro tribunal superior al de primer grado (ej.: la consulta), el deber de recurrir puesto en cabeza de los funcionarios del ministerio público, la obligatoriedad de la doctrina de ciertos fallos para los tribunales inferiores y sus jueces, el abuso del efecto suspensivo de los recursos del acusador, para inhibir la ejecución de decisiones favorables para el imputado, hasta tanto no las confirme un tribunal superior, son ejemplos de una injerencia del propio Poder Judicial, que vulnera la independencia e imparcialidad (carencia, en lo posible, de prejuicios previos) del juez de la causa, apotegma que no se agota con la creación de un organismo judicial diferente del ejecutivo y del legislativo.

⁵⁰ Cf. sobre ello, Montequieu, *Del espíritu de las leyes*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1942, Libro VI, Cap. IV y 5, págs. 117 y ss., Libro XI, Cap. IV, pág. 189 y Cap. XVIII, pág. 209; Beccaria: «*Dei delitti y delle pene*», en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milán, 1984, § XIV, págs. 58 y ss.; Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª edición, Ed. Vandenhoeck u. Ruprecht, Göttingen, 1967, §§ 290 a 293, págs. 332 y ss.; Carrara, Francesco. «Programa del curso de Derecho criminal dictado en la real Universidad de Pisa, trad. de la 11.ª edición italiana por Soler, Sebastián, Javier, Ernesto R. y Núñez, Ricardo C., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, t. 2, págs. 139 y ss., y §§916 y ss., págs. 305 y ss.; sobre la institución, su historia y sus posibilidades, Soriano, Ramón: *El nuevo jurado español*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985; Caballero, Ricardo J. -Hendler, Edmundo S.: *Justicia y participación*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

⁵¹ Un profesor inglés, lord Gareth Williams, que visitó hace escasos días Buenos Aires, contestó a las réplicas vernáculas acer-

Transformar la estructura organizativa del Poder Judicial significa, si se realiza en el sentido correcto, sin *desburocratización*. Para lograrlo resulta imprescindible *horizontalizar* esa estructura, de modo de evitar, en la mayor medida posible, el carácter inverso contradictorio de su organización actual, la verticalización jerárquica, propia de los sistemas autocráticos, y terminar con la organización feudal, que identifica unidad administrativa con unidad de pronunciamiento, inmovilizando la integración de los cuerpos judiciales de decisión, incluso por períodos del procedimiento y en desmedro de la racionalización del aprovechamiento integral de los recursos humanos y materiales del Poder Judicial. La tecnificación de la gestión administrativa, supuesta por una estructura tan compleja como la de los tribunales de justicia, que atienden un sinnúmero de casos a la vez, cuando persigue un fin político adecuado y sirve a él, colabora en la tarea de aprovechar al máximo los recursos humanos y materiales de los que dispone.

III. La transformación organizativa del ministerio público, conforme a las tareas que debe asumir en el procedimiento de persecución penal, aun de características algo inversas a aquellas que gobiernan a los órganos judiciales (*unidad y jerarquía*), es, también, imprescindible.

Junto a ella resulta necesaria la creación de un *servicio de defensa oficial o pública*, para cumplir con eficiencia la tarea de asistir al imputado que no provee a su defensa técnica, total o parcialmente. De los tres sistemas posibles de defensa oficial, el honorífico, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente, el organizado sobre la base de funcionarios estatales y el organizado por las asociaciones profesionales de abogados sobre la base del auxilio económico estatal, que implica el deber de asistir técnicamente a quien no puede o no quiere procurarse privadamente esa asistencia, prefiero este último, sobre todo porque, a pesar de no lograr el mismo efecto que el defensor de confianza, elegido y contratado por el imputado, preserva la relación de confianza profesional, base de todo servicio asistencial, y supone una exigencia profesional, debido al pago de los servicios prestados⁵².

De la misma manera es preciso crear un servicio de asistencia para la víctima sin posibilidades de hacer valer su interés en el procedimiento, ya sobre la base del mismo sistema de defensa oficial, o bien

ca del jurado, ininteligibles para él (había leído tres artículos de la Constitución argentina que imponían esta forma de juzgamiento: el juicio por jurados), que él no podía imaginar un Estado autoritario cuyo sistema judicial incluyera a los jurados, y que no conocía, históricamente, una forma de gobierno autocrática en presencia de tribunales integrados por jurados; parecía que, para él, esta institución era no sólo una de las bases, sino, antes bien, el primer fundamento de aquello que los ingleses denominan democracia: el derecho a ser juzgado por un jurado de vecinos y no por funcionarios estatales. Recuerdo que el profesor alemán, doctor Albin Eser, expresó algo similar respecto de la justicia penal, concurso de ciudadanos sin el cual era escasamente concebible la idea de justicia correspondiente a un Estado democrático.

⁵² Cf. Guarguaga, Francisco: «El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal», en *Jurisprudencia Argentina*, Ed. Jur. Arg. S. A., Buenos Aires, 1992, núm. 5.777 (20-5-1992), págs. 4 y ss.

con la colaboración de las asociaciones intermedias existentes en el seno social, cuyo objeto asociativo coincide con este fin.

4. La consolidación del movimiento reformista en el momento actual

I. El siglo XX transcurre prontamente hacia su final y los países latinoamericanos, en general, no logran consolidar sus instituciones de funcionamiento cotidiano conforme a la idea republicana y democrática que preside su orden jurídico fundamental. La idea de una ruptura entre sus declaraciones principistas sobre la forma de su organización social y sobre las relaciones sociales, en especial la de los ciudadanos con el Estado, y las reglas que gobiernan el ejercicio cotidiano del poder público y las relaciones con los ciudadanos y de ellos entre sí, sigue definiendo su realidad institucional. Al menos en el ámbito del sistema penal, esta realidad se presenta como evidente e impide ingresar a un debate moderno sobre el uso del sistema penal, aun desde un punto de partida tradicional o conservador. El hecho de que ideas conservadoras sobre el sistema penal, en otras latitudes de nuestro mismo ámbito cultural, sean tachadas por radicales y hasta por revolucionarias entre nosotros, ordinariamente, confirma esta tesis.

El escollo principal para un avance sustantivo del sistema penal, que, al menos, coloque a estos países en posición de respeto de su orden jurídico fundamental, es político: los estratos sociales que dominan la escena política no confían en una reforma que supere el esquema colonial, al que ellos se aferran como símbolo mágico de su dominio. El problema económico, traído a colación como argumento justificante de la resistencia a la reforma, en todo caso otra consecuencia del atraso cultural, es tan sólo un sofisma argumental, pues nada impide modificar una administración de justicia colapsada por otra que intente emerger de ese estado, con los mismos recursos destinados actualmente al Poder Judicial, mejor aplicados. En todo caso, lo único cierto de ese argumento es la existencia de extensas capas de población afectadas por la pobreza y marginadas de la vida social, clientes habituales del sistema penal, cuyo aparato selector los elige, tanto teórica como prácticamente: se trata de marginar más vigorosamente a los ya marginados.

II. En lo que hace al procedimiento penal, sólo islas han hecho frente al atraso cultural, aunque, se debe señalar, este enfrentamiento, con ser plausible, sólo es parcial, medido al momento actual, pues representa la recepción del Derecho europeo continental vigente en el siglo XIX. Los problemas modernos, expuestos antes parcialmente, son ignorados por el grueso de la legislación latinoamericana.

Dentro de esas islas se cuenta, desde antiguo, la legislación dominicana, que adoptó el código francés origen de la transformación en la Europa continental en el siglo XIX (1808); pero, lamentablemente, la implementación general adolece de defectos capitales que ya provienen de la propia organización administrativa del Estado. Si a ello se le suma que

ya nadie conserva esa legislación, ni siquiera el propio país de origen, que primero la adaptó varias veces, inclusive durante el siglo XIX, y luego la reemplazó en la década de los sesenta, después de la segunda guerra mundial, a más de que la legislación penal francesa no resultó un modelo conveniente para tomar como ejemplo, ya en el siglo XX, el panorama resulta desolador.

El caso de la República Argentina es curioso. País federal, no fue la legislación del Estado federal lo que produjo algún tipo de modificación, rectora del progreso en la materia. Fue, en cambio, la legislación provincial aquella que se ocupó del tema. A partir del famoso Código procesal penal para la provincia de Córdoba, sancionado por el parlamento provincial en 1939, cuya base está representada, principalmente, por los códigos italianos de 1913 y 1930, las demás provincias argentinas fueron produciendo, paulatinamente, sus propias reformas, que representan, genéricamente hablando, el resultado final de la legislación europeo-continental después de la gran reforma producida en el siglo XIX, tal como apareció a comienzos del siglo XX y siempre antes de la segunda conflagración mundial. La legislación federal fue, en cambio, el bastión de la resistencia de la legislación colonial, hasta que, hace apenas un mes, entró en vigencia un Código procesal penal, copia del cordobés originario, con modificaciones parciales que no alcanzan a transformar mínimamente el modelo y, en ocasiones, lo perjudican. Tal legislación se adopta en momentos en los cuales la provincia de origen y la de Tucumán intentan un paso adelante, en todo caso tímido, tomando a su cargo algunos problemas modernos del procedimiento penal.

El Código de Córdoba de 1939 tuvo repercusión en los países hispanoamericanos. Pero sólo Costa Rica decidió adoptarlo (1975), siguiendo el consejo inicial para la confección de un código modelo. Costa Rica tuvo la virtud, derivada de un sincero acercamiento general de sus instituciones a la forma de gobierno republicana, y el talento necesario para instrumentar su vigencia de manera adecuada, en especial, con un esfuerzo de transformación de su organización judicial casi extraño entre nosotros. La nueva ley no sólo produjo resultados prácticos notables, a la época de su vigencia, sino que, además, continúa produciéndolos actualmente, pues sus jueces y juristas, cualquiera que sean las críticas que merezca el proceso de reforma, continúan preocupados por su sistema penal y por la solución de los problemas modernos que él plantea.

III. En la década anterior da comienzo un movimiento inusual referido a los sistemas penales de los países iberoamericanos. Por primera vez se vincula institucionalmente al sistema penal, en especial a la administración de justicia penal, con el ejercicio democrático del poder estatal. Numerosos institutos académicos o semiacadémicos se ocupan ahora del estudio de este problema y de desarrollar planes de política criminal que involucran la reforma del sistema tradicional. El auxilio económico para países en desarrollo incluye al sistema penal como objeto de ese desarrollo, en especial del desarrollo social, base para su desarrollo económico y cultural.

De otra parte, los gobiernos de los países iberoamericanos parecen haber comprendido, en general, la necesidad de adecuar su funcionamiento institucional a los principios que rigen sus constituciones, en más o en menos respetuosas del Estado de Derecho y de la forma democrática de gobierno. En ese sentido, han aceptado y hasta solicitado la ayuda externa para el desarrollo de este ámbito de relaciones y creado sus propias comisiones internas para intentar desarrollar un modelo de reforma del sistema penal o adaptar aquellos que los esfuerzos académicos o gubernamentales ya han desarrollado. No son ajenas a este movimiento las convenciones universales y regionales sobre derechos humanos, en alguna medida ya operativas y aplicadas por instituciones internacionales, y las asociaciones no gubernamentales que tienen por objeto el cuidado de la observancia de estos derechos.

Sin embargo, la situación no es clara, mirando hacia el futuro, y, sobre todo, no se corresponde con el esfuerzo—inclusive el financiero—realizado. Los frutos demoran en madurar y la resistencia política a esos cambios, enquistada en los propios gobiernos de la región y sus organismos encargados de la persecución penal, en el mismo Poder judicial y en las corporaciones de operadores jurídicos, logra paralizar el efecto práctico de los cambios propuestos.

Desde el punto de vista legislativo, el cenit de la reforma es alcanzado, hasta ahora, por el nuevo CPP de Guatemala, sancionado recientemente. No se trata, sin embargo, del mismo proyecto originario, pues sufrió modificaciones⁵³; empero, él era acompañado por modificaciones sustanciales en el Derecho penal material y, después, por un proyecto de nuevo Código Penal y ley de ejecución penal, que, hasta el momento no han sido debatidos parlamentariamente. Indudablemente, en el caso de Guatemala, no se logrará un progreso legislativo palpable en el uso del poder penal del Estado, sin una reforma de sus leyes penales materiales.

Ecuador ha materializado ya un proyecto de nuevo CPP. El Salvador estudia, a través de una Comisión designada al efecto, una reforma total de su sistema penal, con base en la reforma de sus leyes procesales penales. Costa Rica ha creado una comisión que estudia modificaciones parciales a su CPP, relativas a los nuevos problema que enfrenta el enjuiciamiento penal y la organización judicial, partiendo, como ya lo hemos observado, de un nivel superior, en la materia, al de los demás países. Se conoce que Perú modificó sus leyes operativas en materia penal⁵⁴. Colombia, a raíz de la nueva Constitución, modifica su organización judicial, en especial, según conozco, la ubicación institucional y

el funcionamiento del ministerio público, y la manera en que proceden los tribunales de justicia penal, pero no parece que las reformas estén presididas por una idea similar a la del CPP modelo Iberoamérica; acerca de su contenido son precisos estudios más detallados. La Argentina, ínterin, ya casi ha completado, en un ciclo que supera los cincuenta años, la recepción de la antigua legislación de la provincia de Córdoba, que sirvió de punto de partida para el CPP modelo Iberoamérica, con la sanción y vigencia de su nuevo CPP para la Nación, de deficiente instrumentación práctica y, paradójicamente, de una repercusión nula en su organización judicial; merecen en cambio atención y estudio los nuevos Códigos de la provincia de Córdoba y de Tucumán, que siguen una línea más moderna y representan mejor al CPP modelo Iberoamérica.

Existen también esfuerzos parciales: en El Salvador, el movimiento reformista ha concebido, en una primera etapa, reformas legislativas parciales, que buscan adecuar mínimamente sus instituciones al Estado democrático de Derecho que se pretende; inclusive, allí se realizan esfuerzos para crear un sistema de defensa pública; Bolivia realiza un esfuerzo parcial en este último sentido e intenta transformar el ministerio público penal; a la par, destina muchos esfuerzos a la persecución penal de los delitos referidos a las drogas y sustancias controladas, esfuerzos que no guardan relación con la reforma del sistema penal, sino, antes bien, con una represión efectiva.

IV. Creo que, como colofón, es preciso advertir que, en líneas generales y sin ingresar en adaptaciones locales menores, se conoce bien tanto lo que sucede en el ámbito de los países iberoamericanos, como los lineamientos de la reforma a introducir. No son mayormente necesarios estudios empíricos evaluativos sobre los resultados del sistema aplicado, pues ellos son bien conocidos⁵⁵. Por lo demás, si bien la reforma resulta necesaria para obtener fines prácticos, lo cierto es que, ya desde el punto de vista puramente especulativo aparece como imprescindible, porque se trata de que el Derecho común se corresponda con los principios democráticos y del Estado de Derecho que orientan las constituciones de los países del continente sudamericano y centroamericano. Tampoco resulta decisivo para la reforma, la mayor o menor posibilidad económica del país que desee el cambio: sistemas de justicia mejores a aquellos que rigen han sido posibles en sociedades menos pudientes que las nuestras e, inclusive, como lo hemos indicado, en países que sufren nuestros mismos problema económico-financieros. Lo trágico no es, precisamente, aquello que hay

⁵³ Desconozco las modificaciones introducidas, aunque conozco que se dio de baja la participación de ciudadanos en los tribunales penales y que la organización judicial propuesta no tuvo eco. Hasta lo que conozco, la estructura general del proyecto fue respetada.

⁵⁴ No he podido enterarme del alcance de esta reforma, ni conozco sus textos, de manera que me es imposible ubicar esta reforma, valorar el resultado o avisar su futuro. Sin embargo, el opúsculo *Poder judicial en el Perú: crisis y alternativas*, debido al Instituto Justicia y Cambio, formado por funcionarios judiciales del Perú (1989), publicado en *Jueces para la Democracia* «*Información y debate*», Madrid, septiembre de 1990, núm. 10, págs.

75 y ss., erradica la idea de que algo ha cambiado y conduce a pensar en que la noticia es tan sólo un espejismo o un simple error de información.

⁵⁵ Como ejemplo, puede leerse, Carranza, Elias-Houed, Mario-Mora, Luis Paulino-Zaffaroni, Eugenio Raul: *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1983; Garita Vilchez, Ana Isabel. *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991; *El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991.

que hacer, bien conocido en el mundo de la ciencia jurídica y de la política criminal, sobre todo si se trata de una reforma moderada y no de hacer efectiva una posición radical respecto del sistema penal, sino, por lo contrario, el obtener la decisión política

sincera a favor de una reforma de envergadura de aquellos que dictan la política criminal de los países involucrados o tienen influencia decisiva en ella. Siempre ha sido más sencillo conservar que transformar.

La legislación sobre estupefacientes en Italia

Livio PEPINO

1. A MODO DE INTRODUCCION

Las estadísticas y los datos sobre la droga en Italia se parecen cada vez más a partes de guerra: los muertos por sobredosis aumentan de manera constante (con cifras anuales que superan el millar); el número de los toxicodependientes encarcelados se acerca a la mitad de la población carcelaria (y de ellos el 33 por 100 son seropositivos); estimaciones fiables cifran en más de 400.000 los adictos a las drogas (y en más de dos millones el de los consumidores ocasionales o habituales de sustancias estupefacientes, comprendiendo en éstas las llamadas «drogas ligeras»).

En este dramático contexto fue a incidir la aprobación, el 26 de junio de 1990, de una nueva ley sobre la droga —la número 162/1990— que modificó en profundidad la normativa precedente, desplazando el acento de la movilización solidaria a un incisivo control social, de la intervención terapéutica y rehabilitadora (ya desvitalizada en los años precedentes por incumplimientos y omisiones culpables) a la de carácter represivo. La ley tuvo un *iter* parlamentario acompañado, en las Cámaras, pero aún más en el país, por confrontaciones y polémicas; seguidas después por numerosas cuestiones de inconstitucionalidad (rechazadas por la Corte Constitucional con una embarazosa sentencia interpretativa); una petición de referéndum para la abrogación de algunas de sus partes más significativas (que debería tener lugar en el mes de junio próximo) y dos modificaciones (la última de las cuales es del 12 de enero último). Todo esto en el marco de un intenso debate sobre la utilidad misma de la legislación prohibicionista, cuando menos en lo que se refiere a las «drogas ligeras».

Lo apuntado basta para justificar un análisis no sólo de la nueva ley, sino también de sus precedentes, de las motivaciones que la han inspirado, de las perspectivas todavía abiertas.

2. ORIGEN Y PRECEDENTES DE LA ACTUAL LEGISLACION ITALIANA

El punto de partida de la legislación italiana en materia de estupefacientes se remonta a los años veinte, en particular a la ley 396/1923, de 18 de febrero, que contenía «disposiciones para la represión del comercio abusivo de sustancias venenosas de acción estupefaciente». Esta ley consideraba estupefacientes, entre otros, el opio y los opiáceos, las hojas de coca y sus derivados y la *cannabis*, y preveía tres tipos de conductas ilícitas: el suministro, venta y tenencia con ese fin por parte de personas no au-

torizadas o en ausencia de prescripción médica; destinar locales a «fumaderos» y centros de reunión para uso de estupefacientes; la participación en dichas reuniones. De esta disciplina merecen señalarse dos aspectos, particularmente útiles para captar los elementos de continuidad y de ruptura en el ulterior desarrollo normativo: a) no se preveía forma alguna de sanción para el uso individual o la tenencia de cualquier cantidad con ese destino (mientras se consideraba ilícito —aunque castigado sólo con multa— el «uso en grupo»); b) las penas para las conductas de distribución o tráfico ilícitos son bastante leves (prisión de dos años a seis meses y multa).

Este planteamiento permaneció sustancialmente inmodificado en el Código Penal de 1930. En él las disposiciones relativas a los estupefacientes se dividen en tres grupos. El primero comprende los artículos 93 a 95 (todavía en vigor) y hace referencia a la imputabilidad del autor de delitos que haya actuado «bajo la acción» de sustancias estupefacientes o que sea adicto a ellas: la situación se equipara a la dependencia del alcohol y resulta disciplinada en el sentido de que el consumo fortuito (como causa de incapacidad de entender y de querer) excluye la imputabilidad; que el consumo consciente de estupefacientes no produce ningún efecto al respecto; que la toxicodependencia constituye una circunstancia agravante (cuando el acto se haya realizado bajo la acción de la sustancia); que el «intoxicado crónico» por estupefacientes se equipara al enfermo mental (y es, por consiguiente, inimputable, aunque sujeto —si peligroso— a internamiento en hospital psiquiátrico-judicial). El segundo grupo de normas está constituido por los artículos 446 y 447 (hoy derogados), que castigaban, con penas modestas (comprendidas entre seis meses y tres años de prisión), el comercio clandestino y el favorecimiento doloso del uso (consistente en destinar un local, público o privado, «a reunión de personas que acudan a él para hacer uso de sustancias estupefacientes»). El tercer grupo, en fin, forman parte los artículos 729 y 730 (también ahora derogados, al menos en la parte relativa a los estupefacientes), que castigaban como faltas, respectivamente, «ser sorprendido en lugar público, abierto al público, o en círculos privados, en estado de grave alteración psíquica por abuso de sustancias estupefacientes» y «el despacho por farmacéuticos de sustancias venenosas o estupefacientes, incluso por prescripción médica, a personas menores de dieciséis años». Es evidente la analogía de tales disposiciones con las sancionadoras de la embriaguez, y la venta de bebidas alcohólicas y de tabaco a menores de dieciséis años.

A propósito de este sistema normativo, debe ponerse de relieve que: a) el uso y la tenencia con ese

fin son penalmente irrelevantes (y también el abuso, únicamente relevante cuando provoque graves alteraciones psíquicas y, con ellas, «escándalo» público o en todo caso de cierto grado de difusión; b) la represión del tráfico ilícito es bastante limitada, tanto por lo que se refiere a las conductas previstas, como en lo que hace a las penas; c) comienza a abrirse camino de forma indirecta la concepción del toxicodependiente como enfermo y su tratamiento por medio de la terapia coactiva (aplicada mediante el internamiento en manicomio, es decir, con el sistema entonces ordinario para los enfermos psiquiátricos).

Fue con la ley número 1041, de 22 de octubre de 1954, cuando la materia sufrió un cambio radical, en cuanto a la intervención represiva. En efecto, ante la difusión del fenómeno de la toxicodependencia, el legislador de los años cincuenta optó por intervenir en dos planos. En el plano sancionador se tipificó como delito el comportamiento consistente en «adquirir, vender, ceder, exportar, importar, trasladar, procurar a otros, emplear o de cualquier modo poseer, sin autorización, sustancias o preparados incluidos en la lista de estupefacientes», castigándolo con reclusión de tres a ocho años y multa de 300.000 liras a 4 millones. En un segundo plano, la ley confirmó la asimilación de la toxicodependencia a la enfermedad psíquica, con previsión de internamiento coactivo del toxicodependiente «socialmente peligroso», en «hospital psiquiátrico o casa de salud y cura». Los efectos de este sistema fueron nulos en el orden terapéutico, un fracaso en el de la represión del tráfico ilícito, extraordinariamente duros para las hipótesis de uso (fumar un «porro» conllevaba ineludiblemente —incluso con aplicación de las atenuantes genéricas— una pena de dos años de cárcel, sin posibilidad de suspensión condicional), e ineficaz a los fines de contención de la difusión de estupefacientes.

Así se llegó (después de la presentación, en los primeros años setenta, de numerosos proyectos de ley por iniciativa de todas las fuerzas políticas) a la ley número 685, de 1975, que ha permanecido en vigor hasta junio de 1990. Esta ley fue el fruto de un esfuerzo imponente para dar a la materia de los estupefacientes y la toxicodependencia un tratamiento completo y coherente, extendido a los sectores del control sobre la producción y distribución lícitos, la represión de la oferta ilícita, y las intervenciones terapéuticas y rehabilitadoras para toxicodependientes. Sus aportaciones más innovadoras fueron las siguientes:

- a) Consideración del «fenómeno droga» como *problema social* que debía ser afrontado también con estructuras *ad hoc* en el plano político, educativo, sanitario y policial.
- b) Racionalización de los sistemas de autorizaciones y controles sobre importación, producción y distribución de los estupefacientes destinados al mercado farmacéutico (o en cualquier caso lícito).
- c) Subdivisión de las sustancias estupefacientes en seis tablas, según su «peligrosidad», con diferenciación, en particular, entre «drogas ligeras» y «drogas pesadas».
- d) Atención específica a los *sujetos*, con neta di-

versificación de tratamiento entre traficante y consumidor. El uso de estupefacientes viene considerado como forma de *desviación* y la dependencia como *enfermedad*, que demandan respuestas asistenciales y terapéuticas más que sanciones. De aquí la «no punibilidad» de la tenencia de «módica cantidad» de estupefacientes para uso personal y la predisposición de una *intervención terapéutica* difusa, subsiguiente a un sistema de detección de las situaciones de toxicodependencia, que incumbe a la policía, la autoridad judicial y los médicos. Los destinatarios de la información sobre los casos detectados son los servicios territoriales y los órganos judiciales competentes para disponer *coactivamente* «el internamiento hospitalario o las oportunas curas ambulatorias o domiciliarias» del toxicodependiente «necesitado de curas médicas y de asistencia, pero que rechaza someterse al tratamiento necesario».

- e) Previsión de una amplia gama de conductas ilícitas (producción, fabricación, extracción, oferta, puesta en venta, distribución, adquisición, cesión, recepción, transporte, importación, exportación, traslado en tránsito, tenencia de estupefacientes; y además asociación para delinquir, favorecimiento o inducción al uso, etc.), con sanciones diferenciadas según la gravedad de los delitos: desde un mínimo de ocho meses de reclusión (tenencia de módica cantidad de drogas ligeras no destinada al uso personal, con apreciación de las atenuantes genéricas), hasta el máximo de la pena privativa de libertad (treinta años de reclusión en la hipótesis de tenencia por cualquier título de «cantidades ingentes» de drogas pesadas acompañada de ulteriores agravantes).

La ley de 1975 no obtuvo los resultados esperados y, en particular, no fue una barrera a la difusión de la toxicodependencia. Sigue siendo difícil, por la falta de contrapruebas, individualizar las causas de un fracaso. Y es tanto más difícil tratándose de un fenómeno social complejo como el de la difusión de los estupefacientes. Por lo demás, es lo cierto que la ley número 685, en sus aspectos más significativos no ha sido una ley *fracasada*, sino una ley *inaplicada*. Basta recordar que, a quince años de su aprobación, no menos de un 30 por 100 de los centros de prevención y cura previstos (65 por 100 en el sur, 20 por 100 en el centro y 5 por 100 en el norte) no habían sido creados, y dos regiones (Puglia y Molise) no habían ni siquiera dictado la necesaria ley regional, mientras muchas otras lo hicieron sólo a finales de los años ochenta. Ninguna ilusión acerca del carácter *resolutivo* de los servicios, sino la certeza de que su ausencia culpable ha sido consecuencia del agravarse de la situación y, al mismo tiempo, un indicador inequívoco del desinterés de la autoridad gubernativa en su solución.

3. LA LEY NUMERO 162, DE 26 DE JUNIO DE 1990 Y EL TEXTO UNICO NUMERO 390/1990

En este contexto de permanente incumplimiento

administrativo, todas las (parciales) disposiciones legislativas producidas en el sector hasta el final de los años ochenta han confirmado y racionalizado el planteamiento subyacente a la ley número 685.

Por eso, era del todo imprevisible el brusco giro imprimido con la ley número 162, de 26 de junio de 1990, no anticipado en modo alguno por los proyectos de modificación presentados por las fuerzas políticas del área del gobierno antes de 1989 (tendientes sobre todo a potenciar la intervención asistencial y a una ulterior reducción del peso sancionador cuando no incluso, como un proyecto socialista de 1980, a una amplia despenalización del uso personal del *cannabis*).

El cambio de planteamiento se produjo con la presentación en el Senado, el 12 de enero de 1989, de un proyecto de ley, precedido de una orquestada campaña publicitaria, dirigida a atribuir a la pretendida *permisividad* de la ley número 685 (y, en particular, a la no penalización de la tenencia de *módica cantidad* de estupefaciente para uso personal) toda la responsabilidad por la expansión de la toxicodependencia y a solicitar intervenciones de carácter represivo (coincidentes con las propuestas en los meses precedentes por el presidente de los Estados Unidos).

Se llega así, en el curso de poco más de un año, a la ley número 162, de 26 de junio de 1990, seguida poco después del texto único número 309, de 9 de octubre de 1990, que reordena toda la materia.

La nueva disciplina se caracteriza por la confirmación de la línea prohibicionista en relación tanto con las drogas pesadas como de las ligeras (en particular *cannabis* y derivados), por otra parte, con diversificación del tratamiento, y presenta como nuevos perfiles:

- a) Resultan redefinidos y modificados los órganos de dirección de la acción antidroga a nivel tanto nacional como local (entre otras, con la directa responsabilización política de la Presidencia del Consejo de Ministros y ampliación de los poderes del Ministro del Interior en el sector de la coordinación de la acción preventiva y represiva).
- b) Se prevé una dimensión supranacional para las intervenciones en el sector (activable mediante los oportunos acuerdos interestatales), descuidada antes.
- c) Se prevé explícitamente la «prohibición de uso» de estupefacientes. Esto abre el camino a la abrogación del instituto de la no penalización de la tenencia de *módica cantidad* para uso personal, y a la introducción de sanciones para cualquier forma de tenencia, incluso de cantidad mínima (y así, indirecta pero unívocamente, también para el simple uso, individual o colectivo, público o privado, habitual u ocasional). La gama de las sanciones (*administrativas* en caso tenencia para uso personal de cantidades de sustancia equivalente a la «dosis media diaria»; *penales* tratándose de cantidades superiores) es bastante amplia, pero la cárcel (si bien no como única respuesta, como sucedía en la ley número 1041/1954) mantiene un indiscutible protagonismo. En todo caso, la sanción constituye la única e ine-

vitante respuesta automática al uso de estupefacientes: sola porque la terapéutica es puramente eventual; inevitable porque los casos en los cuales se puede prescindir de ella son absolutamente marginales.

- d) Resulta completamente reelaborado el catálogo de delitos (con fuerte endurecimiento de las penas, no sólo para los traficantes, sino también para los consumidores sorprendidos en posesión de cantidades superiores a la «dosis media diaria», para los que se prevén —cuando no concurren atenuantes— penas mínimas de ocho años de reclusión) y se introduce una disciplina específica en cuanto a metodologías e instrumentos de investigación en el sector.
- e) La disciplina de las intervenciones terapéuticas resulta totalmente modificada, con la abolición de toda actuación *directamente* coactiva, sustituida por lo demás por un masivo recurso a formas de «coacción indirecta», consistentes en tratamientos terapéuticos no formalmente impuestos, pero previstos como única alternativa a la sanción.

Hasta la fecha, esta disciplina no ha experimentado modificaciones significativas, puesto que las recientes intervenciones de la Corte constitucional y del legislador se han circunscrito en realidad a hacer menos obtuso el rigor en la determinación de la «dosis media diaria» y a limitar los casos de arresto obligatorio en flagrancia de los sujetos sorprendidos en posesión de estupefacientes.

4. UNA OPERACION TOTALMENTE IDEOLOGICA

Dos años y medio de aplicación, aunque no autorizan balances definitivos, permiten sin embargo un primer juicio. Y éste no deja lugar a dudas: la ley número 162/1990 (presentada por quienes la han apoyado como una *primera intervención* idónea para afrontar con eficacia la toxicodependencia) no sólo no ha producido resultados positivos sobre la marcha del fenómeno (siempre en dramática expansión), sino que incluso ha contribuido a hacer insostenible la situación, caracterizada por un masivo crecimiento de la población carcelaria, por el aumento de infecciones subsiguientes al uso de estupefacientes (a comenzar por el sida), por la falta de confianza en los servicios. Y quien ayer *expendía ilusiones* de forma irresponsable, hoy calla.

Por lo demás, se imponen algunas observaciones sobre la ley.

Salta a la vista, antes que nada, su carácter de «ley manifiesto», tan rica en afirmaciones de principio (como la solemne prohibición de hacer uso de estupefacientes) como pobre en la previsión de instrumentos idóneos para hacer operativas las intervenciones de prevención, terapia y rehabilitación previstas en abstracto. Esto es aún más grave después de la experiencia de la ley número 685/1975, cuyas amplias potencialidades positivas se quemaron antes de nacer, sin haber sido siquiera experimentadas, por las omisiones, carencias y retrasos. Una ley que, al disciplinar globalmente y *ex novo* el

«sector droga», prescindida de esto (es decir, que omite establecer sólidas condiciones para la propia actuación) constituye una operación puramente propagandística o —lo que es peor— la cobertura ideológica para opciones sustancialmente omisivas en áreas que requieren nuevos soportes organizativos.

Pero éste es solamente un aspecto de la nueva disciplina; la otra cara es la inversión del planteamiento de la intervención pública en relación con la toxicodependencia, que puede sintetizarse en el paso de la «solidaridad» al «control». Sobre las cenizas del proyecto solidario subyacente a la ley número 685 se ha construido otro de signo contrario, fundado en el control y en la creación de un gueto para los toxicodependientes, atento a las necesidades de defensa de la mayoría (y a veces a sus prejuicios) más que a las dificultades y a las exigencias de los sujetos débiles. De ello es, en cierto modo, un *símbolo* la configuración de los toxicodependientes (más exactamente, de los consumidores de estupefacientes) como ciudadanos de *segunda división*, y de la toxicodependencia como *capitis deminutio* de los tiempos modernos. La estrategia seguida consiste en crear un «cordón sanitario» entre población normal y toxicodependientes y relegar a estos últimos a una condición de minoría: con el fin —según los propósitos declarados— de *aislarlos* y de *hacerles difícil la existencia*, estimulando de esta manera la creación de un modo de vida insostenible. En tal dirección se mueven medidas como la privación del permiso de conducir y del pasaporte, el secuestro de vehículos de que pudieran ser propietarios, la prohibición de alejarse del municipio de residencia (atemperada por «razones comprobadas de cura y recuperación» pero no también de trabajo), etc. Tal es la verdadera *marca de fábrica* de la disciplina objeto de examen. Que, después, ésta desincentive efectivamente la toxicodependencia o bien contribuya a su arraigo y dramatización (por la imposibilidad de inserción social aceptable con *gestión equilibrada* de la propia condición y ausencia de vías graduales de salida) es cuestión a la que la experiencia ha dado ya respuestas unívocas...

Esta tensión «obsesiva» hacia un control social indiscriminado ha acabado por producir un sustancial desinterés por los sujetos que son sus destinatarios y por sus características. Así, no sólo permanece la anacrónica asimilación entre el consumo de drogas ligeras y el de drogas pesadas (salvo la diferenciación en cuanto a la entidad de la pena), sino que también es totalmente coincidente el tratamiento de consumidores ocasionales y toxicodependientes (con la grotesca previsión de señalamiento a los centros médicos para la definición de un programa

terapéutico incluso para el fumador ocasional de un «porro» de *hachís*...).

La escasa consideración por la efectividad del tratamiento guarda simetría con la proliferación de los organismos, administrativos o judiciales, predispuestos con esa finalidad, al margen de cualquier visión unitaria y coordinada. La lista es interminable: prefecto, núcleos operativos en las prefecturas, unidades sanitarias locales, ayuntamientos, servicios territoriales, servicios del Ministerio de Justicia, responsables de estructuras, servicios penitenciarios, fiscalías, preturas, tribunales de menores, órganos de enjuiciamiento, magistrados de vigilancia... Es inútil decir que la incisividad de las intervenciones es inversamente proporcional a la cantidad de organismos predisuestos al efecto, con el efecto añadido de dejar a los operadores en la situación de búsqueda de algún papel que desempeñar. La experiencia de los quince años de aplicación de la ley número 685 ha estado caracterizada, por lo que respecta a los servicios terapéuticos públicos no sólo por omisiones *cuantitativas* sino también por graves incertidumbres *cualitativas*. En efecto, la falta de un reconocimiento profesional específico de los operadores, se ha sumado a la *inconsistencia* de sus funciones y de sus poderes de intervención, con la consiguiente desincentivación difusa, altísimos *turn over* de personal, general descalificación de los servicios. Lo que agosta antes de nacer la investigación, el debate y la experimentación acerca de los métodos de actuación. Merece, en fin, alguna atención, el sistema de respuestas *punitivas* introducido por la ley número 162/1990. Este ha provocado, al mismo tiempo, la *ineficacia* y dilatación anómalas de la discrecionalidad judicial. La primera sigue a la imposibilidad en que el sistema se encuentra de hacer frente a la masa de violaciones cometidas y ha determinado ya, de hecho, formas de discrecionalidad oculta en los señalamientos. La segunda se ha extendido no sólo a la determinación en concreto de la «dosis diaria» sino a una gama amplísima de posteriores valoraciones: desde el juicio sobre la aplicación de la atenuante de «hecho de escasa entidad» (que da lugar a la reducción de la pena) al relativo a la oportunidad de suspensión del proceso con «puesta a prueba» y a la consiguiente valoración del resultado...

Creo que basta para comprender las razones por las que, entre las adhesiones al referéndum para la abrogación de algunas de las normas más caracterizadas de la ley, se encuentran las de procedencia judicial, en particular la de *Magistratura Democrática*.

(Traducción de Perfecto ANDRES IBAÑEZ)

MATERIALES DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Observaciones críticas al proyecto de Código Penal

INTRODUCCION

La sociedad española necesita indudablemente un nuevo Código Penal, fundado sobre los principios jurídicos reconocidos por la Constitución de 1978. Desde esta perspectiva merece nuestra aprobación que, por fin, se haya decidido enviar al Parlamento un Proyecto de Código Penal que recoja la labor prelegislativa iniciada en 1980 y supere la inabarcable sucesión de continuos parches a que ha estado siendo sometido el viejo Código. Pero si la labor prelegislativa ha durado doce años, la definitiva discusión y aprobación del Código por los representantes parlamentarios del pueblo español no puede ser apresurada y fragmentaria, por lo que reclamamos un debate legislativo que disponga del tiempo necesario y proporcionado a la trascendencia del texto que se discute.

Nuestra posición ante el Proyecto Gubernamental es de *apoyo crítico*. Apoyo porque reconocemos la necesidad y urgencia de un nuevo Código y el avance que en el terreno de los principios y soluciones técnicas se produce respecto del texto actual. Crítico porque estimamos que en determinados puntos (ejemplo paradigmático pueden ser el aborto o el racismo) no están las soluciones diseñadas por el Proyecto a la altura de lo que demanda un Código Penal que va a desarrollar su vigencia en la sociedad del siglo XXI.

No corresponde a una asociación judicial ni la elaboración de un texto alternativo, ni un estudio meramente técnico-jurídico. Por ello nuestro informe contiene en ocasiones juicios de valor, pero se limita a aquellos puntos en que nos ha parecido indispensable formular observaciones críticas.

I. OBSERVACIONES A LA PARTE GENERAL

1. Artículo 2.º: Control judicial de la ejecución de las penas y medidas de seguridad

En cumplimiento del mandato constitucional conforme al cual es competencia exclusivamente jurisdiccional «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado», el artículo 2.º del Anteproyecto contenía un reconocimiento expreso y contundente del control judicial de

la ejecución de las penas, estableciendo que «en todo caso, la ejecución de la pena o de la medida de seguridad será intervenida judicialmente».

Esta expresión procedía del Anteproyecto de 1980 y se había mantenido en todos los textos prelegislativos posteriores. Sorprendentemente, en el Proyecto aprobado por el Gobierno se ha modificado este artículo sin que esta alteración haya sido informada por el CGPJ, matizando y limitando el control judicial de la ejecución con la expresión mucho menos clara y contundente de «La ejecución de la pena o medida de seguridad será intervenida judicialmente en los términos previstos en la legislación penitenciaria», lo cual no puede estimarse casual dada la anunciada intención del Ministerio de Justicia de limitar las facultades judiciales en el control del proceso de ejecución de las penas privativas de libertad.

Se estima por ello procedente que el texto de este artículo volviese a su redacción original, «en todo caso la ejecución de la pena o de la medida de seguridad será intervenida judicialmente», perfectamente clara y congruente con el mandato constitucional, en lugar de la nueva redacción, que está anunciando limitaciones y conflictos.

2. Tratamiento penal de la drogadicción (arts. 19.2 y 20.1 y 2)

El Proyecto, como el Borrador y Anteproyecto que le precedieron, mantiene en esta materia una redacción idéntica a la que figura en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, lo que supone desconocer la actual práctica mayoritaria de los órganos jurisdiccionales y la propia doctrina del Tribunal Supremo. Por ello, una regulación que en 1983 no era ya de recibo parece hoy francamente insostenible. Sin duda, no cabe admitir fórmulas indiscriminadas de semiimputabilidad, que pudieran redundar en un impunitismo más o menos aparente. Pero de ahí a ignorar las patentes manifestaciones patológicas que ofrece la realidad criminal en la práctica cotidiana va un abismo, que ningún defensismo a ultranza puede salvar.

En efecto, el Anteproyecto sólo contempla el influjo de la drogadicción en la capacidad de culpabi-

lidad desde la perspectiva de la intoxicación aguda, lo que es doblemente superfluo. En primer lugar, porque es pacífica la inclusión de estos supuestos en el trastorno mental transitorio, completo o incompleto. Y en segundo lugar, porque la intoxicación por estupefacientes es en general escasamente criminógena, a diferencia de lo que sucede con el alcohol. Sólo algunos tipos de psicotrópicos permiten apreciar una correlación entre la intoxicación aguda y la comisión del delito.

Se hace necesario, por tanto, que el tratamiento de la drogadicción en sede de imputabilidad se efectúe desde la perspectiva de la dependencia, en función de su intensidad y de la correlativa gravedad de los estados carenciales. No puede desconocerse que la adicción a determinados estupefacientes afecta de manera decisiva a la capacidad de culpabilidad, por cuanto compromete en mayor o menor medida la aptitud del sujeto para obrar conforme a su conocimiento de la ilicitud del acto. Es notoria la comisión por los drogadictos de delitos típicamente predatorios, a los que se ven abocados por su compulsión al consumo de la droga, que les lleva a proveerse por cualquier medio del dinero necesario para sufragar su costosa adicción. Con no poca prudencia, y con el necesario rigor probatorio, la jurisprudencia tiene asumida desde hace años esta realidad, por lo que no se comprende que el Proyecto lo ignore.

Procede, por tanto, añadir en el artículo 19.2 del Proyecto como enmienda concreta una con el siguiente texto o similar «El que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anula por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir».

Fundamentación: Recoge la más reciente doctrina jurisprudencial y aun cuando se aplique rara vez como eximente completa, sirve de fundamento a los supuestos más frecuentes de eximente completa.

Siempre en relación con la problemática del delincuente toxicómano, convendría revisar, en aras de las posibilidades efectivas de tratamiento rehabilitador, la excesiva rigidez con que quedó configurado desde la reforma de 1983 el sistema vicarial respecto de las medidas de seguridad postdelictuales; cuya duración queda limitada a la de la pena impuesta en la sentencia. Como ésta, a su vez, ha sido disminuida sensiblemente en atención a la disminución de la imputabilidad del sujeto, el límite resultante es notoriamente inferior, en muchas ocasiones, a la duración mínima previsible del tratamiento. Se propone, por ello, que en este tipo de casos la sentencia ofrezca al condenado la posibilidad de optar entre el cumplimiento de la pena impuesta en sentencia y la sumisión a tratamiento rehabilitador; cuyo límite no vendría determinado ya por la duración de aquélla, sino por la pena abstracta asignada al tipo del delito cometido. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que la duración efectiva de la medida de seguridad pudiese ser inferior en casos de éxito del tratamiento, al igual que sucede en la actualidad.

Por razones sistemáticas, las observaciones correspondientes a la remisión condicional de con-

dena para los delincuentes toxicómanos (art. 87 del Proyecto) se formularán al analizar con carácter general la referida institución.

3. Tratamiento penal de la delincuencia juvenil (arts. 19.3 y 20.3)

El Proyecto, de acuerdo con la ideología positivista y correccionalista todavía vigente en la materia, mantiene el tratamiento penal del menor de dieciséis años como sujeto carente de imputabilidad, lo que no se corresponde ni con el reconocimiento de su dignidad personal ni con la patente realidad criminológica cotidiana.

Frente a esta posición tradicional, se hace precisa la promulgación, simultánea con el Código Penal, de una Ley Penal Juvenil, que parta del fundamental reconocimiento de la responsabilidad del menor a partir de los doce o trece años de edad y que abarque los hechos típicos cometidos por los sujetos mayores de esa edad y menores de dieciocho años; atribuyendo el conocimiento de tales hechos, por supuesto, a unos Juzgados de Menores dotados de los necesarios medios de enjuiciamiento y, sobre todo, de tratamiento.

Hay que recordar a este respecto que la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ONU el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, define en su artículo 1.º al niño como todo ser humano menor de dieciocho años. Esta es la edad que JUECES PARA LA DEMOCRACIA considera que debe establecerse como mínima para la aplicación del Código Penal. Ello no significa, como se ha visto, la absoluta irresponsabilidad de quienes no la alcanzan; sino su sujeción a la Ley Penal Juvenil que se propone.

4. Duración de las penas privativas de libertad (arts. 33 y 74 a 77)

Entendemos que debe suprimirse el inciso final del artículo 33.1 y el apartado b) del artículo 77.1, de forma que la duración máxima de la pena de prisión sea en todo caso de veinte años, ampliable excepcionalmente a veinticinco en los supuestos de concurso real de graves delitos. Consideramos que esta duración máxima cubre con creces las exigencias de defensa social y de prevención general, que en el Derecho Penal moderno han de encontrar su límite, al igual que la proporcionalidad, en el principio de humanidad.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que el Proyecto suprime (encomiablemente) la redención de penas por el trabajo y remite los beneficios que puedan suponer acortamiento de la condena a la legislación penitenciaria, que actualmente sólo prevé el adelantamiento de la libertad condicional, que no tiene carácter automático. En este contexto de cumplimiento efectivo de la condena, una pena privativa de libertad de duración superior a quince años comienza ya a causar un serio deterioro de la personalidad del interno. Por ello, una pena carcelaria efectiva de treinta años (hasta treinta y cinco llegaba a prever el Borrador), aparte de renunciar de an-

temano a cualquier posibilidad de rehabilitación de penas inhumanas que establece el artículo 15 de la Constitución.

Por las mismas razones expuestas, los límites máximos de permanencia en prisión deben jugar con carácter absoluto. Por ello se propone suprimir del artículo 77.2 la exigencia de conexidad de los delitos cuando las penas se hubieren impuesto en distintos procesos, siempre que el cumplimiento de todas ellas deba efectuarse sin solución de continuidad. Esta propuesta coincide con el sentido de la norma que preveía el artículo 71 de la Propuesta de 1983.

5. Arresto de fin de semana (art. 34)

Aunque el Anteproyecto (a diferencia del Borrador previo) opta por establecer como regla general el cumplimiento de esta pena en un establecimiento penitenciario, siguen subsistiendo los problemas inherentes a esta solución. Por un lado, la necesidad de que el penado se desplace por sus propios medios hasta el centro penitenciario más próximo, que puede distar muchos kilómetros de su lugar de residencia, incrementa sensible y aleatoriamente la afflictividad de la pena, al tiempo que estimula su quebrantamiento. Por otro lado, la imprescindible separación entre este tipo de condenados y el resto de los internos, e incluso de aquéllos entre sí, plantea dificultades que sólo podrían solventarse con seguridad mediante la construcción de módulos «ad hoc», de improbable concreción presupuestaria.

Por otra parte, el Anteproyecto omite cualquier referencia a la actividad o tratamiento de los arrestados. La simple privación de libertad ambulatoria, aunque sea a pequeñas dosis semanales, no parece muy compatible con la finalidad resocializadora de la pena. Por ello, sería quizá preferible seguir el modelo anglosajón, que pone el contenido nuclear del arresto de fin de semana, no en la privación de libertad, sino en la prestación —voluntaria— de servicios comunitarios. Ello no sólo supondría una medida resocializadora más enérgica y audaz, sino que disminuiría la importancia relativa del lugar de cumplimiento, sin por ello incidir en la prohibición constitucional de los trabajos forzados.

En cuanto a la regulación concreta del Proyecto, parece inapropiado condicionar a la previa solicitud del Ministerio Fiscal la posibilidad excepcional de que el arresto de fin de semana se cumpla en depósitos municipales o centros policiales. Ello supone atribuir al Ministerio Público una potestad de iniciativa excluyente en la materia que no se le reconoce en ningún otro aspecto de la ejecución penal. En el mismo sentido, la exigencia de que «se cuente» con la Autoridad administrativa de la que depende el centro o depósito no puede significar que el acuerdo de dicha autoridad sea condicionante de la medida. Bastaría por tanto, en uno y otro caso, con la previa audiencia, preceptiva y no vinculante para el órgano jurisdiccional.

Igualmente, parece que el principio de reserva de ley se opone a que las circunstancias de ejecución del arresto de fin de semana no previstas en el Proyecto —que son de gran importancia— se determi-

nen «reglamentariamente», como indica el artículo 34.4; debiendo sustituirse la expresión entrecomillada por la referencia más correcta a la legislación penitenciaria.

Por último, la experiencia acumulada en aplicación de la Ley de Extranjería permite concluir la radical inadaptación de los centros policiales para dar satisfacción a necesidades de custodia distintas de las derivadas de la detención. Por ello se propone la supresión de la referencia a tales centros como posibles lugares de cumplimiento de la pena que nos ocupa, y la introducción, en cambio, del propio domicilio del penado, con carácter alternativo y no excepcional, salvo que la naturaleza de la infracción cometida lo desaconseje. Parecen evidentes las ventajas de esta posibilidad, desde el punto de vista del coste y del efecto estigmatizador de la pena.

6. Arresto sustitutorio (art. 49)

El Proyecto vuelve en este punto al sistema del Código Penal de 1870, al establecer en forma expresa e inequívoca que la «responsabilidad personal subsidiaria» por impago de la multa consiste precisamente en una privación de libertad. Aunque el Proyecto no lo diga, ésta habrá de cumplirse forzadamente en un establecimiento penitenciario, ya que no se contempla en su texto el arresto domiciliario, al que se refería como posible alternativa la sentencia 19/1988, de 16 de febrero, del Tribunal Constitucional (FJ. 2-a). Aunque esta sentencia desestimara el reproche de inconstitucionalidad dirigido contra el arresto sustitutorio, no pueden tomarse sus pronunciamientos como una santificación de la institución que nos ocupa, sino más bien al contrario. Basta señalar sus referencias a «la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de libertad que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual» (*ibidem*), la advertencia de que en ciertos casos la conversión de la multa en privación de libertad «podrá considerarse de gravedad desproporcionada, atendido el bien jurídico ofendido por el delito» (FJ.5), o la reflexión final de que no cabe «extraer consecuencias sobre la validez de la norma del hecho de que el legislador pudiera, acaso, haberla dotado de otro contenido preceptivo» (FJ.10).

El Proyecto —como ya lo hicieron el Anteproyecto y el Borrador— hace oídos sordos a estas implícitas sugerencias del Tribunal Constitucional, y mantiene un sistema de arresto sustitutorio como única coerción personal asociada a la inejecutabilidad de la pena de multa. Es preciso decir que los inconvenientes del arresto sustitutorio no desaparecen, aunque la fijación de la pena pecuniaria por módulos diarios, semanales o mensuales suponga una mejora indudable frente al sistema anterior. La investigación de la capacidad económica del imputado dentro del proceso penal sólo puede hacerse, con los medios actuales, de forma muy somera y aproximativa; lo que se traducirá en frecuentes errores de apreciación en la cuantificación de los módulos, que sólo forzando el tenor literal del artículo 47 podrán corregirse en ejecución de sentencia. Existen también,

por desgracia, frecuentes supuestos en los que el culpable es total y absolutamente insolvente (menores, marginados, etc.). Finalmente, la vía de apremio sobre quienes carecen en su patrimonio de rentas salariales, bienes inmuebles o vehículos automóviles, o es mera quimera, o se convierte en un calvario, a la postre inútil, para el órgano encargado de la ejecución. Por todo ello, la necesidad de cumplir el arresto sustitutorio será —como hasta ahora— una contingencia harto frecuente, aleatoria si no socialmente discriminatoria, y en definitiva contradictoria con la finalidad inspiradora de la pena pecuniaria.

Por todo lo expuesto se propugna, cuando menos, que el arresto sustitutorio no sea la única coerción personal asociada al impago de la multa, sino que el órgano sentenciador pueda optar entre un elenco de medidas restrictivas de libertad como alguna de las contempladas en los artículos 83 y 108 del Proyecto, la privación temporal del permiso de conducir, la realización de servicios comunitarios o el arresto domiciliario. En todo caso, parece que debería restablecerse el límite al arresto sustitutorio que contempla el vigente artículo 91 del Código, tanto en orden a su duración máxima como en orden a su no imposición cuando la multa sea conjunta con pena privativa de libertad superior a seis años.

7. Reincidencia

El Borrador de Anteproyecto de la Parte General no hacía alusión a la reincidencia, aunque introducía, sin determinar sus efectos, la figura de la habitualidad delictiva; figura que fue duramente criticada tanto por JUECES PARA LA DEMOCRACIA como por otros sectores jurídicos progresistas. El Anteproyecto renunciaba ya a tan exótica figura y volvía al concepto de reincidencia, aunque no como circunstancia agravante genérica, sino como regla especial de aplicación de las penas; lo que fue igualmente criticado por su falta de consistencia teórica y sus graves consecuencias prácticas. Finalmente, el Proyecto vuelve a situar la reincidencia dentro del catálogo de agravantes genéricas, con algunas mejoras técnicas sobre la regulación actual, de todo o cual no cabe sino congratularse.

Sin duda en el proceso descrito ha resultado determinante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en su sentencia 150/1991, de 4 de julio, que zanja de momento la polémica sobre la constitucionalidad de la circunstancia modificativa que nos ocupa. No obstante, cabe hacer aquí la misma observación que respecto al arresto sustitutorio: el juicio positivo de constitucionalidad de una norma no implica su santificación. En este sentido, habrá de reconocerse que la reincidencia es un burdo instrumento de individualización de la pena, que implica una concesión al Derecho Penal de autor y prescinde de la culpabilidad por el hecho. Por ello no parece que deba abandonarse la perspectiva de su superación, ni mantenerse inalterado el sistema de aplicación automática actualmente vigente.

Se dice lo anterior porque el Proyecto, al reubicar la reincidencia entre las circunstancias agravantes, renuncia a una importante mejora del Anteproyecto,

como era la aplicación discrecional de la reincidencia genérica por el órgano sentenciador, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. JUECES PARA LA DEMOCRACIA considera que debe reintroducirse este sistema y extenderse igualmente a la reincidencia específica; aunque respecto a esta última, si se quiere, la apreciación de la circunstancia fuese la regla general y su no aplicación la excepción motivada. Con esta fórmula —no insólita en Derecho Comparado— se daría respuesta satisfactoria a aquellos supuestos, no infrecuentes, en los que la exasperación punitiva producida por la reincidencia resulta notablemente discordante con la auténtica gravedad del hecho y con la peligrosidad de su autor.

Sorprendentemente, el artículo 73 del Proyecto vuelve a retomar el concepto de habitualidad que el Anteproyecto había abandonado, sin indicar tampoco las consecuencias jurídicas de su concurrencia, que tampoco hemos encontrado en la Parte Especial, pues los tipos que hacen referencia a la habitualidad, como el artículo 161 o el 237.2, tienen su propia definición de habitualidad.

8. Condena condicional (arts. 88 y ss.)

Aunque es encomiable la ampliación del beneficio de condena condicional, con carácter general, a las penas privativas de libertad de hasta dos años, la exigencia de que el órgano sentenciador emita un pronóstico favorable sobre el comportamiento ulterior del condenado supone cargar a jueces y tribunales con una responsabilidad que difícilmente estarán en condiciones de asumir, salvo que dicho juicio de pronóstico se reduzca a mero formulismo. Resulta difícil mantener esta exigencia cuando el propio texto prelegislativo viene a reconocer la imposibilidad de contar en todo caso con informes criminológicos solventes (tal como exigía la Propuesta de 1983).

Igualmente, la exigencia de primariedad delictiva para el otorgamiento de la remisión condicional puede pecar en muchos casos de excesivo automatismo. Piénsese que el condenado por conducir en estado de embriaguez que cumplió su pena y que año y medio después comete un robo con fuerza en las cosas, o en el condenado por homicidio que cuatro años después de ser liberado comete una estafa. Se propone, por ello, sustituir la exigencia de primariedad delictiva por la de no ser reincidente ni quebrantar o haber quebrantado anteriormente otra suspensión de condena.

En cuanto a la remisión condicional específica para delinquentes toxicómanos (art. 87), el Proyecto ofrece importantes mejoras sobre el texto vigente. Subsiste, sin embargo, el condicionamiento de la remisión definitiva al éxito del tratamiento —como si se tratara de una cuestión de mero voluntarismo—, cuando bastaría con la revocación como sanción al abandono voluntario del tratamiento. Del mismo modo, si no se quiere excluir de antemano de los beneficios de esta medida la mayor parte de los delitos cometidos en la práctica por los toxicómanos, sería preferible sustituir el límite de tres años de la pena impuesta en concreto por el de siete años de la pena

abstracta asignada al tipo. De esta suerte, sería posible aplicar la remisión condicional, cumpliéndose las restantes exigencias, a los robos violentos del artículo 246 del Proyecto.

9. Libertad condicional

Sorprende que, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión de condena, el Proyecto no contemple la imposición de normas de conducta al liberado condicional. Esta omisión supone una cierta desnaturalización de la libertad condicional y, sobre todo, su desconexión del tratamiento penitenciario, del que debería constituir el último eslabón.

En el mismo sentido, la revocación de la libertad condicional exclusivamente en los supuestos de comisión de un nuevo delito peca de excesivo automatismo, por exceso y por defecto. Lo dicho respecto a la suspensión de condena, en cuanto a los delitos posteriores que no guardan relación alguna con el anterior, vale igualmente para la institución que ahora nos ocupa. Por otra parte, la necesidad de esperar a que recaiga sentencia firme en la nueva causa impedirá la revocación del beneficio de la mayoría de los supuestos. Y dicha revocación no será posible en ningún caso aunque la conducta del liberado condicional se aparte notablemente de la que debe observar quien precisamente cumple una condena con finalidad resocializadora.

Se propone, por lo expuesto, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a propuesta del órgano competente de la Administración Penitenciaria, u oído el mismo, y en todo caso el interno, pueda imponer al liberado condicional normas de conducta tendentes a evitar la reincidencia, y que la revocación del beneficio se produzca por dicha reincidencia, o cuando el comportamiento objetivo del liberado acredite la inexistencia de las razones que motivaron su concesión.

10. Libertad condicional de enfermos y ancianos

El artículo 92 del Proyecto transcribe el vigente artículo 60 del Reglamento Penitenciario. Se salva así el actual problema de ilegalidad por falta de cobertura con rango legal de la medida, pero sigue sin darse una respuesta adecuada a los supuestos de excarcelación por edad o por enfermedad grave e incurable. Ante todo, el precepto sigue siendo inaplicable a los internos que no reúnan las condiciones necesarias para la libertad condicional, ya que el único requisito del que se exime es el temporal, pero no el de clasificación.

Por otra parte, la naturaleza de la libertad condicional es muy distinta de los criterios que deben servir de base para la excarcelación en los supuestos que nos ocupan. La libertad condicional se basa en el cumplimiento del fin resocializador de la pena, mientras la excarcelación de ancianos o enfermos incurables se basa en razones humanitarias, conectadas con la proscripción constitucional de las penas inhumanas. Por lo tanto, si de instituciones distintas se trata, diversa ha de ser también su regula-

ción; de suerte que la excarcelación *pietatis causa* sea no sólo más ágil y flexible en su concesión, sino que también vaya acompañada de medidas de asistencia social, sanitaria y económica, a fin de evitar la marginación del liberado y el efecto criminógeno que supone el desamparo en libertad de una persona que se sabe condenada a la muerte en corto plazo.

11. Responsabilidad civil

El informe elaborado por JUECES PARA LA DEMOCRACIA (JpD) al Borrador de Anteproyecto de Parte General del Código Penal hecho público en 1990, criticó duramente la exclusión del Código de la regulación de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal, no ya por razones doctrinales, sino porque se estimaba reveladora de una cierta despreocupación hacia los intereses de la víctima y de un desconocimiento de la trascendencia que tiene para el perjudicado por el delito de la reparación del daño dentro del propio procedimiento penal. Es de alabar por ello, que el Proyecto contengan una regulación detallada y minuciosa de esta materia (artículo 112 a 131), siguiendo las pautas generales del Proyecto de 1980.

Cabe, sin embargo, efectuar dos observaciones. En primer lugar la referencia del artículo 120 a determinadas causas de exención de responsabilidad criminal que no excluyen la responsabilidad civil, debería incluir también los supuestos de error (art. 13), pues el daño causado por error, aunque no sea punible, debe como regla general ser reparado.

En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo 122 debería ser suprimido, pues no existe causa alguna que justifique —y podría violar el principio de igualdad— la exención de la Administración Pública del régimen de responsabilidad civil subsidiaria, y no parece compatible con el respeto al derecho de tutela judicial efectiva de los perjudicados, obligarles en estos casos, una vez terminado el proceso penal, a iniciar nuevamente el camino reparador mediante una reclamación en vía administrativa, y un posterior proceso ante los Tribunales Contencioso-Administrativos. O bien la Administración Pública desconfía de la Jurisdicción Penal, o bien se provoca innecesariamente una reiteración de procesos, con el subsiguiente retraso, en perjuicio de la víctima del delito.

Parece difícilmente compatible con la más elemental técnica, prohibir el Tribunal Penal pronunciarse «sobre la relación entre la conducta del culpable y el servicio público del que se trate», relación que puede ser necesario esclarecer para la apreciación del tipo penal enjuiciado.

Por otra parte, este privilegio de la Administración Pública, respecto de otra persona física o jurídica, no hace más que confirmar el tratamiento excesivamente de favor que el Proyecto concede a la Administración y a los funcionarios, puesto de relieve en la Parte Especial en diversos preceptos en los que los funcionarios son penados más benignamente que los particulares por delitos similares (por ejemplo allanamiento de morada o detención ilegal).

II. OBSERVACIONES A LA PARTE ESPECIAL

1. Eutanasia (art. 149.4)

Con la redacción propuesta en el Proyecto, no queda suficientemente clara —a pesar de lo que parece ser la voluntad de los redactores— la impunidad de las conductas que ponen fin a la prolongación por medios artificiales de una vida meramente vegetativa o condenada a una dolorosa extinción en breve plazo. Parece, por otra parte, que debería introducirse una referencia expresa a la impunidad del tratamiento analgésico masivo de enfermos terminales, aunque la contrapartida a la supresión o disminución de su dolor sea el acortamiento de su vida; evidentemente con el consentimiento del paciente, o de sus allegados, si estuviere imposibilitado de prestarlo. No parece que esta conducta —que en el Proyecto resultaría en principio incluida dentro del ámbito de punición atenuada del artículo 149.4— vaya más allá de lo generalmente aceptado en la sociedad civil, y en esa línea parece moverse una extendida praxis clínica.

2. Aborto (art. 153)

En este punto, JUECES PARA LA DEMOCRACIA, se ve obligada a reiterar una vez más su conocida postura en favor de una efectiva despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por la gestante, según ha quedado plasmada en declaraciones congresuales y pronunciamientos públicos. El tratamiento legal dado el aborto en el vigente artículo 417 bis del Código Penal se ha manifestado, a todas luces, no sólo insuficiente para dar solución a tan grave problema social, sino además como fuente de nuevas situaciones de desigualdad, que encuentran en la administración de justicia un agente tan cualificado como involuntario.

En efecto, la experiencia sobre la aplicación del sistema desde 1985 hasta la fecha enseña que lo único que el mismo propicia con toda certeza es una forma de persecución penal ocasional, aleatoria y arbitraria, en función de las actitudes personales que sobre el problema tengan los policías, fiscales y jueces de turno. De este modo, cuando el aborto ha dejado prácticamente de ser delito en amplias zonas de nuestro territorio, puede verse perseguido con saña inquisitorial en otras.

Mientras tanto, como es obvio, el «nasciturus» como bien jurídico no resulta más protegido, puesto que las interrupciones de embarazos no dejan de producirse en gran número. Así, la Ley casi no castiga, tampoco previene y, paradójicamente, sólo garantiza la mayor clandestinidad del aborto y un tratamiento despiadado para las mujeres que, al sufrimiento que el mismo conlleva, tengan que sumar el que significa verse sometidas al proceso penal.

Nos parece por ello evidente que el sistema de las indicaciones no da respuesta eficaz al problema social existente y es además un nuevo motivo de discriminación e injusticia. Dada la configuración jurídica de los supuestos de despenalización, incluso un aborto practicado con todas las formalidades y parabienes legales puede ser siempre objeto de in-

vestigación e incriminación —como la práctica de muestra—, con el consiguiente efecto devastador para la intimidad y dignidad de la mujer afectada.

Una vez más reiteramos que la solución jurídica al grave problema humano y social planteado por la persecución penal de las mujeres que se ven impulsadas a interrumpir su embarazo únicamente puede alcanzarse a través del sistema de plazos, que es el que proporciona una mayor seguridad jurídica para la mujer, el que elimina la subsistencia de abortos clandestinos y el que evita los problemas de interpretación legal que dan lugar a procesos esperpénticos; al mismo tiempo que respeta los principios constitucionales de dignidad de la mujer y valoración de la vida en formación, ponderando ambos intereses y haciendo prevalecer cada uno de ellos en función de lo avanzado de la gestación. Sólo desde una perspectiva timorata o altamente ideologizada puede considerarse que este sistema de plazos esté excluido de nuestro ordenamiento por la sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional; como se han encargado de demostrar recientemente hasta seis vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Desde la perspectiva expuesta, la introducción del supuesto de «angustia o ansiedad en la gestante», aun cuando pueda suponer un avance respecto a la situación actual, es jurídicamente defectuosa y socialmente vergonzante; pues mediante conceptos tan poco técnicos —ni médica ni jurídicamente— pretende introducirse, sin conseguirlo plenamente, los resultados a que llevaría una auténtica Ley de Plazos. Con ello no se evita la reacción social de los sectores partidarios de la sanción penal de la interrupción voluntaria del embarazo en todo caso —lo que parece ser preocupación inspiradora del texto—, ni se soluciona el problema de fondo, degradando la dignidad de la mujer, que sigue viéndose sometida a depender de un criterio ajeno, difícilmente objetivable, y se ve privada de su derecho a adoptar por sí su propia y personalísima decisión.

3. Manipulación genética

Así como el artículo 167.1 del Proyecto respeta las exigencias del principio de intervención mínima, es muy discutible que pueda decirse lo mismo del artículo 167.2. Si se prescinde de la alteración del tipo constitucional vital y se incriminan manipulaciones efectuadas con finalidad científica e incluso terapéutica, se corre el riesgo de coartar innecesariamente la investigación en este ámbito, al tiempo que se abre un portillo a querellas de motivaciones espurias.

Por similares razones, resulta discutible la incriminación a título culposo del artículo 167.3. Acaso sería más aconsejable restringir el tipo a las conductas fronterizas con el dolo eventual, introduciendo una referencia no a una genérica «imprudencia grave», sino al «temerario desprecio» a las normas científicas y legales de seguridad en la manipulación genética afectante al tipo constitucional vital.

4. Violación y estupro

No parece adecuado, salvo que se funde en un serio estudio victimológico, privilegiar como tipo atenuado el acceso carnal por vía bucal. Aunque la inclusión de esta conducta en el tipo de la violación, operada por la reforma de 1989, ha sido criticada desde un punto de vista teórico por importantes sectores doctrinales —sobre todo por los problemas que plantea en orden a la consumación del delito—, no parece existir razones de peso para considerar a esta conducta de menor gravedad que la violación por vía vaginal o anal.

En el estupro debería estudiarse la supresión del límite de edad del sujeto pasivo en el tipo del artículo 183 (estupro de prevalimiento). Con esta supresión bastaría para que quedaran tipificadas las conductas más graves del llamado «acoso sexual»; probablemente las únicas para las que es indispensable la respuesta penal. Al mismo tiempo, se dispondría de un tipo intermedio o escalonado para subsumir conductas que actualmente encuentran un encaje dudoso en la violación intimidatoria.

5. Delitos contra el honor (arts. 204 a 217)

Aunque en el Proyecto desaparece el tipo de difamación como título de imputación autónomo, el contenido del artículo 205 del Anteproyecto se recoge sustancialmente en los artículos 208 a 211 del Proyecto, refundido con el contenido tradicional de las injurias. Existe, sin embargo, una importante novedad, de enorme trascendencia práctica: la desaparición del adverbio «maliciosamente» en la definición del delito. Con ello deja de exigirse una especial intención de injuriar o difamar, bastando el conocimiento de que los hechos imputados pueden perjudicar al crédito, imagen, dignidad u honorabilidad de otro, y la voluntad de difundirlos. Ello amplía desmesuradamente el tipo subjetivo de la infracción.

Por lo demás, la regulación del Proyecto sigue sancionando penalmente supuestos de difusión de información veraz obtenida lícitamente. Aunque no todas estas informaciones verdaderas merecen el amparo del derecho a la información, la eventual sanción y reparación de las mismas debe reservarse al Derecho civil. Lo mismo puede decirse de las imputaciones de hechos falsos, si se han difundido en forma subjetivamente veraz, esto es, sin conocimiento de su falsedad y habiendo adoptado elementales medidas de comprobación. La sanción penal debe quedar exclusivamente reservada a los supuestos de difusión de informaciones falsas, a sabiendas de su falsedad o con un temerario desprecio de la verdad.

6. Hurto y robo (arts. 237 a 246)

Es necesario resaltar la desmesurada elevación del límite mínimo de las penas en este género de delitos patrimoniales de apoderamiento. En el hurto se pasa de un mes y un día, a seis meses. En el robo con fuerza en las cosas de menos de treinta mil pesetas, de un mes y un día, a un año. Concurriendo

la agravante de reincidencia, la comparación es aún más estremecedora: de dos meses y un día, a quince meses en el hurto y a tres años en el robo con fuerza. En cambio, en el robo con fuerza por valor superior a treinta mil pesetas la diferencia es mucho más moderada, y en el robo violento o intimidatorio la prudente previsión del artículo 246.3 evita supuestos de pena desproporcionada. A nuestro juicio debería configurarse el robo con fuerza en las cosas como modalidad o subtipo agravado del hurto, como ocurre en numerosos ordenamientos extranjeros; lo que además responde mejor a consideraciones criminológicas.

7. Tráfico de estupefacientes y psicotrópicos

El Proyecto supone otra vuelta a tuerca en la vigente orientación político-criminal de represión a ultranza del tráfico de drogas, en la corriente praxis policial y judicial se traduce de ordinario en una represión selectiva y discriminatoria, que recae de manera preferente sobre los últimos eslabones de la cadena de distribución, muchas veces indistinguibles de los consumidores a los que por otra parte se dice intentar proteger. Se consolida así la ilusión represiva, que muchas veces interfiere la eficacia de las políticas de prevención, únicas que en último término podrán poner fin a un problema que es fundamentalmente de demanda y no de oferta. Con estas afirmaciones no se pretende introducir el debate incipiente sobre la despenalización, que no encuentra su marco adecuado en la elaboración de un nuevo Código Penal, y en el que esta asociación no ha tomado postura en cuanto tal. Simplemente se quiere advertir sobre los excesos a los que puede llevar una carrera represiva indiscriminada, en la que bajo la etiqueta de «narcotraficantes» se amalgaman realidades criminológicas muy diferentes.

En líneas generales, el Proyecto sigue con fidelidad los tipos del Código vigente, añadiendo algunos en materia de precursores y conductas de «blanqueo», que proceden de la Convención de Viena de 1988 y que actualmente son objeto de tramitación parlamentaria separada. Destaca, sin embargo, la importante elevación de la pena mínima asignada a los tipos básicos en el artículo 352. En las drogas que no causan grave daño a la salud el límite mínimo de la pena se triplica, elevándose a casi el doble en las gravemente nocivas. Teniendo en cuenta la extraordinaria amplitud de la conducta típica, que tanto comprende conductas realizadas con ánimo de lucro como sin él, que no distingue entre los diferentes roles del circuito de la droga, que prescinde de la habitualidad u ocasionalidad de la conducta y que no conoce distinciones cuantitativas dentro del tipo básico, habrá muchos supuestos en que esta penalidad comprometa gravemente el principio de proporcionalidad.

El problema se agrava por la previsión del artículo 364 en materia de beneficios penitenciarios y cómputo de tiempo para la libertad condicional, con exclusión de las reglas de acumulación jurídica contempladas en el artículo 77 del Proyecto. Se trata, en definitiva, de un modo de eludir la aplicación de beneficios que redundan en acortamiento de la pena

efectiva a los condenados por ciertos tipos de delitos, o a cierto tipo de delincuentes (*cf.* la previsión del art. 94 respecto a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas). No parece suficientemente justificado este trato desigual frente a hipótesis de conductas delictivas igualmente graves, como violaciones o asesinatos «comunes» múltiples, por ejemplo.

La cuestión sería merecedora de una solución de alcance general, que es la técnica legislativa propia del Código Penal, y no de previsiones específicas para supuestos concretos determinados arbitrariamente. En este sentido podría estudiarse que el cómputo del tiempo para los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, en los supuestos de pluralidad de delitos, se realizase siempre sobre el triple de la pena máxima (que es límite determinado por las reglas de acumulación jurídica), dejando de lado el límite de treinta años, que es simplemente un límite humanitario a la estancia en prisión, derivado de la proscripción constitucional de penas inhumanas. Se trata, como se ve, de una propuesta intermedia entre la situación actual y la que configura el Proyecto, con un carácter, insistimos, injustificadamente selectivo.

De mantenerse la solución del Proyecto, parece en cualquier caso que debe suprimirse del artículo 364 la referencia a los tipos básicos del artículo 352. Nuevamente el contenido opiante de «narcotraficante» viene a englobar indiscriminadamente al consumidor-traficante que vende en una esquina y al jefe de una poderosa organización.

8. Exclusión del delito fiscal

El Proyecto informado no incluye regulación alguna del Delito Fiscal, indicándose únicamente en la Exposición de Motivos que su formulación «está absolutamente ligada a la regulación sustantiva, por lo que su regulación se hará por Ley especial».

El criterio del Proyecto no puede ser compartido, tanto por razones generales que afectan a la conveniencia de reducir al mínimo, o incluso suprimir, las leyes penales especiales aprovechando la redacción de un nuevo Código Penal, como por razones específicas que desaconsejan la erradicación del Delito Fiscal del Código Penal.

La experiencia nos muestra que las normas penales incluidas en leyes especiales se convierten en un Derecho Penal menor, o de escasa transcendencia. No se estudian por la doctrina ni en las universidades, se olvidan por el legislador en las sucesivas reformas (por ejemplo en las actualizaciones de multas y cuantías) y son escasamente aplicadas por los tribunales, que tienen tendencia a considerar como el «verdadero» Derecho Penal al que se incluye en el Código Penal.

Ello implica una disminución de eficacia, que se acentúa por el desmesurado casuismo y generalmente, defectuosa técnica de estas normas penales, ordinariamente no redactadas por especialistas del Derecho Penal, sino del sector afectado, que dan lugar a tipos grotescos, como el que fue denominado «truchicidio».

Relevancia decisiva, tiene a nuestro entender, el

reforzamiento de garantías que representa el poner fin a la atomización del Derecho Penal, considerando por fin al Código Penal como el catálogo exhaustivo de todas las conductas penalmente sancionadas, equiparando a nivel formal todos los comportamientos delictivos, y evitando así la aparición de Derechos Penales «especiales», al mismo tiempo que se aprovechan las ventajas prácticas de la Codificación referidas a un mejor conocimiento, coordinación y sistemación del conjunto de conductas sancionadas penalmente.

Estas razones de carácter general, se acentúan referidas al delito fiscal. En efecto si la conciencia fiscal en España es claramente deficitaria, la erradicación del Código Penal de los ilícitos fiscales más graves, contribuye a alejar, en la percepción social, dichas conductas de los «verdaderos» delitos, asimilándolos a infracciones administrativas, con una menor carga de antijuridicidad.

Por ello sería conveniente que los delitos fiscales se sancionasen dentro del Código, con arreglo a los principios generales, y a ser posible con tipos sencillos, redactados conforme a la técnica común del Derecho Penal.

9. Racismo

El tratamiento que el Proyecto da a la protección penal frente a la discriminación racial es claramente insuficiente, lo que pone de relieve una escasa sensibilidad ante conductas que son degradantes para la dignidad humana. Es cierto que la tipificación penal no va a terminar por sí misma con la discriminación racial, pero también lo es que la inclusión de un tipo de conductas en el catálogo de hechos delictivos refleja los valores de una sociedad, y ejerce un importante papel simbólico al equiparar dichas conductas con aquellas que la sociedad considera dignas de represión penal. No puede ser efectiva ni rigurosa una actuación social contra el racismo si se permite que conductas de discriminación racial abierta, incluso descarada, como por ejemplo sería la negativa a la venta de una vivienda a una persona por la razón expresamente declarada de ser de raza negra, careciesen en absoluto de reproche penal.

En la actualidad (tanto en el Código vigente como en el Proyecto), la discriminación racial sólo se sanciona cuando afecta a un servicio público (nuevo art. 525, que recoge los actuales arts. 165 y 181 bis del Código Penal), y sólo cuando la discriminación es realizada por funcionario público (art. 525.3 del Proyecto) o por «particular encargado de un servicio público» (art. 525.2). Esta limitación procede de que el Proyecto se ha limitado a reproducir las conductas ya sancionadas en los citados artículos 165 y 181 bis, introducidos en nuestro Código en la reforma de 1983 procedentes del Código Penal francés, pero sin actualización alguna, ignorando que en los últimos años se ha producido en el Derecho Comparado una importante evolución reforzadora de los valores de solidaridad y cohesión social, extendiendo (por ejemplo en Francia por Ley de 12 de julio de 1990) la sanción de discriminación a los supuestos de «enfermedades y minusvalía», y sobre

todo sancionando el racismo también en las relaciones económicas entre particulares, no solamente en los servicios públicos.

Por todo ello se propone añadir un nuevo artículo, a continuación del 525 que sanciona la discriminación en los servicios públicos, del siguiente tenor, o similar:

Artículo 526: «Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y multa de uno a doce meses toda persona que ofreciendo en el mercado un bien o un servicio se lo haya denegado sin motivo legítimo, tanto por sí misma como por sus empleados siguiendo sus instrucciones, a quien lo haya solicitado por razón de su origen, sexo, situación familiar, enfermedad o minusvalía, pertenencia o no a una raza, etnia o religión determinada, o bien haya sometido su oferta a una condición fundada en el origen, sexo, situación familiar, enfermedad o minusvalía, etnia, raza o religión determinada. Será sancionado con las mismas penas quien haya rechazado emplear o haya despedido a una persona, sin motivo legítimo y por razón de su pertenencia a uno de los grupos indicados.»

Asimismo un nuevo precepto (art. 527) sancionará, con las mismas penas, a quien por acción u omisión contribuyese a hacer más difícil cualquier actividad económica en condiciones normales: a toda persona física por razón de su situación familiar, de su origen nacional, de su sexo, o de su pertenencia real o supuesta, a una etnia, raza u religión determinada, así como a toda persona jurídica por razón de la pertenencia de sus miembros a los grupos indicados.

La *fundamentación* a estos preceptos se encuentra en la necesidad de reforzar los valores de la solidaridad y cohesión social, yendo además en el sentido del Derecho Comparado (ver Ley francesa de 12 de julio de 1990, 25 de julio de 1985 y 30 de julio de 1987).

Por lo demás, la extensión a las personas afectadas de enfermedad o minusvalía de preceptos inicialmente diseñados para la lucha contra el racismo no haría otra cosa que dar cumplimiento a las Directrices del Consejo de Europa (Recomendación 116/1989) o del Consejo de Ministros de la CEE (Resolución 10.048/89), coincidentes en recomendar la sanción de los comportamientos discriminatorios por razón de enfermedad.

En esta misma línea, podría introducirse en el artículo 21 del Proyecto, como agravante genérica, la de cometer el delito por razón de origen nacional de la víctima, o de su pertenencia real o supuesta a una etnia, raza, credo o grupo religioso determinado y sancionar a quienes realicen actos de incitación al odio o a la discriminación por razón del origen racial o nacional de las personas.

10. El contagio y la discriminación por razón de enfermedad (arts. 157 y 525)

El miedo a la propagación del Sida puede generar, y de hecho ha generado, en determinados sectores sociales, una «epidemia de prejuicios» que conlleva la generalización de actitudes discriminatorias contra quienes padezcan la enfermedad o sean

portadores de anticuerpos. El fenómeno no es nuevo, pues históricamente las reacciones sociales, sobre todo de los sectores menos informados, frente a las enfermedades contagiosas y fundamentales las epidemias, han estado marcadas por grandes dosis de irracionalidad y primitivismo, no exentas de muchos casos de crueldad. Como destacó el informe español a la XVI Conferencia de Ministros Europeos de Justicia (Lisboa, junio de 1988), «la escasez y el primitivismo de los recursos sanitarios, la insuficiente información sobre la etiología de las enfermedades contagiosas, la identificación de los impactos epidémicos de los fenómenos mágicos y religiosos, etc., no contribuían precisamente a facilitar una respuesta, individual o colectiva, acomodada a la verdadera realidad y entidad de esas situaciones de grave extensión de enfermedades contagiosas. Segregación del cuerpo social, expulsión del mismo, ejercicio de la justicia privada o, pura y simplemente, exterminio del afectado por el contagio epidemiológico, han sido algunas de las más frecuentes reacciones, con que, afortunadamente en tiempos ya pretéritos, se respondía ante las manifestaciones endémicas».

Esta identificación entre «enfermo» y «culpable», históricamente fruto de la ignorancia y del pánico, se ve favorecida en el caso del Sida por factores diversos entre los que cabe destacar el carácter mortal de la enfermedad y su proliferación inicial en grupos humanos (homosexuales, toxicómanos) que permiten a determinados sectores fomentar la segregación, marginación e incluso represión de estos enfermos, identificando interesada y demagógicamente enfermedad y vicio.

No es de extrañar que, desde un primer momento, preocupase a las Autoridades Sanitarias, la necesidad de evitar la discriminación de estos enfermos y de fomentar un enfoque preventivo —y no represivo— del tratamiento de la enfermedad. Así, en la Cumbre Mundial de Ministros de Salud sobre Programas de Prevención del Sida (Londres, enero de 1988), se aprueba una conclusión en la que se destaca «La necesidad de que los Programas de Prevención del Sida protejan los Derechos Humanos y la dignidad de las personas. La discriminación y la estigmatización de los sujetos infectados por el VIH y de los enfermos de Sida socava la salud pública y debe evitarse.»

Asimismo, la 41 Asamblea Mundial de la Salud adopta en Ginebra el 13 de mayo de 1988 la resolución WHA41.24 sobre la «Necesidad de evitar toda discriminación contra las personas infectadas por el VIH y las personas con Sida» en la que la Asamblea se declara «Firmemente persuadida de que el respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas por el VIH y de las personas con Sida, así como de los miembros de determinados grupos de población, es indispensable para la eficacia de los programas nacionales de prevención y lucha contra el Sida y de la estrategia mundial» e insta de los Estados miembros, entre otras cosas, a que «eviten toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la prestación de servicios, el empleo o los viajes».

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su 41 Sesión Ordinaria, aprobó la Recomen-

dación 116 (1989) referente a «Sida y Derechos Humanos» en la que «Estimando que es primordial cuidar de los derechos humanos y las libertades fundamentales no se pongan en peligro en nombre del miedo que inspira el Sida» e «Inquieta particularmente por las discriminaciones de que son víctimas algunos enfermos e incluso las personas seropositivas», «Convencida de que un enfoque humanista es plenamente compatible con la lucha contra la enfermedad», termina recomendando al Comité de Ministros del Consejo de Europa el refuerzo de la Cláusula de no discriminación del artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre «bien añadiendo la salud entre los motivos de distinción prohibidos, bien elaborando una cláusula general de igualdad de trato ante la Ley» e invita a los Estados miembros del Consejo de Europa a «tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto a la confidencialidad y/o el anonimato de las personas seropositivas o enfermas de Sida».

En el mismo sentido la CEE ha adoptado resoluciones que refuerzan esta misma política. Así el Consejo de las Comunidades Europeas y los ministros de Sanidad de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, aprobaron en Bruselas el 27 de noviembre de 1989 una Resolución relativa a la lucha contra el Sida (10.048/89), que contiene un apartado específico de «lucha contra la discriminación», que establece expresamente: «1.º Cualquier discriminación de las personas que padezcan el Sida o la infección VIH constituye una violación de los derechos humanos y, por sus efectos de exclusión y de estigmatización, va en contra de una política eficaz de prevención. 2.º La libre circulación de personas, bienes y servicios en la Comunidad y la igualdad de trato establecidas en los tratados están garantizadas y deberán seguir estándolo. 3.º Por consiguiente conviene ejercer la mayor vigilancia posible para luchar contra cualquier forma de discriminación, en particular en la contratación, en el lugar de trabajo, en la escuela, así como en materia de vivienda y seguro de enfermedad. 4.º Más concretamente, en materia de vivienda y de seguros privados sería conveniente buscar soluciones que concilien los intereses económicos con el principio de no discriminación.»

La necesidad de evitar dicha discriminación ha propiciado, además de las citadas declaraciones internacionales, diversas reacciones jurídicas entre las que cabe destacar la reforma legal francesa de 1990. La ley francesa (Ley 90/1990 de 12 de julio), abarca con carácter general la protección de las personas contra las discriminaciones por su estado de salud o su minusvalía y tiene por objeto asegurar la sanción eficaz de las actuaciones discriminatorias derivadas del estado de salud de las personas, partiendo del principio de que la legislación relativa a la lucha contra las discriminaciones ha estado marcada por la extensión a diferentes campos de disposiciones inicialmente destinados a la lucha contra el racismo. El texto tiene un alcance limitado —se trata esencialmente de una reforma de la legislación penal— pero con un valor simbólico y disuasor importante. Aun cuando no se refiere de manera expresa al Sida, para no limitar su eficacia a una única enfermedad, su aprobación fue inspirada por el

Consejo Nacional de Sida y tanto en los debates parlamentarios como en la presentación ministerial de la Ley se puso de relieve que ha sido la aparición del Sida lo que ha actualizado el peligro y gravedad de las discriminaciones derivadas del estado de salud. La Ley sanciona los actos discriminatorios tanto si proceden de la Administración (art. 187.1 del Código Penal francés), como de las personas privadas (art. 416 del mismo Código) y concede a las asociaciones la posibilidad de intervención en el proceso penal constituyéndose en parte (art. 2.8 del Código de Procedimiento Penal francés). Es de interés destacar que la Ley fue aprobada por unanimidad por la Asamblea Nacional francesa.

En España, la Ley General de Sanidad (Ley 24/86 de 25 de abril), garantiza el acceso a la asistencia sanitaria pública a toda la población «en condiciones de igualdad efectiva» (art. 3.2) y por otra parte la discriminación está proscrita, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución Española, reiterándose la prohibición para el ámbito sanitario en el artículo 10.1 de la Ley General de Sanidad, que garantiza el derecho de los pacientes al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin discriminación de ningún tipo, derecho que la LGS hace extensivo también a los servicios sanitarios privados (art. 10.15). Asimismo existe una abundante normativa administrativa de protección de las minusválías, pudiendo también originar las actuaciones discriminatorias reclamaciones de responsabilidad civil.

Sin embargo, no existe en España una adecuada sanción penal de los comportamientos antidiscriminatorios por razón de enfermedad. En efecto el actual Código Penal español contiene dos preceptos sancionadores de los comportamientos discriminatorios; el primero de ellos (art. 165 del Código Penal), establece que «incurrirá en pena de arresto mayor y multa de cien mil a un millón de pesetas al particular encargado de un servicio público que, por razón de origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviese derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos referidos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad, o contra sus miembros por razón de origen, sexo o situación familiar de sus miembros, o de algunos de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos o de que una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada». El segundo (art. 181 bis del Código Penal) sanciona a «los funcionarios públicos que cometieran alguno de los actos previstos en el artículo 165, quienes incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión».

Dichos preceptos no contemplan la discriminación por razón de enfermedad. Dado que las leyes penales no pueden ser aplicadas de forma extensiva o analógica, con perjuicio del reo, la protección específicamente penal contra actuaciones discriminatorias por razón de enfermedad, requeriría una modificación del Código Penal similar a la realizada en Francia por la Ley 90/1990. Dicha modificación fue propuesta por un grupo de médicos y juristas, coordinados por Seisida y Médicos del Mundo, en reu-

nión celebrada en Madrid el 22 de febrero de 1991. Pero a pesar de hacerse llegar al Ministerio de Justicia, no ha sido considerada en el Proyecto del nuevo Código Penal. La sanción de la discriminación por razón de enfermedad no responde sólo a razones de justicia sino también a una política de salud pública, consciente de que el rechazo y la marginación del enfermo provocan su alejamiento de los servicios de salud y la ocultación de su condición ante el temor de las consecuencias negativas que en el plano social puede conllevar el conocimiento de su seropositividad. Por ello la sanción de la discriminación es coherente con una política fundada en la información, la prevención, la confidencialidad, el consentimiento informado, etc.

Sin embargo, frente a esta orientación, se abre camino otra más autoritaria, en la que predomina el interés por sancionar penalmente las conductas de los enfermos que ocultasen su enfermedad y pudiesen, eventualmente, transmitirla. Esta tendencia puede observarse fundamentalmente en los EE.UU. (véase, «Normativa de Salud Pública y la Epidemia del Sida», Seisida 3-4, «Legislación sobre Sida en los EE.UU.», Seisida 3-2), pero también en España se han levantado voces reclamando una más activa intervención de la justicia penal contra los presuntos transmisores.

El Código Penal vigente únicamente sanciona a quien propague una enfermedad transmisible a las personas «maliciosamente» (art. 348 bis), lo que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria equipara a transmisión intencional, no admitiendo el dolo eventual.

Sin embargo el Proyecto del Código Penal aprobado por el Gobierno se adscribe a una línea represiva, identificando «enfermo» con «culpable», y considerando a los enfermos del Sida no como seres a quienes se debe proteger de la discriminación (no se contempla la enfermedad como causa de discriminación prohibida en el nuevo art. 525) sino como presuntos delincuentes a quienes se debe sancionar penalmente, al equiparar el contagio a cualquier forma violenta de lesión, y sancionarlo no sólo en casos dolosos, sino también por imprudencia (arts. 159, 160.2 y 600.3 del Proyecto del Código Penal). Con ello se hace recaer exclusivamente sobre los enfermos la responsabilidad de adoptar las medidas preventivas que deben ser practicadas por el conjunto de los ciudadanos, y en definitiva se «criminaliza» la enfermedad, con graves consecuencias no sólo desde la perspectiva criminológica y de derechos humanos, sino incluso en el plano sanitario.

JUECES PARA LA DEMOCRACIA estima por ello:

1. Que los tipos delictivos sancionadores del contagio y de la discriminación deberían ser redactados previo asesoramiento de las entidades sanitarias expertas en temas de Sida y encargadas de evitar la difusión de la enfermedad [Plan Nacional contra el Sida, Seisida (Sociedad Española Interdisciplinaria del Sida), Ministerio de Sanidad, etc.].
2. Que debe incluirse la enfermedad y la minusvalía como causa prohibida de discriminación en el artículo 525 y concordantes del Proyecto.
3. Que el contagio por parte de los propios enfermos no debe equipararse, sin más, a otro medio de lesión violenta, y que su represión penal podría quizás concretarse en los casos dolosos, o en cualquier caso contemplarse desde una perspectiva sanitaria, que impida la criminalización de la enfermedad.

Como enmienda concreta se propone en el artículo 525 añadir, a continuación de raza, religión, grupo político o sindicato, las expresiones «*enfermedad o minusvalía*».

Fundamentación: Se trata de reforzar la protección de las personas enfermas o minusválidas, reprimiendo y sobre todo previniendo las actuaciones discriminatorias de que pueden ser víctimas al serle denegada una prestación a la que tuvieran derecho exclusivamente por su estado de salud o minusvalía. La modificación propuesta sigue la tendencia del Derecho Comparado (ver ley francesa de 12 de julio de 1990) de reforzar los valores de solidaridad y cohesión social, sancionando los comportamientos discriminatorios mediante la extensión de los preceptos inicialmente destinados a luchar contra el racismo.

CONCLUSION

Las observaciones expuestas no agotan, en absoluto, las posibilidades de crítica de un texto extensísimo, pero al recoger la opinión colectiva de una asociación judicial no es posible entrar en el análisis de cada tipo delictivo.

No obstante JUECES PARA LA DEMOCRACIA, ofrece su colaboración para mejorar, a través del debate, un texto legislativo trascendental para regular la convivencia de la sociedad española en forma pacífica, libre y solidaria.

Algunas cuestiones relativas a la formación de Jueces y Magistrados*

I. En el proceso de formación de Jueces y Magistrados pueden distinguirse dos fases: la previa al ingreso en la Carrera Judicial y la posterior a la adquisición de su condición de tales.

Centrándonos en esta última, la organización de la formación puede contemplarse desde una doble perspectiva:

- a) Facilitando a Jueces y Magistrados los medios necesarios para que según su propia iniciativa perfeccionen su formación en la medida que estimen pertinente.
- b) Valorando la formación como medio indispensable para el ejercicio de la jurisdicción y, por lo tanto, organizando la Carrera Judicial atendiendo a dicho principio, de manera que el nivel de experiencia y conocimientos del Juez o Magistrado sean determinantes a la hora de decidir su adscripción en la jerarquía de los órganos jurisdiccionales.

La primera de estas perspectivas implica que los órganos competentes, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia, desarrollen una actividad tendente a posibilitarla, aportando los medios económicos^{*} precisos, y también una organización del trabajo judicial que la permita.

El debate en este terreno se situaría en determinar si los órganos responsables de la formación han desarrollado la actuación más adecuada, y en aportar las iniciativas convenientes para su consecución.

La segunda implicaría estudiar si la organización judicial potencia la formación de Jueces y Magistrados, lo que supone analizar dicha organización conforme se diseña por la Ley Orgánica del Poder Judicial, especialmente, dado el ámbito de estas Jornadas, en el orden jurisdiccional social.

II. La competencia en materia de formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados se atribuye al Consejo General de Poder Judicial por el artículo 107.4 de la LOPJ, la responsabilidad incumbe también al Ministerio de Justicia en cuanto le compete aportar los medios materiales necesarios para el perfeccionamiento de la formación.

Justo es reconocer que el actual Consejo ha atendido con mayor energía la ejecución de esta competencia organizando numerosos cursos que posibilitan el estudio y debate de las cuestiones más relevantes en los distintos órdenes jurisdiccionales. Es también loable el intento descentralizador mediante la suscripción de convenios con los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el impulso a los cursos organizados por los Tribunales Superiores de Justicia;

también debe reseñarse la edición de diversas publicaciones sobre distintas materias que facilitan su mejor conocimiento.

Lo dicho no implica que no deba cuestionarse críticamente la eficacia del sistema de cursos, la forma seguida para la selección de materias, participantes y ponentes, así como analizar la existencia de otras posibilidades de actuación además de las expuestas (apoyo a las iniciativas de las asociaciones judiciales, juntas de jueces, colaboración con la universidad, permisos de estudios, etc.).

Las carencias más graves en esta perspectiva de posibilitar la formación de Jueces y Magistrados se sitúan, no obstante, en otros ámbitos: la insuficiencia de medios materiales y la organización del trabajo del juez para integrar la formación continuada en su actividad.

Con respecto al primero, baste recordar la ausencia de los más indispensables medios de trabajo y formación, como son las colecciones actualizadas de legislación y jurisprudencia, suscripciones a revistas especializadas y, aunque parezca utópico, la conexión con bases de datos informatizadas. La carencia crónica de bibliotecas de consulta y estudio, atendidas por personal adecuado, es otra tradición reivindicación insatisfecha.

La posibilidad del Juez de dedicar parte de su tiempo a perfeccionar su formación depende en gran medida de la situación del juzgado o tribunal al que se encuentre adscrito. En general, la formación no se contempla como una parte ordinaria de su actividad, sino como un añadido a ésta. Por utilizar términos cercanos «como horas extraordinarias no retribuidas». En consecuencia, aquellos jueces destinados en órganos jurisdiccionales que soporten una carga ordinaria de trabajo sólo podrán acceder razonablemente a actividades específicas de formación si pueden o están dispuestos a realizar dichas horas, o si limitan su actividad judicial por debajo de las necesidades del juzgado o tribunal al que estén adscritos. La integración de la formación en la actividad del juez exige una adecuación de la carga de trabajo en los órganos jurisdiccionales de forma que no suponga un sacrificio añadido, lo que permitiría su exigibilidad, de manera que, lo que hoy es meramente voluntario se transforme en una obligación exigible. Es cierto, que dada la actual saturación de asuntos en muchos juzgados y tribunales se hace casi impensable esta perspectiva, pero sin duda corresponde a los responsables de la organización judicial iniciar las vías que la hagan posible.

Las anteriores reflexiones, conocidas y reiteradas,

* Con ocasión de las Jornadas de Estudio de la Jurisdicción Social por la Asociación se presentaron distintos documentos de trabajo, que sin representar necesariamente tomas de posición

asumidas por la Asociación, reflejan sin embargo el estado de la discusión que tiene lugar en las comisiones sectoriales como la de Derecho Laboral.

sólo tienen por finalidad abrir el debate sobre los más adecuados sistemas de formación en el orden jurisdiccional que nos es propio, en la idea de elaborar un «catálogo mínimo de necesidades», que la Comisión de lo Social pueda, a través de nuestra asociación transmitir al Consejo General del Poder Judicial y al Ministerio de Justicia.

III. Ya se ha dicho que la formación puede contemplarse, además, como un principio de organización de la Carrera Judicial de manera que el nivel de formación de un Juez o Magistrado contribuya a decidir su adscripción en la jerarquía de los órganos jurisdiccionales. Este principio, vigente en cualquier empresa —basta examinar los convenios colectivos, para ver que conforme a ellos el acceso a categorías profesionales superiores se efectúa mediante concursos de méritos—, es prácticamente ajeno a la organización judicial en la que la antigüedad es el elemento esencial para determinar la promoción de Jueces y Magistrados.

Es verdad que el sistema de antigüedad goza de una objetividad teórica difícilmente alcanzable por otros sistemas de promoción y que la objetividad en la formación es una garantía de la independencia judicial. Pero cabría pensar en la posibilidad de sistemas de ascenso, que sin perder la necesaria objetividad, y aun valorando la antigüedad como elemento esencial, contemplase otros factores tales como el trabajo realizado y la formación del Juez.

La valoración de la formación como criterio determinante en la promoción de Jueces y Magistrados sólo se recoge en la Ley Orgánica en el supuesto de los Magistrados especialistas y su regulación es tan desacertada que constituye un grave impedimento para el perfeccionamiento de la formación del conjunto de Jueces y Magistrados.

El artículo 311 de la LOPJ dispone que, de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrados, una de ellas se proveerá por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales Civil y Penal y de especialización en los órdenes Contencioso-Administrativo y Social, *entre Jueces*, añadiendo el párrafo segundo la necesidad de que hayan prestado tres años de servicio efectivo como Jueces.

El artículo 329 de la LOPJ añade que los concursos para la provisión de juzgados en los órdenes Cont-Advo y Social se resolverán a favor de los Magistrados especialistas.

El artículo 330 previene la reserva en las Salas de lo Cont-Advo y Social de una plaza a favor de los Magistrados especialistas si el número de integrantes de la Sala es menor a cinco, y de dos si es de cinco o más.

El artículo 334 reserva en las Salas del Tribunal Supremo dos de cada cuatro plazas de las previstas para la Carrera Judicial a los Magistrados especialistas, reduciendo el número de años exigibles en la Carrera de veinte a quince y exigiendo sólo cinco años en la categoría de Magistrado en lugar de los diez fijados para el turno ordinario.

Es obvio que los Magistrados especialistas gozan de una preferencia determinante en su promoción. Esta preferencia, que podría ser razonable, no lo es desde el momento en que las pruebas para acceder

a la categoría de especialistas sólo pueden efectuarse por Jueces, tal como dispone el artículo 311 antes citado y ha ratificado la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1988 en relación con el orden jurisdiccional Social. No es posible, por tanto, presentarse a las pruebas de especialización a los Magistrados que ingresaron en la Carrera Judicial por el cuarto turno o los que ascendieron por el turno ordinario (es de advertir que muchos de los que ascendieron por este turno no pudieron tampoco presentarse cuando tenían la categoría de Jueces al haber ascendido forzosamente antes de cumplir tres años en dicha categoría o, porque cumplidos éstos, no se convocaron en su día pruebas de especialización antes de su ascenso). Debe además tenerse en cuenta, que la Ley 3/1989, de 21 de junio, de Reforma del Código Penal suprimió hasta el 1 de enero de 1993 el requisito de haber prestado tres años de servicio efectivo como Jueces para presentarse a las pruebas de especialización.

Todo ello conlleva que para acceder, por ejemplo a un destino en la Sala de un Tribunal Superior, es preferente el Magistrado especialista con un año de antigüedad en la Carrera Judicial que aquel con diez años o más de antigüedad, aunque gran parte de ellos lo haya prestado en el orden Social.

Es obvio que este sistema de promoción no constituye un incentivo para la perfección de la formación sino todo lo contrario. La casi totalidad de los Magistrados de lo Social no son especialistas por lo que tienen completamente limitadas sus posibilidades de promoción. Ello contribuye a que su paso por este orden jurisdiccional sea transitorio o provisional, pues el sistema desmotiva al Magistrado o le lleva a buscar otros órdenes jurisdiccionales con mayores posibilidades de promoción.

Lo absurdo del sistema ha llevado a que el propio Consejo del Poder Judicial lo ignore en las convocatorias de especialistas en la jurisdicción Cont-Administrativa; no así en la Social, lo que eleva la categoría del absurdo al extremo de que un Magistrado de lo Social puede presentarse a las pruebas de especialista de lo Cont-Administrativo y no puede hacerlo a las del orden Social.

IV. Ya hemos dicho que introducir con carácter general la valoración de la formación y del trabajo prestado como base del sistema de promoción, podría conllevar inconvenientes desde el punto de vista de la independencia judicial por lo que cualquier modificación tendría que ser precedida por un profundo debate que valorase los riesgos y ventajas del sistema.

Sin embargo, la modificación de los sistemas de promoción en los que ya se contempla el factor formación, es decir el turno de especialistas, no plantearía este tipo de problemas y es posible fuese aceptado por el Consejo General, el Ministerio de Justicia y las Asociaciones Judiciales. Esta impresión la avalan dos importantes datos:

- a) Que el mismo Consejo está ignorando, como ya se ha dicho, el requisito de tener la categoría de Juez para el acceso a las pruebas de selección, salvo en el orden Social, en una situación ya difícilmente sostenible.
- b) Que el sistema de promoción mediante el tur-

no de especialistas tal como se regula en la LOPJ, podía tener sentido en el momento que se inició la elaboración de la Ley Orgánica, momento en el que el porcentaje de Jueces en la Carrera Judicial era muy superior al de Magistrados y la permanencia en la categoría de Juez se prolongaba durante muchos años. Sin embargo, la estructura de la Carrera Judicial ha variado sensiblemente desde la entrada en vigor de la Ley de Planta de forma que, según la última memoria del Consejo, de los 3.120 integrantes de la Carrera Judicial sólo 688 tienen la categoría de Juez y sólo a éstos, afecta el sistema de promoción por el turno de especialistas.

V. Actualmente se encuentra en trámite una reforma de la LOPJ. Debería intentarse que la Asociación se plantease la posibilidad de que dicha reforma modificase el sistema de promoción en el turno de especialistas. En este sentido, el sistema podría corregirse en base a las siguientes ideas:

a) Pruebas de especialistas para los que tuviesen la categoría de Juez y dos años de anti-

güedad en la Carrera. De superarse se accedería directamente a la categoría de Magistrado del orden respectivo, con preferencia a los demás jueces mejor situados en el escalafón y en igualdad de condiciones con los demás Magistrados que hubiesen accedido por el turno de antigüedad.

b) Pruebas de especialistas a realizar entre Magistrados. Su superación daría preferencia en la elección de juzgado y permitiría acceder a las plazas reservadas para especialistas en los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. Se exigiría un mínimo de cinco años en el orden jurisdiccional de referencia y en el sistema de promoción se valoraría el trabajo realizado en dicho orden jurisdiccional: situación de los juzgados en que estuvo destinado, calidad de las sentencias dictadas que presentase el Juez o solicitase el Tribunal u otros medios similares que acreditasen su formación y profesionalidad.

Comisión de Derecho Laboral de Madrid

Notas sobre la situación de la Jurisdicción Social

I. ESTABILIDAD DE LOS DESTINOS EN LA JURISDICCION SOCIAL Y FORMACION ESPECIALIZADA DE LOS MAGISTRADOS A ELLOS ADSCRITOS

La permanencia de los Magistrados de lo Social en la Jurisdicción constituye uno de los principales problemas de un orden jurisdiccional que no se caracteriza precisamente por carecer de aspectos conflictivos. El orden social ha pasado de contar con un cuerpo de Magistrados de Trabajo especializado y fundamentalmente estable, a ser cubierto principalmente con ocasión del ascenso a Magistrado o mediante solicitudes basadas más en razones familiares o de residencia que en una especial aptitud o afinidad subjetiva con las materias laborales.

Sin embargo, el orden social se caracteriza por exigir una formación especializada y una actitud de disposición subjetiva favorable por parte del titular del órgano jurisdiccional, en mayor medida aún que otros destinos. Quienes son adscritos a esta particular función sin poseer estos requerimientos tienden a dejar cuanto antes la jurisdicción social, una vez cumplidos los períodos mínimos de permanencia en el destino. En efecto, la falta de esos conocimientos específicos en la rama social del Derecho constituye una limitación objetiva que repercute negativamente en la capacidad de resolver el volumen elevado de asuntos que normalmente ha de asumir un Juzgado de este tipo, así como en la propia calidad del trabajo desarrollado.

En el momento presente la especialización en el orden jurisdiccional social no está siendo favorecida. Muy al contrario, la combinación de los diversos factores en presencia (mayor número de asuntos en trámite, dificultad técnica derivada de la especialidad de la materia, igual o incluso menor retribución que en otros destinos de menor volumen de asuntos) lleva objetivamente a favorecer el abandono prematuro del orden social de la jurisdicción, precisamente en el momento en que el juez empieza a tener la experiencia básica necesaria para desplegar plenamente su capacidad en este orden jurisdiccional. Por otra parte, el sistema de selección y formación de especialistas actualmente existente tiene una eficacia mínima a la hora de contrarrestar estos factores negativos, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en el orden contencioso administrativo, el acceso a las pruebas selectivas establecidas se restringe para los Magistrados, ya que solamente se concibe como un procedimiento de ascenso desde la categoría de ingreso. Se trata a todas luces de una situación discriminatoria que repercute desfavorablemente en la vinculación estable de los miembros de la carrera judicial al orden social, sin otro fundamento que una restrictiva interpretación de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga cada año a interponer sucesivos recursos al colectivo de Magistrados que son excluidos de la convocatoria.

Como medidas para poner fin a esta situación se pueden considerar las siguientes:

1. *Regulación del status de magistrado especialista de lo social*, al que podría accederse, bien por la vía de pruebas selectivas abiertas tanto a Jueces (ascenso) como a Magistrados (especialización en sentido estricto), bien por haber desempeñado de manera continuada y satisfactoria destinos en la jurisdicción social durante un determinado período. La condición de especialista habría de incentivarse fundamentalmente con la adquisición de una prioridad en el acceso a destinos de este orden jurisdiccional que complementarían el orden escalafonal estricto. Pero podría pensarse también en su consideración como factor referencial en una eventual regulación de la carrera profesional de los miembros de la carrera judicial, regulación que habría de fomentar un proceso de formación continuada de éstos.

2. *Medidas de formación previa y apoyo en el primer destino dentro del orden jurisdiccional social*. Quienes se encuentren en este supuesto habrían de desarrollar una fase de formación previa a la incorporación a su nuevo destino, preferiblemente en el lugar de su adscripción y sin los inconvenientes familiares y de desplazamiento que comporta actualmente la formación recibida en la Escuela Judicial. A su vez, durante un determinado período siguiente al inicio de su función jurisdiccional en ese nuevo destino, deberían contar con el apoyo de otro Magistrado suficientemente especializado en este orden jurisdiccional, con estricto respeto a la libertad de criterio del titular natural del órgano judicial.

II. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y DESEMPLEO

Aunque con importantes diferencias de grado entre unos y otros ámbitos territoriales, continúa apreciándose una tendencia por parte de determinadas administraciones y entidades gestoras a restringir el reconocimiento de prestaciones en la vía administrativa, no ya por la posible falta de fundamento de la solicitud formulada, sino por conveniencias de restricción de gasto; práctica ésta que se complementa con la interposición sistemática de recursos aun en casos en los que se aplica una doctrina perfectamente consolidada y firme. Frente a esta práctica debe fomentarse la resolución de asuntos en la fase administrativa, evitando litigiosidad innecesaria, así como la no interposición de recursos o la retirada de los interpuestos, siempre que un asunto haya sido objeto de resolución conforme a un criterio judicial consolidado. De esta manera se concilia sa-

tisfactoriamente el derecho de los beneficios a la tutela judicial sin dilaciones indebidas con la defensa de interés público del organismo gestor, que puede así dedicar mayor atención a otros asuntos. En esta línea debería fomentarse el intercambio de criterios y documentación con las entidades gestoras y sujetos sociales, tanto para facilitar el desarrollo de los procesos de este tipo, en aspectos como la remisión de expedientes, antecedentes de cotización y otros similares, como para evitar procesos innecesarios del tipo de los anteriormente aludidos.

En cuanto a los pleitos de grado de invalidez, hay que acusar una vez más la deficiencia estructural del sistema seguido en el presente, que supone en el Juez Social unos conocimientos médicos de los que habitualmente carece, en detrimento de la estricta función jurisdiccional, y con resultados que mal se compaginan con la efectiva garantía de los principios de seguridad jurídica, tutela judicial e igualdad en la aplicación de la Ley.

III. EJECUCIONES

Las actuales experiencias de gestión centralizada de los procesos de ejecución, y los juzgados dedicados en exclusiva a los mismos, deben mantenerse, una vez que empiezan a disponer de los medios básicos necesarios, puesto que aseguran mediante la acumulación de ejecuciones contra un mismo deudor la satisfacción más igualitaria de los distintos créditos salariales en presencia, conforme a las exigencias de la nueva Ley de procedimiento Laboral. Por otra parte, con fórmulas de este tipo se asegura la centralización de la información disponible sobre posibles medios de satisfacción de esos créditos, sobre la situación real de solvencia de los empresarios sometidos a ejecución, y sobre las posibles situaciones de fraude o abuso. En el momento actual solamente un reducido porcentaje de ejecuciones se han acumulado, y ello gracias a un procedimiento de ejecución centralizada. Por otra parte la economía de recursos humanos y materiales que asegura un sistema de este tipo se vería en peligro si se suprimen los Juzgados de ejecuciones actualmente existentes.

IV. FUNCIONAMIENTO DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES

Se acusa una falta de coordinación e intercambio de experiencias y de criterios jurisdiccionales entre los titulares de los distintos Juzgados de lo Social de un mismo ámbito territorial, tanto en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de cada Juzgado, como en lo que se refiere a las principales cuestiones de tipo jurisdiccional que en cada momento son más controvertidas. Ello se puede resolver mediante sesiones de trabajo y discusión, de las que existen ya interesantes experiencias, y que por lo demás son perfectamente compatibles con el respeto obligado a la independencia de criterio del juez natural. En efecto, para asegurar la debida formulación de una resolución discrepante de otras es im-

prescindible conocerlas, y referirse explícitamente a ellas para asegurar la debida formación y expresión externa de la decisión finalmente adoptada. Asimismo deben recuperarse experiencias de contacto estable con representantes de las partes y sus defensores, como también con el resto de personas que integran la oficina judicial, como serían las llamadas «mesas informativas».

En lo que se refiere a la dotación de medios personales y materiales de la oficina judicial, debe mencionarse en primer lugar la necesidad de estabilizar en lo posible la adscripción del personal de Secretaría, en la misma línea anteriormente expuesta para el propio titular del órgano, así como la diferente disponibilidad de ciertos medios según el ámbito autonómico o incluso dentro del mismo. Por otra parte en el momento actual se hace imprescindible disponer de medios informáticos personales y de la formación necesaria para su adecuada utilización por el titular del órgano. Lo mismo ocurre con la posibilidad de contar con publicaciones y revistas, así como el acceso a los bancos de datos jurídicos.

V. TRIBUNALES SUPERIORES Y TRIBUNAL SUPREMO

En los órganos colegiados, aunque con notables diferencias a favor de la práctica seguida por el Tribunal Supremo, se acusa todavía la falta de formas de trabajo colectivo o en equipo, y del intercambio de información y documentación, a fin de posibilitar, junto con la utilización de medios informáticos de seguimiento de las resoluciones, sino sobre todo la disminución de posibles supuestos de contradicción doctrinal o de cambio de criterio no razonado, particularmente dentro de un mismo órgano jurisdiccional. Por otra parte, con la misma excepción de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, no se hace uso de la posibilidad de constituir sala general para asuntos de mayor complejidad, ni de la formulación de votos particulares, situación que contrasta con las contradicciones doctrinales antes mencionadas, siendo así que la formulación de opiniones discrepantes, sin tener un objetivo en sí mismo, expresa una realidad existente y contribuye a enriquecer el proceso de formación de la doctrina jurisprudencial.

En la relación entre los Tribunales Superiores y los Juzgados de lo Social se destaca la necesidad de mantener un intercambio fluido en lo que se refiere a aspectos tales como el régimen de recursos y su tramitación, o la construcción formal de las resoluciones, siempre con estricto respeto a la respectiva función y nivel de responsabilidad. En la resolución de los recursos se hace imprescindible garantizar el estricto respeto a las normas procesales en lo que se refiere a la valoración de la prueba y a la libertad de fundamentación de la Sentencia de instancia, con los únicos límites de la correspondientes facultad revisora del Tribunal Superior. La nulidad de la resolución recurrida solamente deberá acordarse cuando concurren los requisitos establecidos para ello, y no por otra razón cualquiera como pudiera ser una discrepancia subyacente con el sentido del pronunciamiento recurrido, la falta de unani-

midad en el órgano colegiado sobre el pronunciamiento a dictar, u otras que pudieran pensarse, acaso bien intencionadas pero igualmente carentes de fundamentación legal. Por último, ha de existir una suficiente proporcionalidad entre la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Superior en grado y la que se confirma o revoca, de manera que el esfuerzo a veces importante desplegado por la resolución del Juez de Instancia no sea objetivamente minusvalorado por una sentencia que resuelve de cualquier manera el recurso interpuesto contra la anterior.

VI. PROPUESTAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA COMISION LABORAL DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Se propone la institucionalización de reuniones como la actual, aunque con periodicidad restringida, por evidentes razones de tipo económico y de dificultad de desplazamiento. Junto a la figura del coordinador podría establecerse una comisión más restringida de cuatro a cinco personas que mantendría el seguimiento periódico de las distintas actividades en marcha.

Las reuniones de la Comisión en cada ámbito territorial deben potenciarse, siempre vinculadas a cuestiones y actividades concretas de interés para la asociación y para sus miembros, ya se refieran a la organización judicial, criterios jurisprudenciales, cambios legislativos, o aspectos de la propia actividad asociativa con directa relación a las cuestiones de tipo laboral. Estas actividades estarían abiertas a no asociados.

En concreto habría que ultimar la preparación de las jornadas de la asociación conforme a los acuerdos adoptados anteriormente («Administraciones Públicas y Jurisdicción Social» u otro tema alternativo). Lo mismo cabe decir de la preparación de los temas de carácter social y laboral relacionados con el próximo Congreso de la Asociación, así como con esos mismos aspectos relacionados con la reforma penal, como sería la tipificación futura del delito social.

No se ha llegado a poner en práctica el intercambio de documentación y resoluciones de interés, como se acordó en reuniones anteriores. Tampoco se ha conseguido una presencia externa de la Asociación en cuestiones de Derecho Social, salvo en alguna ocasión aislada, como ha sido la regulación de la huelga de jueces y magistrados.

En esta línea se sugiere la elaboración de un listado de materias de mayor actualidad pública o doctrinal, que a su vez tengan mayor importancia para un desarrollo en sentido de progreso de la rama social del Derecho. De cada tema o área se podría responsabilizar una o varias personas que efectuarían un seguimiento de la cuestión, centralizando la documentación disponible, y previa discusión de su contenido en el marco de la asociación, aunque sin carácter alguno de acuerdo o pronunciamiento elaborarían artículos doctrinales, documentos de discusión y propuestas de pronunciamiento de los órganos de la asociación, para su difusión posterior, según los casos, bien solamente entre los miembros de JpD, o también en revistas especializadas o en medios de información general.

*Comisión de Derecho Laboral
de la Sección Territorial de Cataluña*

Política Judicial y Juntas de Jueces

La potestad jurisdiccional viene constitucionalmente atribuida (art. 117.3) en forma *subjetiva* —unipersonal o colegiada— a los Juzgados o Tribunales que integran el poder judicial. Los órganos no jurisdiccionales nunca podrán mediatizar o incidir en contra del ejercicio subjetivo del poder judicial. Sin embargo, la orientación, los contenidos y las funciones que quieran atribuirse a un órgano no jurisdiccional, en el que puedan tomarse decisiones por jueces sobre materias no estrictamente jurisdiccionales —aunque pueden ser de naturaleza jurídica—, dependerá del diseño o política judicial que se preconice.

El artículo 122.1 de la Constitución encomendaba a la Ley Orgánica la determinación del funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales y no parecía hacerlo con límites o con ideas pre-determinadas.

El diseño que la Ley Orgánica ha hecho del funcionamiento interno de los órganos de gobierno del aparato judicial, dejando al margen al Consejo General, deja ver una concepción fuertemente jerarquizada, en la que priman los criterios de mando, categoría, antigüedad en el Cuerpo o en la propia categoría, etc., alejados todos ellos de cualquier idea de participación o de implicación y corresponsabilidad democrática en la gestión de aquellos órganos.

Ese diseño restrictivo desde el punto de vista de la participación democrática, se refleja en la regulación que la misma Ley hace los órganos de gobierno interno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia; en algunos de estos casos —las salas de gobierno de los Tribunales Superiores, por ejemplo— varias de cuyas competencias tienen gran importancia (facultades disciplinarias sobre Jueces y Magistrados, proposición de visitas de inspección, colaboración en la gestión económica o elaboración de informes y formulación de propuestas dirigidas al Consejo), integran el órgano de gobierno miembros natos por razón de su cargo, tales como los Presidentes de Sala, en número igual a aquellos otros que logran su acceso por elección.

También se advierten similares criterios restrictivos, pese a su parco o muy limitado contenido normativo (arts. 166 a 170 LOPJ), en la regulación legal de las Juntas de Jueces. Esos escasos preceptos que la Ley dedica a las Juntas y a la figura del Decano, requerían un más completo desarrollo reglamentario y, de haber habido voluntad política para dotar a esos órganos de una mayor carga participativa, parece claro que debió ser el Consejo quien lo hiciera, en uso de las facultades reglamentarias que le reconocen los artículos 107 y 110 de la LOPJ y la sentencia 108/86 del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el Acuerdo del Pleno del CGPJ del 4 de diciembre de 1991 (BOE del 24 de enero de

1992) refuerza, en general y salvo alguna excepción (por ejemplo, la posibilidad de que asistan a las Juntas los Jueces sustitutos o los nombrados en provisión temporal), la misma concepción jerárquica e incluso la desconfianza en la gestión participada del gobierno interno de la organización judicial.

En nuestro último Congreso celebrado el verano pasado en Murcia, la Ponencia elaborada por la Sección Territorial de Baleares, aun considerándolas en esencia suficientes, resaltaba los siguientes aspectos criticables de las previsiones reglamentarias: a) la deficiente regulación del carácter vinculante de las decisiones tomadas en Junta en orden a la unificación de prácticas o modos de actuar en aspectos organizativos o de realización material de actos procesales (art. 6-d); b) la exigencia de unanimidad para adoptar acuerdos cuando el asunto en cuestión no figurara en el orden del día (art. 10.1); c) la obligatoriedad de remitir los acuerdos tomados al Ministerio Fiscal (art. 12.2); y d) la sorprendente facultad que el Consejo se reserva para dejar sin efecto y sin explicación alguna la delegación de funciones hecha por el Decano (art. 13.6).

Además de estas cuestiones concretas, el desarrollo reglamentario rezuma todo él una clara intención de control, de restricción de cualquier actividad de las Juntas. Sin embargo, quizá no hay sido esto lo que más haya influido en el relativo fracaso del funcionamiento de las Juntas. Creo, al menos en la experiencia de la Junta de lo Social de Madrid, que ese fracaso relativo se debe a la conjunción de otros importantes elementos, entre los que podríamos destacar la burocratización excesiva de la figura del Decano, la distancia que le separa de los problemas de nuestro orden jurisdiccional y, sobre todo, la sobrecarga endémica de trabajo que sufrimos en los juzgados, que determina, a su vez, la exagerada movilidad de Magistrados, así como, por último, nuestra escasa cultura participativa.

La previsión normativa de que nuestra asistencia a las Juntas «constituye un deber» (art. 9.2 del Acuerdo), la hemos entendido más como una declaración de intenciones que como una específica obligación judicial y, al menos en mi experiencia, no han sido pocas las veces en que la Junta no se ha podido celebrar por falta de quórum, sin que este hecho haya tenido nunca consecuencia alguna. Mientras no logremos convencernos de la necesidad, de la obligatoriedad de nuestra asistencia a la Junta, será imposible su funcionamiento eficaz. Parece claro que este objetivo tiene íntima relación con el grado de vinculación que deban generar los acuerdos que en Junta se tomen, porque si lo que en ella se decide no pasa a entenderse como simples recomendaciones que se cumplen sólo por algunos —de los que asisten—, la propia ineficacia de la discu-

sión y decisión es elemento determinante de la inasistencia.

Estoy convencido que, en definitiva, tanto la obligatoriedad de la asistencia como la obligatoriedad en el cumplimiento de los acuerdos, tiene mucho que ver con el modelo de juez que nos propongamos como objetivo; si el ideal es, como parecen patrocinar las máximas instancias políticas y político-judiciales, un juez que «saque papel como sea» es evidente que la asistencia a las Juntas simplemente es una pérdida de tiempo; si el objetivo es un juez aislado de todo lo que le rodea, incluidos los demás jueces, un juez «dueño y señor» de «su» oficina judicial, la coordinación de prácticas y la consecuente obligatoriedad de los acuerdos de Junta, no es más

que una contradicción a evitar. Por el contrario, si patrocinamos la idea del juez como el principal responsable individual del servicio público de la justicia, el que está obligado a facilitarlo al ciudadano con la calidad, celeridad y racionalidad que éste merece, habremos de intentar, no sólo «sacar papel» sin sobre todo, sacarlo en condiciones que haga reconocible nuestra función con esa idea de servicio. Es en este sentido en el que creo que debemos insistir para lograr la obligatoriedad real de asistencia a las Juntas y la eficacia vinculante de sus decisiones: de camino conseguiremos nuestra mayor participación colectiva en una concreta política judicial.

*Comisión de Derecho Laboral
de la Sección Territorial de Madrid*

APUNTES *

• Pero Benegas no es Pertini

El ciudadano medio, cuando le preguntan en el curso de una encuesta y no tiene nada que decir, suele refugiarse en el confortable «no sabe/no contesta».

Algunos políticos, en situaciones semejantes de vacío de ideas, manifiestan cierta predisposición a acordarse del poder judicial. Y lo hacen, inexorablemente, para sugerir o reclamar profundizaciones en su *control* político, y *democrático*, naturalmente.

Ahora le ha tocado la vez a T. Benegas. Este, en el turno de *digo*, dijo que «se trata de que no haya en España poderes que no tengan la obligación de dar cuentas de su actuación a nadie, porque de lo contrario serían irresponsables». En el turno de *Diego*, y ante la que se le vino encima, volvió con el matiz, y siempre con la misma agudeza: «Se puede reflexionar sobre si conviene o no introducir reformas o modificaciones de la ley que regula el Consejo del Poder Judicial y otorgar más atribuciones a este órgano para que exista un control, tanto en la gestión como en determinadas responsabilidades en que se pudiera incurrir.»

Pues bien, en ambos casos: *control*, para un poder *incontrolado* por lo que se insinúa; y para el que algunos querrian otro tipo de sujeción. Cabe suponer que del mismo género de la que, por lo visto, garantiza el carácter de *controlables* de las demás instancias de poder, y ejercido desde las mismas sedes. Más claro, ni el agua.

Como no hay por qué ponerse en lo peor, y no parece que T. Benegas se haya distinguido nunca por la finura de sus reflexiones sobre la jurisdicción, quizá quepa atribuir opiniones tan disparatadas a simple desconocimiento de las particularidades constitucionales de la institución más que a pura, simple y burda demagogia.

Pero lo cierto es que la acumulación de imputaciones inespecíficas, que a lo largo de estos años se han prodigado desde algunos medios políticos, suponen una suerte de cuestionamiento de la legitimidad constitucional de la jurisdicción que, desde luego, no ha contribuido a reforzar la cultura democrática de los ciudadanos de este país en la materia.

Y no se habla aquí de la crítica razonada de actuaciones concretas, ejercida habitualmente con ge-

nerosidad, cuya bondad ya nadie discute, sino de descalificaciones difusas, que van desde la zafiedad ya histórica de poner en solfa a Montesquieu, pasando por las dudas vertidas sobre el sentido y la función del Tribunal Constitucional, hasta ese prodigio de lucidez que suele expresarse en el «y a éstos quién les ha elegido», referido a los jueces...

«Arrojar descrédito sobre el orden judicial significa minar uno de los pilares de nuestro ordenamiento democrático», dijo en 1981 el presidente de la República Italiana, saliendo al paso de intervenciones del jaez de la que ahora se comenta. Pero Benegas no es Pertini. Y, puestos a buscarle un referente italiano, a juzgar por lo que dice... tal vez Cossiga.

• De cuentas

Lejos ya la época de las diatribas de Pablo Castellano, en las que todos los jueces eran de derechas, y muchas más cosas. Una vez que se ha llegado a una cierta normalidad en la materia, e incluso al redescubrimiento de las virtudes de algún modelo de juez tan denostado entonces, puede decirse que en un mundo como el de la magistratura, en el que cabe dudar de todo, algo que, sin embargo, en general, no se cuestiona es la independencia judicial.

Los jueces —es cultura popular, sentido común— dependen de muchas cosas, pero, normalmente, sus resoluciones no traducen actitudes miméticamente identificables como políticas, en el sentido de política de partido.

Así resulta que hablar de jueces, justicia, tribunales, puede evocar, en el peor de los casos, disfunciones, retrasos, separación... Pero no aquel tipo de dependencia; aunque tampoco independencias angélicas.

Algo muy distinto de lo que ocurre con el Tribunal de Cuentas, en el que, como dato sintomático, en un tema espinoso, de éstos que pueden tomarse como test, el bloque de «consejeros» se rompe en dos por la línea de partido... y el «independiente», pues, va y se abstiene. Y en otro caso, se lee en los periódicos que el «sector A» *negocia* con el «sector B» un determinado tipo de actuación...

Por eso, y por mor de la claridad, mientras se pien-

* Sección a cargo de la Redacción.

sa en dar a la situación y a la institución una salida airosa, sería bueno que esta última dejara de llamarse *Tribunal* y se le designase sólo —provisionalmente— como *de cuentas*. Se evitarían confusiones y el nombre se ajustaría a lo que hoy es la naturaleza de la cosa. Porque, al fin y al cabo, en el asunto hay sólo y mucha cuestión *de cálculo*.

● Papel timbrado

Un ex ministro de interior, al tener noticias de la investigación judicial dirigida contra la UCIFA de la Guardia Civil, por posibles graves delitos cometidos en el marco de sus actuaciones, reaccionó señalando que hay cierto tipo de infracciones que no se reprimen con «papel timbrado». Sugería, sin duda, que en esta singular categoría habría que comprender el conjunto de reglas legales por las que se rige la persecución penal y, por lo que se ve, masivamente infringidas en aquel caso.

A pesar de lo contundente de la afirmación, es muy probable que el ex ministro no haya medido el alcance de sus palabras.

Y es que, si las normas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e, implícitamente, el mismísimo principio de legalidad, que tan mal parecen haberlo pasado en las dependencias de la UCIFA, fueran simplemente lo que con expresión tan desafortunada se pretende, la acción de formar una pira con todos ellos, al precio que tiene la resma de papel de imprenta —y no digamos si fuera del reciclado, hipótesis ésta en la que, por más benigna, habrá que situarse—, no pasaría de constituir una simple falta de incendio. O sea, una pasada.

● UJI... mori

Unión Judicial Independiente (UJI) ha salido hace nada, diríase que casi con *paso de oca*, al paso de unas declaraciones de Manuela Carmena. Se trataba de unas palabras pronunciadas en el curso de la entrevista concedida a la publicación *Otrosí*, con las que la decana de los jueces de Madrid se refería críticamente a la situación general de los Juzgados. Frente a ellas, la más joven, cronológicamente hablando, de las asociaciones judiciales, ha cedido a la tentación de acudir a un recurso de rancia y recia estirpe: la criminalización de la opinión que no se comparte. Así, ha pedido al Tribunal Superior de Justicia, para Manuela Carmena, una sanción disciplinaria con la que castigar su «desconsideración» con los colegas.

Aunque ésta parece ser la lectura política objetivamente más correcta de la decisión que se comenta, no faltan analistas partidarios de hacer otra más benévola, por más comprensiva; aunque discutible por aquejada de cierto «psiquiatricismo» de fondo. Así, dicen, la salida (de pata de banco) de UJI, más que expresión de autoritarismo penalizador del disenso, sería sintomática de una suerte de «enfermedad infantil»: un síndrome propio de la edad, sugestivo de inseguridades y no exento de reminiscencias edípicas en la relación con la jerarquía. Por eso re-

comiendan un poco de paciencia con este tipo de reacciones que, en los casos descritos en la experiencia clínica, suelen cursar sin graves consecuencias, y van remitiendo progresivamente, en intensidad y en número, con los años.

Lo malo es que estas cosas, mientras se curan, pueden dar bastante la lata y, lo que es peor, inducir malos hábitos en una magistratura y en una ciudadanía por fortuna bien acostumbrada a un saludable uso de la libertad en el ejercicio de la crítica.

Cierto es que hay actitudes mucho más peligrosas para las libertades que la que aquí se contesta: Fujimori, por ejemplo, al juez que no le gusta le remueve por decreto. Pero un demócrata avisado no puede perder de vista que los diluvios se siembran gotita a gotita, en ocasiones con la inconsciencia del que actúa «como quien no quiera la cosa», y las gotitas van confluyendo inexorablemente, hasta que, a veces, pasa lo que pasa...

● La bota del imperio (para una historia judicial de la infamia)

Humberto Alvarez Machain, como se recordará, fue secuestrado en México por un grupo de hombre armados. Luego el secuestro se prolongó por obra de unos agentes de la todopoderosa DEA (*Drug Enforcement Administration*).

Alvarez Machain, acusado de participación en la tortura y asesinato de un agente al servicio de la DEA, fue puesto a disposición de la justicia americana.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, aplicando la doctrina que Chomsky llama de la «*quinta libertad*» («la libertad de robar, de explotar y de dominar, de emprender cualquier acción destinada a proteger y fomentar los privilegios existentes»), decidió (cfr. *Tapia*, septiembre de 1992, pp. 25 y ss.) que las autoridades USA tienen el perverso *derecho* de secuestrar en el extranjero a cualquier sospechoso de haber infringido una ley norteamericana y luego someterlo a una corte en Estados Unidos. Por fortuna, hay que decir, con el voto particular de tres jueces (Stevens, Blakmun y O'Connor).

Después de casi tres años, el juez federal Edward Ruffin ha desestimado los argumentos de la fiscalía, por entender que las *pruebas* de cargo eran endebles y basadas en «las conjeturas y especulaciones más locas».

Cabe dudar de que la experiencia haya servido para algo. La prensa de marzo de este año, daba cuenta de un nuevo ejercicio de *imperialismo policial*: el secuestro del español López Reyero por el FBI en México...

Por cierto, hablando de justicia y de *imperio*, la Comisión salvadoreña llamada *de la verdad* ha puesto de manifiesto en su estremecedor informe el relevante papel del «batallón de infantería de reacción rápida» *Atlatl* en las masacres de la dictadura. Este *glorioso* cuerpo de ejército había sido entrenado bajo la asesoría y supervisión de militares norteamericanos. En sus acciones —algunas tan conocidas como la matanza de «El Mozote» (143 personas, el 85 por 100 niños)— empleaba munición de

fragmentación, manufacturada por el gobierno de Estados Unidos en Lake City, Missouri, y disparó con fusiles «M-16», de la misma fabricación. El fatídico nombre de *Atlatl* está asimismo asociado al asesinato de los jesuitas de la UCA.

La *Comisión de la Verdad* señala que nada de esto habría sido posible sin la complicidad del llamado «poder judicial»; y destaca, por su significación, la actitud de Mauricio Gutiérrez de Castro, presidente del Tribunal Supremo, periodísticamente descrito como «jurista corrupto y bestializado».

Hoy, cuando el «modelo americano» de justicia criminal suscita en algunos medios de nuestro país frecuentes entusiasmos por su *eficacia*, sería bueno reflexionar sobre la naturaleza de ésta y, en general, del modelo, procurando contemplarlo *en su conjunto*.

- **¿En qué estarían pensando?**

En el programa de un curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial para jueces chi-

lenos, el enunciado de uno de los temas previstos rezaba así:

«Principios del proceso penal: garantías, publicidad, contradicción y *procesos en direcciones indebidas*.»

¿En qué estarían pensando?

- **Los reverses del derecho**

Es el sugestivo título de una reciente publicación de Tusquets Editores, al cuidado de G. Martínez Fresneda. Contiene una introducción de F. Savater y trabajos de: Martínez Fresneda («Del jurado al somatén»), A. Aguinaga («Los derechos de las víctimas»), J. Pérez Royo («El Tribunal Constitucional entre política y derecho»), J. Ziegler («Los sindicatos del crimen y la Europa unida»), F. Mellizo («El ciudadano ante Maastrich»). También una larga entrevista de Bonifacio de la Cuadra a Manuela Carmena, en la que el primero pregunta y la segunda responde (con permiso de la UJI) sobre todo lo divino y lo humano, de la justicia, naturalmente.